

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1153

(Ano XV)

(03/06/2023)

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 1153



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. 1153, (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 530. *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



Transação Penal e o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) podem fundamentar reprovação em concurso público na fase de sindicância de vida pregressa?

Valdinei Cordeiro Coimbra, 09.

ARTIGOS

Escravidados

Eduardo Luiz Santos Cabette, 16.

Tutelas provisórias: um estudo acerca da tutela de urgência e da tutela de evidência no processo civil

Diuster de Franceschi Gariboti, 23.

A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho

Maria Luiza Medrado Batista, 44.

Discriminação algorítmica: raízes, consequências e soluções

Mariana Francisco Ferreira, 54.

Os aspectos da implementação do marco civil da internet: uma análise crítica do seu impacto na proteção dos direitos dos usuários da internet no Brasil

Leonardo de Oliveira Evangelista, 75.

Reflexos da clonagem humana no direito das sucessões

Daniele Nogueira Posseti Franghani, 86.

A proteção e a coleta de dados nas redes sociais: o poder das redes sociais

Giovana Viana Tancredo Telles e Suelen de Assunção Ferreira, 97.

Os desafios no processo de inclusão de surdos e deficientes auditivos na educação profissional: igualdade de condições frente às legislações

Matheus de Oliveira Santana, 112.

LGPD no setor público: anonimização ou transparência?

Bruno Cristian Franham, 131.

A aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante inominada do art. 66 do cp: uma análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Amazonas

Anna Caroline Serra de Ávila

Estudo de caso: o tráfico de drogas na comarca de Dianópolis/TO e sua relação com o período pandêmico

Naiara Cavalcanti Pires, 166.

Direito Civil: negócio jurídico

José Pedro Firmino de Souza, 198.

Sistema penitenciário brasileiro: uma análise sobre reincidência e ressocialização

Taylon Alves Fontoura, 213.

Multiparentalidade e seus efeitos nas sucessões

Lincon Rodrigo Borges, 232.

A marginalização do trabalho do preso dentro das penitenciárias

Giovanni Cesar Marquez Mileo, 249.

O Judiciário como superego da sociedade brasileira em decorrência do déficit de representação democrática dos poderes Legislativo e Executivo

Rogério de Faria Braga, 262.

Conflitos entre os Poderes da República

Klerio Ricardo da Silva Garcia, 284.

Ausência de citação por inércia da parte autora e a não interrupção do prazo prescricional

Fabiola Clemente Manzoli, 298.

Violência obstétrica: a agressão silenciosa nas salas de parto

Serena Rosa Rodrigues, 315.

As ardilosas falcatruas bancárias no cenário digital e a imputação civil das instituições financeiras

Crislaine dos Santos Chaves, 338.

A proteção ao consumidor em face do crescimento no comércio eletrônico pós pandemia da covid-19

Elke Vieira da Silva, 360.

Núcleos de mediação comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará como instrumento de pacificação e exercício da cidadania

Dener Neres Caminha, 381.

A duração razoável do Processo Administrativo Disciplinar, no âmbito do Poder Executivo Federal, e o Princípio da Eficiência

Maria do Carmo Oliveira Garcia, 395.

Equiparação dos institutos do casamento e união estável na legislação brasileira: diferenças e similaridades entre o cônjuge e companheiro na legislação brasileira

Briany Ester Sampaio, 409.

As falhas do sistema prisional brasileiro

Juceline Nakamura Rossigalli, 424.

A aplicação do princípio da insignificância ao réu reincidente à luz do entendimento dos tribunais superiores

Marcelo dos Anjos De Castro, 440.

Apostas esportivas online: estudo sobre a legalidade das apostas no Brasil

Osmario Rodrigues da Silva, 462.

A flexibilização dos procedimentos processuais: do conteúdo normativo do artigo 327, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015

Taina Dos Santos Madela, 473.

O privilégio de execução prévia da administração pública vs o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegido dos particulares, no exercício da função administrativa

Wilson Carlos Mucapola e Leão Chiminhi, 483.

O Estado como real herdeiro dos direitos sucessórios no Brasil

Natascha Maria Pedroso Facco, 500.

Exclusão sucessória: a possibilidade da deserdação por abandono afetivo

Adriele Silva de Moura, 515.

TRANSAÇÃO PENAL E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANNP) PODEM FUNDAMENTAR REPROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO NA FASE DE SINDICÂNCIA DE VIDA PREGRESSA?

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

Muitos questionam se a “transação Penal” e o “Acordo de Não Persecução Penal, poderiam fundamentar a reprovação em concurso público na fase de sindicância de vida pregressa, previstos em editais de certames voltados a selecionar candidatos a cargos de policiais ou na área de segurança pública.

A resposta é NEGATIVA.

No tocante à transação penal, trata-se de instituto que foi criado pela Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Brasil, que no seu art. 76 estabeleceu que:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF. E-mail: vcoimbr@gmail.com

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, **o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.**

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo **não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo**, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. **(sem negrito no original)**

Perceba que a transação penal é um negócio jurídico entabulado pelo Ministério Público com o autor do crime ou contravenção penal (infração penal de menor potencial ofensivo, com pena igual ou inferior a 2 anos). Uma vez entabulado o acordo, será submetido ao juízo criminal que dará uma sentença homologatória (e não condenatória), portanto, referida sentença não tem a carga de uma sentença penal condenatória, para gerar efeitos extrapenais e alcançar institutos de natureza civil.

Observe que esse acordo homologado não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para impedimento de obtenção do mesmo benefício no período de 05 anos, portanto, a certidão para fins de constatação de vida pregressa deve exibir a informação "nada consta".

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre o tema em Repercussão Geral, vejamos:

Tema 187 – “As consequências jurídicas extra penais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo.” RE 795.567/PR

Em outra ocasião o STF decidiu entendendo ser ilegítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito policial ou ação penal, vejamos:

Concurso público - análise da vida pregressa - transação penal - extinção da punibilidade - eliminação de candidato - ilegitimidade

"1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da repercussão geral no RE 560.900-RG (Tema 22), firmou o entendimento no sentido de que sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal.

2. Nesse contexto, conclui-se igualmente ilegítima a cláusula de edital de concurso público capaz de excluir candidato beneficiado por transação penal que resultou na extinção da sua punibilidade, ou seja, situação em que a ação penal sequer chegou a existir." ARE 1.034.405 AgR/RJ

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Quinta Turma, acompanhando o relator, ministro Felix Fischer, no **RMS 28.851**, entendeu que a transação penal homologada por fatos imputados ao candidato a concurso não é, por si só, capaz de gerar sua exclusão na fase de investigação social.

No caso analisado pelo órgão julgador, um aspirante ao cargo de agente penitenciário afirmou que, apesar de ter obtido êxito em todas as fases da disputa, foi reprovado na investigação social e criminal em virtude de transação penal homologada anteriormente, relativa a suposto cometimento de crime de baixo potencial ofensivo.

Ao proferir seu voto, o relator destacou que, entre os diversos efeitos da transação penal em benefício do acusado, como reconhecido pela doutrina, está a não imputação de reincidência nem de registro de maus antecedentes.

"A transação penal a que alude o **artigo 76 da Lei 9.099/1995** não importa em condenação do autor do fato", declarou o magistrado, para quem "revela-se ilegal o ato administrativo que tem o recorrente como não recomendado em virtude tão somente de haver celebrado transação penal".

Apesar disso, Fischer lembrou que há independência entre as instâncias criminal e administrativa, de modo que a transação penal obtida pelo acusado não poderia ter o efeito automático de impedir a apuração do mesmo fato na esfera administrativa, nem a aplicação das penalidades correspondentes.

No tribunal de Justiça do Distrito Federal destacamos os seguintes julgados:

"2. O candidato que, por infringência à regra disposta no art. 28, inc. III, da Lei nº 11.343/2006, cumpre a medida alternativa imposta, sem que tenha havido condenação por prática de crime, não pode ter a aludida conduta reconhecida como antecedente criminal, pois isso configuraria flagrante violação ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, previsto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal e no art. 8º, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José). 3. A eliminação de candidato de fase de concurso público na etapa de sindicância de vida pregressa pela constatação da conduta de porte de drogas para uso pessoal que não resultou em condenação criminal é desproporcional e irrazoável, sendo possível a declaração de nulidade do ato por parte do Poder Judiciário. 4. Diante da declaração de nulidade do ato de eliminação do candidato, deve ser possibilitada sua participação nas próximas etapas do certame." *Acórdão 1229549, 07042418620198070018, Relator: ALVARO CIARLINI, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 12/2/2020, publicado no DJE: 20/2/2020.*

Acórdãos representativos

Acórdão 1281793, 07009114720208070018, Relator: JOÃO EGMONT, Segunda Turma Cível, data de julgamento: 9/9/2020, publicado no PJe: 18/9/2020;

Acórdão 1255879, 07047407020198070018, Relatora: NÍDIA CORREIA LIMA, Oitava Turma Cível, data de julgamento: 10/6/2020, publicado no DJE: 9/7/2020;

Acórdão 1242080, 07049476920198070018, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 15/4/2020, publicado no PJe: 20/4/2020;

Acórdão 1232880, 07071024520198070018, Relator: ARQUIBALDO CARNEIRO PORTEL, Sexta Turma Cível, data de julgamento: 4/3/2020, publicado no PJe: 28/3/2020;

Acórdão 1205847, 07049502420198070018, Relator: ESDRAS NEVES, Sexta Turma Cível, data de julgamento: 25/9/2019, publicado no DJE: 11/10/2019;

Acórdão 1204297, 07047589120198070018, Relatora: ANA CANTARINO, Oitava Turma Cível, data de julgamento: 26/9/2019, publicado no DJE: 1/10/2019.

Concurso público – sindicância de vida progressa – inquérito policial arquivado – eliminação de candidato – ilegalidade. "1.

Caracteriza ato ilegal a eliminação de candidato do certame, na fase da sindicância de vida progressa e investigação social, lastreada somente em registros de ocorrência policial ou processo judicial não concluído, por ferir os princípios constitucionais da presunção de inocência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes no STJ e STF. 2. No caso, o candidato foi eliminado na fase de sindicância de vida progressa, em razão de supostas anotações de crime de lesões corporais, no contexto da Lei Maria da Penha, e de injúria, em que o inquérito foi arquivado por sentença penal terminativa transitada em julgado. 3. Nessa conjuntura, revela-se ilegal o ato administrativo que eliminou o candidato, por ferir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, derivados do princípio da legalidade, podendo, assim, o Judiciário exercer o controle, sob tal aspecto e com base em tais princípios, sem que, com isso, invada o mérito do ato administrativo." *Acórdão 1232616, 07043223520198070018, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 19/2/2020, publicado no PJe: 28/3/2020.*

Concurso público – sindicância de vida pregressa – suspensão condicional do processo – descumprimento de medida protetiva – prisão preventiva – eliminação de candidato – legalidade. “I - A avaliação das situações que afastam a idoneidade moral exigidas em concurso público para a carreira militar deve ser realizada caso a caso, segundo a fundamentação apresentada pelo ato administrativo apresentado. II - É legal o ato que contraindica candidato denunciado pela prática de contravenção em contexto de violência contra a mulher e que permaneceu preso por descumprimento de medida protetiva de urgência, ainda que não haja sentença condenatória transitada em julgado. III - A natureza dos fatos nos quais o candidato se envolveu, relativos à Lei Maria da Penha, somado ao descumprimento de ordem judicial com a prisão preventiva, não permitem concluir pela idoneidade moral e procedimento irrepreensível exigidos no concurso, especialmente diante da atividade a ser desempenhada, de soldado policial militar.” *Acórdão 1225281, 07044323420198070018, Relatora: VERA ANDRIGHI, Sexta Turma Cível, data de julgamento: 18/12/2019, publicado no DJE: 5/2/2020.*

Assim, não pode a Administração criar empecilho aos concurreseiros no tocante às exigências não previstas em Lei relacionados à vida pregressa, sendo indevida a exclusão de candidato que tenha transacionado com o Ministério Público, nos termos da Lei n. 9099/95.

E o Acordo de Não Persecução Penal, pode fundamentar reprovação em concurso público na fase de sindicância de vida pregressa?

A resposta, também é NEGATIVA.

O Acordo de Não Persecução Penal surgiu recentemente com a Lei nº 13.964, de 2019, que trouxe para o CPP, art. 28-A, instituto muito semelhante à transação penal, aplicável aos autores que praticaram infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, podendo o Ministério Público propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime e fixar condições para cumprimento, tais como:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (§ 6º, art. 28-A, CPP).

Perceba a semelhança com a transação penal. A sentença, também é homologatória, sendo que no § 12, também prevê que o ANNP não constará em certidão de antecedentes criminais, salvo para impedimento do benefício no período de 05 anos, vejamos:

A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo (§ 12, art. 28-A, CPP).

Por se tratar de instituto recente, ainda não identificamos jurisprudência versando sobre ANNP x concurso público, no entanto, acreditamos que o mesmo entendimento fixado para a transação penal (art. 76, L. 9099/95), no sentido de não poder fundamentar a reprovação em concurso público na fase de sindicância de vida pregressa, também deverá ser aplicado ao recente instituto do ANPP, contemplado no art. 28-A do CPP.

ESCRAVIZADOS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.

Um dos novos modismos politicamente corretos com vistas à indicação de supostas virtudes de seus adeptos é a alegação corrente de que não se deve referir às pessoas que sofreram a escravidão como “escravos”, mas como “escravizados”.

Há uma distorção da linguagem e toda uma construção intelectual (ou pseudointelectual), sustentando que o emprego da palavra “escravo” seria componente de um nefasto “racismo estrutural” (sic) e teria o objetivo de instaurar uma “categoria fixa” quando, na verdade, os chamados “escravos” foram “escravizados” contra a sua vontade e por período e circunstâncias passageiros.

Vejamos um exemplo dessa espécie de manifestação:

De fato, a identidade que construímos – o escravo – nunca existiu, senão num léxico que olhava para os africanos como passivos e desprovidos de subjetividade. Os movimentos anticoloniais, as lutas dos movimentos sociais negros no pós-abolição resistiram a essa identificação construída por uma história branca, baseada no dispositivo da branquitude. Os africanos que vieram para o Brasil eram pessoas, reis, rainhas, camponeses, homens e mulheres escravizados contra a sua vontade.

Escravo é, portanto, a produção de uma identidade fixa. Escravizado é uma contingência cruel da vida de uma pessoa, logo, histórica. Abordar em sala de aula o modo como nossa linguagem constitui os objetos de que se ocupa é central, também, na luta antirracista. 2

2 Cf. DORNELES, Mauricio da Silva, PEREIRA, Nilton Mullet. Escravo, não. Escravizado! Disponível em <https://sul21.com.br/opiniaio/2020/03/escravo-nao-escravizado-por-mauricio-da-silva-dorneles-e-nilton-mullet-pereira/>, acesso em 19.05.2023.

Não é aceitável a omissão diante dessas manipulações, sob pena de tornarmo-nos cúmplices do falseamento e da sementeira da ignorância histórica, jurídica e social. Como bem destaca Monedero:

El lenguaje sigue contaminado y lo siguen contaminando los ideólogos, los pseudo intelectuales, los periodistas; tanto en artículos de diário como en programas televisivos, tanto en suplementos culturales como en apuntes y textos universitarios. Por tanto, mientras permanezca la enfermedad, el deber de oponerse intelectual y moralmente a la misma también permanece. 3

O primeiro grande problema com essa postura é que ao invés de procurar a correta descrição histórica dos *feitos*, com base em fontes primárias e simplesmente naquilo que efetivamente aconteceu, opta-se por uma descrição “histórica” manipulada pela linguagem, ocultando fatos reais e criando fantasias fundadas em posições político – ideológicas. Isso só contribui para a formação de ignorantes e em nada auxilia a devida memória da atrocidade que foi a escravidão no Brasil e no mundo.

Logo de início se vislumbra uma invenção que é comum, evitando-se a pesquisa e o estudo de bibliografia que realmente narre a escravidão tal como se processou no Brasil, na África e no mundo. É praticamente invariável uma visão terrivelmente provinciana inadequada para a descrição do fenômeno da escravidão.

Alguns ocultam a bibliografia sobre a questão por pura ideologia, outros nem sequer mais sabem de sua existência, estão presos em um buraco escuro de ignorância e não hesitam em puxar jovens para a sua cegueira.

Infelizmente o fenômeno histórico da escravidão atingiu todos os povos, independente da cor e já era uma prática no continente africano quando os europeus ali chegaram para negociar seres humanos. Os árabes e as próprias populações africanas já praticavam há muitos séculos a servidão humana, seja derivada de conflitos tribais, seja em razias de verdadeira caça humana. Portanto, afirmar que a escravidão é algo que atingiu somente a população negra e que foi produto original da civilização ocidental europeia, é uma falsidade ou um erro histórico de proporções épicas, o qual, inobstante, tem sido

3 MONEDERO, Juan Carlos. *Lenguaje, Ideología y Poder – La palabra como arma de persuasión ideológica: cultura y legislación*. 2ª. ed. Bella Vista: Ediciones Castilla, 2016, p. 18. Tradução livre: “A linguagem continua contaminada e a continuam contaminando ideólogos, pseudo-intelectuais, jornalistas; tanto em artigos de jornais como em programas de televisão, tanto em suplementos culturais como em notas e textos universitários. Portanto, enquanto a doença permanecer, o dever de se opor a ela intelectual e moralmente também permanece”

inculcado nas consciências de nossos jovens por pessoas absolutamente despreparadas intelectual e moralmente para o ensino. Também de mesmas proporções é a falsidade e o erro da afirmação de que as pessoas que foram trazidas, por exemplo, para o Brasil eram somente Reis, Rainhas, camponeses livres etc. Não. Havia pessoas que eram já “escravas” ou, se preferirem, “escravizadas” ou submetidas à “servidão”, ainda que em algum momento tivessem anteriormente ocupado outras posições sociais. Isso devido ao fato de que a escravidão já existia na África há muitos e muitos séculos antes da chegada dos Europeus. É claro que também os Europeus raziam povos autóctones e realmente tornaram escravos Reis, Rainhas, camponeses etc. Mas, é uma meia – verdade, o que sempre corresponde a uma mentira inteira.

Para maior esclarecimento sobre o tema, sugere-se aos interessados a leitura, dentre outras, das obras de Robert C. Davis 4, Tidiane N’Diaye 5 e Jean – Marie Lambert 6.

Importa também esclarecer que não condiz com a verdade a afirmação de que a qualificação de alguém como “escravo” diz respeito a “uma identidade fixa” (sic), quando se sabe que ao longo da História sempre foi possível a libertação por alforria, manumissão, situações em que a condição de “escravo” era temporária etc. Essa espécie de alegação faz com que as pessoas que a recebem, normalmente sob um manto de “autoridade intelectual” de um professor ou orientador, se tornem extremamente limitadas em seu horizonte de conhecimento. E a finalidade da educação deveria ser exatamente o oposto, ou seja, a ampliação dos horizontes de conhecimento das pessoas.

Outro aspecto relevante é que os defensores dessas manipulações linguísticas usam de falácia para sustentar seu ponto, mais especificamente da conhecida “Falácia do Espantalho” 7, criando uma alegação inexistente e impotente e forjando uma vitória argumentativa inevitável. No caso, afirmar que alguém alegaria que os africanos capturados e trazidos ao Brasil para sofrerem a escravidão estariam de alguma forma

4 DAVIS, Robert C. *Escravos Cristãos, Senhores Muçulmanos – Escravidão branca no mediterrâneo, na costa da Berbéria e na Itália, de 1500 a 1800*. Trad. Leonardo Castilhane. Campinas: Vide Editorial, 2021, “passim”.

5 N’DIAYE, TIDIANE. *O Genocídio Ocultado – Investigação histórica sobre o Tráfico Negreiro Árabo – Muçulmano*. 3ª. ed. Lisboa: Gradiva, 2020, “passim”.

6 LAMBERT, Jean – Marie. *História da África Negra*. Goiânia: Kelps, 2001, “passim”.

7 Cf. SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de ter Razão*. Trad. Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 24. A retórica (no aspecto “erístico”) apresentada por Schopenhauer é explicitada em vários estratagemas. Um deles ficou conhecido como “Técnica do Espantalho”, consistindo em expandir uma ideia alheia, criando um opositor aparentemente potente, quando, na verdade, nada há ou muito pouco a combater. A vitória no debate ou a superação do argumento do opositor é então apresentada como uma grandiosa conquista, quando, na realidade, não passa de uma bravata. Anote-se que não se está aqui também afirmando qualquer “vitória” ou “superação” de ideias, mas tão somente justificando a reação às afirmações em destaque, cabendo a cada leitor fazer seu próprio julgamento quanto aos argumentos apresentados sobre o tema.

interessados ou desejariam tal situação. Afirmar que a qualificação de “escravo” traria essa afirmação absurda e indefensável. Pela cabeça de nenhuma pessoa se poderia passar tal ideia estapafúrdia quanto ao suposto desejo de ser escravo, a não ser que também se esteja referindo a excepcionais casos de patologia mental com relação a indivíduos que pretendam ser submetidos à servidão ou escravidão.

Mesmo quando na antiguidade um autor como Aristóteles menciona a natureza das pessoas, indicando que algumas seriam adequadas à escravidão (e não se tratava de uma questão de cor ou raça naquele contexto), não existe a afirmação de que tais pessoas tivessem a vontade ou desejo de serem escravos. Aristóteles pode ter defendido a escravidão naquele seu contexto histórico – social (e aqui é preciso precaver-se de anacronismos), mas jamais cometeu a insanidade de afirmar uma espécie de anseio por ser escravo. ⁸ Em suma, o argumento alegado e supostamente derrubado pela manipulação linguística não existe, é um “espantalho” erístico.

Os danos intelectuais e morais ocasionados pela manipulação da linguagem, falseando a História são incomensuráveis, pois atingem o espírito humano e o deformam com potencial de irreversibilidade.

Providencial a passagem de Gurgel, com fulcro nas ideias de Iris Murdoch:

A grande romancista Iris Murdoch está certa: não é nenhum exagero dizer que nos transformamos em criaturas espirituais quando passamos a ser criaturas verbais, porque as diferenças fundamentais, as distinções que realmente importam, só podem ser esclarecidas por meio das palavras. E se as palavras são o espírito, então **a qualidade de uma civilização depende da sua habilidade para discernir e revelar a verdade – e discernir e revelar a verdade depende do alcance e da pureza do seu idioma; e também da forma como utilizamos nosso idioma** (grifo no original). ⁹

A discussão sobre o emprego da palavra “escravo” ou “escravizado” se fosse somente estéril e não altamente destrutiva de saberes, seria um mal menor.

É simplesmente errado histórica e juridicamente afirmar que pessoas foram somente “escravizadas” e não eram efetivamente convertidas em “escravas” em

⁸ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 15.

⁹ GURGEL, Rodrigo. *O Mínimo Sobre Literatura*. Campinas: O Mínimo, 2023, p. 109 – 110. Para acesso ao original de Murdoch: MURDOCH, Iris. *Existentialists and Mystics - Writings on Philosophy and Literature*. New York: Penguin Books, 1999.

determinadas épocas e lugares. A condição de “escravo” é jurídica e derivada de uma instituição jurídica, a “escravidão”. Uma das debilidades intelectuais criadas pela pretensa eliminação do emprego da palavra “escravo” é a incapacidade das pessoas saberem que é possível ser escravizado sem ser escravo, mas não é viável ser escravo sem ser escravizado. O sistema jurídico que adotava a instituição da “escravidão” e permitia o trabalho escravo atribuía aos indivíduos não a condição de “escravizados”, mas de “escravos”. Esse “status” jurídico geralmente implicava na equiparação dos escravos a coisas ou animais (“res”). Por isso, podiam ser escravizados, explorados, comercializados, castigados etc. Afirmar que os escravos ao longo da História (brasileira e mundial) não existiram e eram escravizados é ocultar ou fingir não saber de todo um arcabouço jurídico e social que abrigava a nefasta instituição da “escravidão” e a condição jurídica de “escravo”. Em suma, é uma alienação inadmissível. E essa alienação pode ensejar uma impressão, com o passar do tempo, de existência supostamente real de uma graduação de gravidade entre ser “escravo” e ser “escravizado”, o que pode contribuir até mesmo, num futuro, para que a condição de “escravizado” seja de alguma forma aceitável, dado o abrandamento que hoje é cultivado com alegadas boas intenções, das quais, conforme o dito popular, “o inferno está cheio”. Num mundo onde já se fala tanto de transumanismo, com o potencial surgimento de uma elite genética, essa espécie de irresponsabilidade linguística e suas consequências no intelecto, na sociedade e na cultura, não pode passar em branco. Quem sabe num futuro horroroso a crença no poder das palavras de mudar a realidade como num “nominalismo mágico”, venha a legitimar o tratamento de alguns humanos menos dotados em comparação com os transumanos, como “escravizados”. Afinal, não seria tão cruel, já que não seriam “escravos”, mas “apenas” (sic) “escravizados”. Parece loucura, não é? Pois é exatamente à insanidade e à debilidade moral e intelectual que a manipulação linguística se dirige.

Na seara jurídica, graduandos que cheguem ao nível universitário com ideias como a criticada neste texto terão muita dificuldade em entender por que há em nosso Código Penal (artigo 149, CP) um crime com “nomen juris” de “Redução a Condição Análoga à de Escravo” e não um crime de “Escravidão” ou “Escravização”. Atualmente ninguém pode ser reduzido a “escravo” porque não existe esse “status” jurídico e nem a instituição da “escravidão”. É, porém, possível que seja tratado “como se fosse” um “escravo”, que seja “escravizado”, hoje sim, apenas escravizado e não escravo. E isso somente ocorre porque a escravidão, com a figura jurídica do “escravo”, foi abolida um dia. Note-se que o jogo de palavras, a manipulação linguística torna não somente a compreensão da evolução jurídica confusa, como também o próprio entendimento da sucessão histórica dos fatos. Tudo fica nebuloso, afetando a capacidade cognitiva das pessoas.

Como explicam Mirabete e Fabbrini:

Refere-se a lei à condição *análoga* à de escravo por não mais existir a situação jurídica de escravo no país. A escravidão é um *estado de direito* em virtude do qual o homem perde a própria personalidade, tornando-se simples coisa, e, assim, a condição a que alude a lei é de um *estado de fato* semelhante àquele. 10

Analisando a questão sob um prisma interdisciplinar entre o Direito Penal e Direito do Trabalho, Pereira também afirma que a correta denominação para a conduta de exploração do trabalho em condições insalubres e sem a devida contraprestação é de “trabalho em condição análoga à de escravo”, já que desde o advento da Lei Áurea (Lei 3.353, de 13 de maio de 1888), não existe, juridicamente, “trabalho escravo”, mas somente o trabalho desenvolvido numa “condição análoga à de escravo. A figura do “escravo” foi extinta do mundo jurídico brasileiro. 11

Sim, a figura do “escravo” foi juridicamente extinta, mas existiu. Não é possível adotar uma postura afetada e deliberadamente obliterar parte da História, reescrever o que de fato ocorreu, substituindo o verdadeiro devir histórico por um ato de vontade, sobrepondo a ideologia aos fatos, o “ser” a um “dever – ser” impositivo e voluntarista.

Seria semelhante afirmar que os menores de 16 anos não foram em nossa época “incapazes” para os atos da vida civil, mas “incapacitados”, já que tal condição lhes era imposta por lei (Código Civil artigo 3º.) ou no linguajar estereotipado que se tem cultivado ultimamente, por “opressão de uma sociedade preconceituosa e capacitista” (sic). Acaso num futuro, a capacidade civil se adquira, por exemplo, aos 14 anos, afirmar que os atuais “incapazes” não eram “incapazes”, mas “incapacitados” é uma falsidade histórica e um erro jurídico crasso. Também afirmar que essa era uma condição “fixa” seria falso, já que pode haver casos de emancipação (voluntária, judicial ou legal), isso sem contar o passar do tempo e aquisição da capacidade pela idade. Essas manipulações linguísticas não mudam a realidade em nada, mas embotam o intelecto terrivelmente.

Sirva este texto para denunciar a manipulação linguística a que todos estamos sendo submetidos, mas com mais intensidade nossos jovens, pois que esse é o primeiro passo para a debilitação intelectual e moral necessária com vistas à imposição vertical da hegemonia cultural, mantendo as pessoas presas em “gaiolas de ideias” das quais muito dificilmente poderão se libertar. Aí sim, fazendo surgir uma multidão atônita e impotente

10 MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 168.

11 PEREIRA, Cícero Rufino. O “Velho” Trabalho Escravo e as Perspectivas do Tema a Partir da EC 81/2014. *Revista de Direito do Trabalho*. Volume 40, n. 159, set./out., 2014, p. 13.

de escravizados intelectuais que, talvez um dia, até mesmo possam ser convertidos em “escravos” sem nem mesmo compreender o que está acontecendo e tudo o que perderam.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

DAVIS, Robert C. *Escravos Cristãos, Senhores Muçulmanos – Escravidão branca no mediterrâneo, na costa da Berbéria e na Itália, de 1500 a 1800*. Trad. Leonardo Castilhone. Campinas: Vide Editorial, 2021.

DORNELES, Mauricio da Silva, PEREIRA, Nilton Mullet. Escravo, não. Escravizado! Disponível em <https://sul21.com.br/opiniao/2020/03/escravo-nao-escravizado-por-mauricio-da-silva-dorneles-e-nilton-mullet-pereira/>, acesso em 19.05.2023.

GURGEL, Rodrigo. *O Mínimo Sobre Literatura*. Campinas: O Mínimo, 2023.

LAMBERT, Jean – Marie. *História da África Negra*. Goiânia: Kelps, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 31^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONEDERO, Juan Carlos. *Lenguaje, Ideología y Poder – La palabra como arma de persuasión ideológica: cultura y legislación*. 2^a. ed. Bella Vista: Ediciones Castilla, 2016.

MURDOCH, Iris. *Existentialists and Mystics - Writings on Philosophy and Literature*. New York: Penguin Books, 1999.

N'DIAYE, TIDIANE. *O Genocídio Ocultado – Investigação histórica sobre o Tráfico Negreiro Árabo – Muçulmano*. 3^a. ed. Lisboa: Gradiva, 2020.

PEREIRA, Cícero Rufino. O “Velho” Trabalho Escravo e as Perspectivas do Tema a Partir da EC 81/2014. *Revista de Direito do Trabalho*. Volume 40, n. 159, p. 13 – 38, set./out., 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de ter Razão*. Trad. Alexandre Krug e Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TUTELAS PROVISÓRIAS: UM ESTUDO ACERCA DA TUTELA DE URGÊNCIA E DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROCESSO CIVIL

DIUSTER DE FRANCESCHI GARIBOTI:

Graduando em Direito pela
Universidade Federal do Rio Grande
(FURG)¹².

RESUMO: As tutelas provisórias são provimentos judiciais concedidos em cognição sumária, superficial, em caráter não definitivo, sem ter aptidão para o deslinde da causa em coisa julgada. O Código de Processo Civil de 2015 expressa duas diferentes tutelas provisórias, sendo, a primeira, a tutela de urgência e, a segunda, a tutela de evidência. Dessa maneira, esta pesquisa tem como propósito analisar as tutelas provisórias de urgência e evidência disciplinadas no Código de Processo Civil de 2015. O objetivo deste artigo é realizar uma análise acerca das tutelas provisórias de urgência e evidência no Processo Civil. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, aliada a pesquisa documental, a fim de analisar e contextualizar diversos estudos de renomados autores, junto às legislações brasileiras, relacionados às tutelas provisórias no Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Tutelas provisórias. Tutela de urgência. Tutela de evidência.

PROVISIONAL GUARDIANSHIP: A STUDY CONCERNING THE PROTECTION OF URGENCY AND THE GUARDIANSHIP OF EVIDENCE IN CIVIL PROCEEDINGS

ABSTRACT: Provisional guardianships are judicial provisions granted in summary, superficial cognition, in a non-definitive nature, without being able to resolve the case in res judicata. The Civil Procedure Code of 2015 expresses two different provisional guardianships, the first being the urgent guardianship and the second the evidential guardianship. Thus, this research aims to analyze the provisional injunctions of urgency and evidence disciplined in the Code of Civil Procedure of 2015. The objective of this article is to carry out an analysis about the provisional injunctions of urgency and evidence in the Civil Procedure. The methodology used is hypothetical-deductive and the bibliographic research technique, combined with documental research, in order to analyze and contextualize several studies by renowned authors, along with Brazilian legislation, related to provisional guardianships in Civil Procedure.

12 E-mail: garibotidiuster@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1357223673966110>

KEYWORDS: Civil Procedure. Provisional guardianship. Emergency guardianship. Evidence guardianship.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como viés realizar uma análise acerca das tutelas provisórias disciplinadas no Código de Processo Civil de 2015, sendo a tutela de urgência e a tutela de evidência. A partir disso, tem-se que o objetivo primordial deste artigo é realizar uma análise sobre as tutelas provisórias de urgência e de evidência no Processo Civil brasileiro. A justificativa deste estudo surge através da demanda de pesquisa desenvolvida ao decorrer das aulas e debates da disciplina de “Direito Processual Civil II” ministradas na Universidade Federal do Rio Grande (FURG) no curso de Direito no ano de 2022.

Como metodologia desta pesquisa, foi utilizada a hipotético-dedutiva que, consoante Popper (1993), desenvolve-se através de uma problemática, dentro de uma conjuntura, que se submete a sucessivos testes de falseamento. Junto a isso, utilizar-se-á a técnica de pesquisa bibliográfica, aliada a pesquisa documental, com a intenção de analisar e contextualizar diversos estudos de renomados autores, junto às legislações brasileiras, relacionados às tutelas provisórias no Processo Civil brasileiro.

Cabe ressaltar, primeiramente, que a tutela provisória é concedida por uma cognição sumária, de modo que, após, será substituída por uma tutela definitiva. Ocorre isso, pois essa tutela não possui aptidão necessária para o deslinde da causa em coisa julgada. Por outro lado, há a tutela definitiva, a qual é concedida por meio de uma cognição exauriente, não sendo mais substituída por outra tutela, pois esta exaure a discussão.

Além disso, faz-se preciso retratar que há a tutela temporária, porém, sabe-se que ela se diferencia da tutela provisória. Nesse âmbito, acontece essa diferenciação no instante em que a tutela temporária tem a possibilidade de ser tanto uma tutela provisória, quanto uma tutela definitiva. Assim, a tutela temporária é aquela em que possui um tempo determinado pelo juiz para durar. Por exemplo, tem-se os casos de pensões alimentícias em que é concedida a tutela apenas dentro de um determinado lapso temporal.

Sobre as tutelas provisórias, percebe-se que elas funcionam como um mecanismo do processo que está interligado a satisfazer e garantir um direito que foi pleiteado, sendo, então, um mecanismo imprescindível e importante aos operadores do Direito. Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 disciplina dois tipos de tutelas provisórias que existem no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência. Com isso, o CPC traz essa temática sobre as tutelas provisórias expressa em 18 artigos, sendo os artigos 294 a 311.

Por esse viés, é necessário realizar a análise acerca das tutelas provisórias disciplinadas no Código de Processo Civil de 2015, sendo a tutela de urgência e a tutela de evidência. Sendo assim, o estudo será dividido em três partes, de modo que, na primeira parte, serão realizadas algumas considerações sobre as tutelas provisórias, após, será analisada a tutela de urgência no Processo Civil e, por fim, será analisada a tutela de evidência no Processo Civil.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TUTELAS PROVISÓRIAS

A princípio, cabe evidenciar que Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, caput, disciplina que todos são iguais perante a legislação, sem que haja distinção de qualquer natureza, regulando o princípio da isonomia. Já o inciso XXXV, do mesmo artigo da Constituição de 1988, expressou o princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional, inferindo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Além disso, no inciso LIV, do artigo 5º, regula o direito ao contraditório e à ampla defesa e, no inciso LV, assegura o devido processo legal.

Assim, entende-se que essas previsões expressas constitucionalmente possuem o viés de assegurar ao cidadão o acesso à justiça como um direito constitucional. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional confere ao Estado-Juiz a incumbência de tutelar, frente aos cidadãos, eventuais direitos que estão sob ameaça ou que foram violados. Há situações que são amparadas pela legislação brasileira que possibilitam ao indivíduo proteger o seu direito subjetivo ou o emprego de qualquer meio lícito mediante uma tutela jurisdicional, mesmo que o Estado-Juiz detenha o monopólio da jurisdição.

A garantia constitucional, que merece ser resguardada pelo Estado Democrático de Direito, não possui o intuito de assegurar somente o direito à tutela jurisdicional ao cidadão, mas o direito à tutela jurisdicional de modo adequado e efetivo. Relacionado a isso, percebe-se, então, que o acesso à justiça precisa ser entendido como a obtenção da tutela jurisdicional, a partir de mecanismos que possibilitem facilmente o ingresso em juízo e que promovam meios para que ocorra o desenvolvimento adequado e efetivo do processo, consoante Nelson Nery Junior (2002).

A todo cidadão é garantido o direito de resposta, sendo favorável ou não, em relação ao litígio deduzido, de maneira a preservar o direito material e o bem da vida ao vencedor. Sendo assim, ressalta-se o pensamento do jurista Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 54):

[...] tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto do poder de ação. A ação

em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados.

A tutela jurisdicional diferenciada é conceituada como a predisposição de métodos não ordinários postos pelo legislador a fim de restringir a cognição do magistrado e buscar a produção de resultados no processo que sejam mais efetivos, sendo a partir das decisões provisórias ou das decisões derradeiras. E, junto a isso, sobre a tutela jurisdicional diferenciada cabe conceituar que:

A expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser compreendida como a predisposição de métodos, procedimentos e meios não ordinários postos pelo legislador para que a atividade processual se revista de qualidade e efetividade. [...] deve ser compreendida como a restrição à atividade cognitiva realizada pelo Estado-Juiz ao proferir sua resposta ao litígio deduzido. Ou seja, o modelo neutro e único de processo ordinário de cognição plena, tradicionalmente instituído, passa a agregar mecanismos que visam o alcance da efetividade do processo e resguardo da satisfação da pretensão principal da parte por meio de uma cognição sumária e célere. (SOUZA; SORRILHA, 2017, p. 141).

A tutela jurisdicional diferenciada possui como primordial atributo a sumariedade da atividade e de cognição pelo juiz para prolatar sua decisão, conforme exposto por Antônio Carlos Marcato (1998). Nesse sentido, essa sumariedade necessita ser entendida como uma forma de restringir a atividade cognitiva dos elementos pelo magistrado para formar a sua convicção e a sua decisão. A cognição é a técnica usada pelo magistrado para, por meio de considerações, análises e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, promover juízos de valor sobre as questões suscitadas no processo, com o viés de decidi-las. A tutela jurisdicional diferenciada é conceituada como a predisposição de métodos não ordinários postos pelo legislador a fim de restringir a cognição do magistrado e buscar a produção de resultados no processo que sejam mais efetivos, sendo a partir das decisões provisórias ou das decisões derradeiras.

Ademais, convém ressaltar que, segundo o renomado doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), a tutela provisória é proferida através de cognição sumária, no instante em que o juiz, ao conceder ela, ainda não tem acesso a íntegra de todos os elementos de convicção sobre a lide. Todavia, tem-se que, de modo excepcional, essa espécie mencionada de tutela tem a possibilidade de ser concedida através de cognição exauriente, no momento em que é concedida a sentença pelo magistrado.

Na sequência, observa-se que a concessão da tutela provisória se funda em um juízo de probabilidade, de modo que não existe certeza se há ou não o direito da parte, mas existe uma aparência de que esse direito é real. Percebe-se que é uma consequência natural/normal da cognição sumária feita pelo magistrado ao conceder essa espécie de tutela. “Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir” (NEVES, 2016, p. 806).

A tutela provisória é proferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica. Excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença. A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir. (NEVES, 2016, p. 806).

Sobre as tutelas provisórias, percebe-se que elas funcionam como um mecanismo do processo que está interligado a satisfazer e garantir um direito que foi pleiteado, sendo, então, um mecanismo imprescindível e importante aos operadores do Direito. O Código de Processo Civil de 2015 dispõe de um capítulo para tratar acerca da tutela provisória, a qual se divide em tutela provisória de urgência (cautelar e antecipada) e tutela provisória de evidência. Assim, verifica-se que o CPC traz essa temática sobre as tutelas provisórias expressa em 18 artigos, sendo os artigos 294 a 311. Sendo que, nos artigos iniciais deste capítulo, o CPC já expressa algumas características do mecanismo tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro, sendo:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

3. A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCESSO CIVIL

A priori, cabe destacar que a tutela provisória de urgência é um dos mecanismos judiciais que possibilita que o direito da parte seja assegurado e antecipado, sendo para que o direito pedido no processo seja adquirido antes do final do mesmo, como acontece na tutela antecipada, ou sendo para assegurar que o direito requisitado no processo seja alcançado ao final do mesmo, como na tutela cautelar. Observa-se que a tutela de urgência é um método processual que possui o objetivo de acelerar as partes do processo, pois, mesmo havendo o princípio da celeridade processual do CPC, nem sempre faz-se possível aguardar a sentença para que um direito requisitado seja atendido e efetivado.

Por esse viés, percebe-se que, no momento em que o direito de alguém se encontra ameaçado de extinção por motivo temporal, de modo a promover danos irreparáveis ao indivíduo, existe, então, a possibilidade de usar a medida judicial expressa como tutela provisória de urgência a fim de propiciar a antecipação e assegurar esse direito (NEVES, 2016). No Código de Processo Civil de 2015 a tutela provisória de urgência é dividida em

tutela provisória urgente cautelar e tutela provisória urgente antecipada, sendo que, em ambas, faz-se imprescindível que haja risco ou perigo de dano a direito da parte, pois, como trazido no artigo 294 do CPC, “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência” e “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Dado isto, expressa-se o artigo 300, 301 e 302 do CPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Com isso, percebe-se que o legislador, além de prever a imprescindibilidade da probabilidade do direito, previu também a necessidade de perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo. Além disso, entende-se que o magistrado poderá requerer, antes da concessão, que seja dada uma garantia real, pois poderia sofrer perdas a outra parte, salvo quando houver situação de hipossuficiência pela parte suplicante. Ademais, observa-se que apenas será concedida a tutela de urgência caso seja possível a reversibilidade, pois, em casos que haja risco da tutela concedida ser entendida como irreversível, não será possível, primeiramente, ser objeto de outorga, de modo que iria confrontar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

3.1 A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR

A princípio, convém ressaltar que a tutela cautelar faz parte e complementa as tutelas provisórias de urgência. A tutela provisória de urgência cautelar não precisa de processo apartado e autônomo, de modo que estipula que ela poderá ser deferida no momento em que forem preenchidos os requisitos, sendo antes ou durante o processo. Por esse viés, compreende-se que a tutela cautelar possibilita ao magistrado atuar com liberdade, de maneira a evitar dano grave ou de difícil reparação a quem possui direito e recorra deste mecanismo acautelatório (GONÇALVES, 2017).

Consoante ao artigo 294 do CPC, a “tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”. E, assim, observa-se que a tutela cautelar em caráter antecedente encontra-se disciplinada no artigo 305 do Código de Processo Civil:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Sendo assim, entende-se que é necessário formalmente a menção vir expressa na petição inicial sobre a tutela cautelar a ser buscada pelo requerente, sendo facultado a afirmação expressa em relação à pretensão de mérito. Caso conste o requerimento da tutela cautelar com natureza antecedente, tem-se que a parte autora deverá expor os fatos

resguardados pelo direito material, de maneira a comprovar o perigo de dano e o resultado útil para o processo.

Ademais, convém expor os artigos 306, 307, 308, 309 e 310 do Código de Processo Civil que também tratam acerca do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente:

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 .

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

Na sequência, vê-se que, uma vez deferida a solicitação de tutela cautelar destinada a garantir o resultado final do provimento definitivo, há a tutela antecipada do mérito do processo primordial. E, em adendo, entende-se que para que seja obtida a tutela cautelar ou tutela provisória, é necessário que estejam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, precisamente fundado por um direito com teor verossímil e inequívoco. Somam-se como pressupostos a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Por fim, sobre o assunto, cabe expressar a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO SUBSTITUTO DO ESTADO DO PARANÁ. EDITAL N. 001/2022. INSURGÊNCIA QUANTO ÀS QUESTÕES FORMULADAS NA PROVA OBJETIVA. CONTEÚDOS PREVISTOS NO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NOS CRITÉRIOS DA BANCA EXAMINADORA. PERMISSÃO APENAS PARA ANALISAR A LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DAS QUESTÕES. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

I - Trata-se de pedido de tutela provisória a fim de obter provimento judicial para garantir "a participação da recorrente na terceira etapa de prova oral (e, conforme sua eventual aprovação, demais etapas do concurso público até o julgamento definitivo do recurso ordinário em mandado de segurança interposto na origem), mediante o acréscimo provisório de até 2 (dois) pontos à nota de sua prova objetiva",

enquanto não julgado definitivamente o recurso ordinário interposto nos autos do mandado de segurança. O referido mandado de segurança foi julgado improcedente.

II - A concessão da pretendida tutela provisória cautelar demanda a demonstração da plausibilidade do direito alegado (*fumus boni juris*) e da urgência da prestação jurisdicional (*periculum in mora*).

III - No caso em tela, os fundamentos trazidos pela defesa não demonstram a plausibilidade do direito.

IV - Compulsando os autos do mandado de segurança, verifica-se que a 5ª Câmara Cível do TJPR denegou a ordem pleiteada ao fundamento de que: a) a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame de questões das provas e de notas atribuídas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora; e b) não houve qualquer ilegalidade nas matérias abordadas nas questões 46 e 65, vez que previstas expressamente em edital, de modo que ausente o direito líquido e certo alegado pela candidata.

V - Consoante o entendimento desta Corte, se o candidato busca reexame do Poder Judiciário nas questões do concurso ou o critério utilizado na correção para a verificação da regularidade da resposta ou da nota atribuída, não sendo demonstrada a flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade, tal desiderato esbarra no entendimento da excelsa Corte sufragado em repercussão geral.

VI - Na hipótese, verifica-se que a análise das questões não envolve o exame de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade. Na verdade, remete à análise do acerto ou não na correção do item questionado, o que se afasta da competência do Poder Judiciário, conforme a jurisprudência pacífica sobre o assunto.

VII - Não se trata, *in casu*, de questões que extrapola a previsão editalícia ou algo manifestamente inconstitucional, sendo assim inviável a análise pelo Poder Judiciário e inviável o reconhecimento da plausibilidade do direito, essencial para o deferimento da tutela requerida.

VIII - Agravo interno improvido.

(AgInt no TP 4140/PR, agravo interno no pedido de tutela provisória nº 2022/0276782-2, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, T2 - Segunda Turma, data do julgamento 24/10/2022).

3.2 A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

De início, relacionado o assunto da tutela provisória de urgência antecipada, cabe realizar uma análise acerca dos artigos do Código de Processo Civil expressos a seguir, *in verbis*.

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 , torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput , o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput .

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Nesse sentido, sabe-se que a antecipação da tutela provisória antecipada necessita maior formalidade e rigorosidade, de modo que relaciona-se ao pedido principal. O pleito dessa tutela é uma forma de prever a pretensão autoral buscada, de maneira que uma decisão que deveria ser guardada para o final, seria realocada já no início, de modo a adentrar no mérito da causa em debate. O juiz precisa estar convencido de que a medida de antecipação deferida é conversível, a fim de não prejudicar uma das partes.

Em adendo, retrata-se que pode ser deferido o pedido no momento em que restar configurado abuso do direito de defesa ou até mesmo intenção protelatória, sem depender do perigo da demora para solucionar a lide. Ademais, verifica-se que, através do seu teor satisfativo, é concedida somente quando a parte requerer.

Em relação ao supramencionado, resta expresso que, nas situações em que a urgência for no mesmo momento da propositura da ação, a petição inicial poderá ser limitada ao requerimento da tutela antecipada e, junto a isso, à indicação do pedido de tutela final, expondo a lide, do direito almejado a ser realizado e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Caso seja deferida a tutela antecipada o autor deve aditar a petição inicial no prazo de 15 dias, todavia, se ocorrer o indeferimento, será determinado que o autor emende a petição inicial no prazo de 05 dias, sob penalização do processo ser extinto sem resolução do mérito.

Segundo o artigo 304 do CPC, "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". Da decisão que deferir ou indeferir a tutela antecipada cabe agravo de instrumento, como estipulado no artigo 1015, I, CPC. Caso a decisão defira e a parte não recorra, a decisão se tornará estável e o processo será extinto, caso a decisão indefira o autor deverá emendar a inicial no prazo de 5 dias.

Sobre a decisão que concede tutela, observa-se que não irá fazer coisa julgada, porém a estabilidade dos efeitos só será retirada a partir de decisão que reformar, rever ou invalidar, de maneira que deve ser proferida em ação ajuizada a partir de uma das partes dentro do período de dois anos. Acerca desta decisão, cabe apelação, consoante ao artigo 1009, § 1º, CPC, pois é uma sentença terminativa.

Por esse viés, então, cabe evidenciar abaixo, com relação à temática da tutela provisória de urgência antecipada, a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na íntegra:

PROCESSO CIVIL. AMBIENTAL. ACESSO À PRAIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA QUE O MUNICÍPIO SE ABSTENHA DE ABRIR, REMOVER OU DEMOLIR PORTÕES E CERCAS DA PROPRIEDADE QUE IMPEDE O ACESSO À PRAIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO E INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TUTELA DE URGÊNCIA NEGADA. RECURSO ESPECIAL. ÓBICES DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 735 DO STF E SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MANTIDA.

I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada interposto nos autos em que particular contende com o Município de Governador Celso Ramos objetivando o restabelecimento dos efeitos de tutela recursal anteriormente concedida pela Justiça estadual no sentido de autorizar o agravante a exercer de forma plena a propriedade sobre o imóvel objeto da lide. No Tribunal a quo, negou-se provimento ao agravo de instrumento.

II - O recurso especial foi extraído de tutela provisória de urgência favorável à municipalidade, determinando que seja promovida a abertura de acesso à praia; reconhecendo-se, ademais, a admissão da União como assistente simples, diante da constatação prefacial de que a área discutida ocupa terreno de marinha (fl. 172).

III - Com efeito, as tutelas provisórias de urgência, por não representarem pronunciamento definitivo a respeito do direito reclamado, configuram medidas suscetíveis de modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmadas ou revogadas pela sentença final. A pretensão de conferir efeito suspensivo ao agravo de instrumento que teve tal efeito negado na origem, com a manutenção dos efeitos das decisões interlocutórias proferidas na primeira instância e combatidas pelo agravante, amolda-se, mutadis mutandis, à razão de existir do óbice da Súmula n. 735 do STF, não se tratando de aplicação equivocada da referida súmula, ao contrário do que alega a parte agravante.

IV - Em razão da natureza instável de decisão desse jaez, incide, por analogia, o entendimento segundo o qual "não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar" (enunciado n. 735 da Súmula do STF). A propósito: AgInt no AREsp n. 1.44.7307/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 9/9/2019; AgInt no AREsp n. 1.307.603/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 29/10/2018; REsp n. 1.701.603/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017.

V - Ainda que assim não fosse, sustentou a parte recorrente que é do Município - e não da União - a incumbência de garantir o acesso por meio de servidão administrativa de passagem às praias. Ocorre que, conforme observado pelo Tribunal de origem, "é questionável a afirmação de que a propriedade não está inserida em terreno de

marinha, tendo em vista a afirmação em sentido oposto na inicial da ação originária, na qual o demandante explica que ao menos parte do imóvel é composto por terreno de marinha" (fl. 172). Observou o Tribunal de origem que o imóvel não está situado apenas em área alodial, como alega a parte ora recorrente, porque há discussão sobre desapropriação ou instituição de servidão em local que pode ser considerado terreno de marinha e sobre acesso à praia na área de zona costeira.

VI - Não cabe, nesse contexto, o conhecimento da pretensão recursal, porque implicaria a revisão de juízo de fato exarado pelas instâncias ordinárias. Tal cognição é inviável em recurso especial.

Inafastável, pelas razões expostas, a incidência do Enunciado Sumular n. 7/STJ, não se cuidando de mera reavaliação de critérios jurídicos, como alega o recorrente.

VII - Agravo interno improvido.

(STJ, AgInt no AREsp 2069406/RS, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2022/0036601-9, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, T2 - Segunda Turma, data do julgamento: 03/10/2022).

4. A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO PROCESSO CIVIL

Em um primeiro ponto, convém trazer que o direito à razoável duração do processo, conforme exposto por Rodrigo Ramos (2015, p. 62), "está contido no princípio da efetividade da jurisdição, pois só se revela efetiva, justa e adequada a prestação tempestiva da jurisdição". Assim, é possível compreender que o direito à razoável duração do processo faz com que os três Poderes do Estado, principalmente o Judiciário, organizem de modo adequado a distribuição da justiça, a equipar de maneira efetiva os órgãos do judiciário, compreendendo e adotando mecanismos processuais a fim de permitir a tutela jurisdicional tempestiva e impedir a prática de atos de omissão ou comissão que venham a retardar o processo sem justificativa alguma.

Sendo assim, ressalta-se que a tutela de evidência é um tipo de tutela provisória que dá a possibilidade de antecipar total ou parcialmente o mérito de um processo judicial antes que a decisão final acerca do mesmo seja proferida. A tutela de evidência fundamenta a antecipação do mérito a partir de evidências que possibilitam a comprovação de que o requerente possui direitos evidentes ou bem prováveis acerca da demanda (NEVES, 2016). A tutela mencionada não é uma tutela definitiva, que define uma demanda judicial, de modo que visa antecipar uma decisão a partir da comprovação de

que a parte de modo notório possui o direito apontado ou que consegue apresentar que a possibilidade/probabilidade de possuí-lo é muito grande.

A tutela provisória de evidência foi criada através do CPC de 2015, desse modo, vê-se que o Código de Processo Civil disciplina em seu artigo 311 acerca da tutela de evidência, mais especificamente acerca das hipóteses de concessão da tutela, in verbis:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Nessa perspectiva, sobre as hipóteses de concessão da tutela provisória de evidência, tem-se que uma das hipóteses é quando ser caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, ela possibilita que a decisão tenha efeito antecipadamente antes do trânsito em julgado, no momento em que a outra parte do processo não tem usado o direito de defesa de acordo com a boa-fé. Restou possibilitada a antecipação da tutela com base na manifestação protelatória de alguma das partes dentro do processo.

Além disso, na sequência, ficou disciplinado a solicitação de que a jurisprudência apresentada seja fundada em súmulas vinculantes dos Tribunais ou em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Após, evidencia-se a hipótese de concessão em que se tratar de pedido reipersecutório baseado em prova documental adequada do contrato

de depósito, situação em que será decretada a restituição do bem custodiado, sob pena de multa.

E, por fim, há a hipótese em que dá a possibilidade de concessão da tutela provisória de urgência, sendo a qual em que a petição inicial for instruída com prova documental que seja suficiente sobre os fatos constitutivos do direito do autor, de maneira que a outra parte não oponha prova que possua capacidade de promover dúvida. Ademais, entende-se que a tutela referida tem como viés objetivar a celeridade processual e seus efeitos e, nesse caso, a celeridade é concedida a partir da antecipação da tutela fundada na suficiência documental de uma das partes a fim de provar os direitos requeridos.

Sendo o pedido formulado de forma antecedente, poderá ser elaborado como tópico da petição inicial, ou, após esse momento inicial do procedimento, ser formulado por meio de mera petição a ser juntada aos autos principais. Ainda que o juiz possa, antes de decidir, intimar a parte contrária para se manifestar sobre o pedido, a tutela de evidência pode ser a qualquer momento, concedida mediante contraditório diferido, nos termos do art. 9º, parágrafo único, II, do Novo CPC. (NEVES, 2016, p. 927).

Nesse sentido, expressa-se que a tutela de evidência é um pedido incidental, o qual tem a possibilidade de ser realizado na petição inicial ou em alguma petição avulsa. Além disso, sabe-se que o juízo que possui competência para conhecer o pedido dessa tutela é o juízo competente para decidir a causa ou o eventual recurso em questão.

Ademais, há o que analisar acerca da tutela de evidência recursal, a qual é o pedido apresentado ao magistrado de segundo grau que possui competência para conhecer da ação. O pedido passa por uma análise do relator em juízo singular e depois passa a ser confirmada ou não pelo órgão colegiado (NEVES, 2016). Irá começar a produzir efeitos de imediato posteriormente à publicação, a sentença que confirmar, conceder ou revogar a tutela provisória, sendo assim, a fim de evitar a produção imediata de efeitos, há a possibilidade de requerer que sejam suspensos os efeitos da sentença sob a utilização da tutela de evidência (mas, para isso, quem recorrer precisa apresentar a possibilidade de provimento do recurso).

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

[...]

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

[...]

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Enfim, cabe evidenciar uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da concessão ou não da tutela provisória de evidência de acordo com o Código de Processo Civil de 2015:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE EVIDÊNCIA. EXISTÊNCIA. ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. REQUISITOS COMPROVADOS. RECURSO ESPECIAL. POSTERIOR PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE EM RECORRER. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O julgamento do recurso especial prejudica o pedido de tutela provisória que buscava conferir-lhe efeito suspensivo, por perda de objeto. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no REsp 1930899/DF, agravo interno no recurso especial nº 2021/0099059-5, relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, T4 - Quarta Turma, Data Do Julgamento 21/03/2022).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, sucintamente, que o Código de Processo Civil, no Livro V, disciplina vários artigos acerca das tutelas provisórias, expressando algumas características do mecanismo tutela provisória no ordenamento jurídico e, principalmente, hipóteses nas quais é cabível cada tipo de tutela provisória. Desse modo, ressalta-se que existem dois tipos de tutelas provisórias no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência.

Com relação às tutelas provisórias, compreende-se que elas funcionam como um mecanismo do processo que está interligado a satisfazer e garantir um direito que foi pleiteado, sendo um mecanismo imprescindível e importante aos operadores do Direito. A tutela de urgência é dividida em cautelar e antecipada, de modo que, a primeira, sempre

precisa que exista um risco ou um perigo ao direito da parte e, a segunda, não precisa de perigo, mas necessita de um grande nível e probabilidade do direito da parte. A tutela de evidência fundamenta a antecipação do mérito a partir de evidências que possibilitam a comprovação de que o requerente possui direitos evidentes ou bem prováveis acerca da demanda.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 496 p., 2016. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. São Paulo: **Revistas de Processos**, ano 21, n. 81, 1996.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: **Editora Saraiva**, 2017.

MARCATO, Antônio Carlos. O processo monitorio brasileiro. São Paulo: **Malheiros**, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: **Revista dos Tribunais RT**, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8. ed. Salvador: **Editora JusPodivm**, 2016.

RAMOS, Rodrigo. A tutela provisória de evidência no novo Código de Processo Civil. São Paulo: Dissertação de mestrado, **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, 2015.

SOUZA, Artur César de; SORRILHA, Rubia Cristina. A estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo Código de Processo Civil. Brasília: **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v.3, n. 1, p. 137-157, 2017.

STJ. **AgInt no TP 4140/PR. Agravo interno no pedido de tutela provisória nº 2022/0276782-2**. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Francisco Falcão, T2 -

Segunda Turma. Data do julgamento: 24/10/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202767822&dt_publicacao=27/10/2022>. Acesso em: 20 jan 2023.

STJ. AgInt no AREsp 2069406/RS. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2022/0036601-9. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Francisco Falcão, T2 - Segunda Turma. Data do julgamento: 03/10/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200366019&dt_publicacao=05/10/2022>. Acesso em: 15 jan 2023.

STJ. AgInt no REsp 1930899/DF. Agravo Interno no Recurso Especial nº 2021/0099059-5. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, T4 - Quarta Turma. Data do julgamento: 21/03/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100990595&dt_publicacao=24/03/2022>. Acesso em 20 jan 2023.

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

MARIA LUIZA MEDRADO BATISTA¹³

(autora)

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN¹⁴

(orientador)

Resumo: A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é uma temática relevante do ponto de vista jurídico, que busca assegurar a igualdade de oportunidades e a não discriminação desse grupo vulnerável. A Constituição Federal de 1988 estabelece princípios fundamentais, como o da igualdade perante a lei, que garantem a proteção aos direitos das pessoas com deficiência no âmbito trabalhista. Este artigo analisa a questão da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho sob a perspectiva jurídica. O objetivo é compreender os fundamentos legais e princípios constitucionais que embasam a promoção da igualdade de oportunidades e a não discriminação dessa parcela da população. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, com base em legislações nacionais e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil

Palavras-chave: inclusão, pessoa com deficiência, mercado de trabalho, direito social, igualdade de oportunidades, não discriminação.

Abstract: The inclusion of people with disabilities in the labor market is a relevant issue from a legal point of view, which seeks to ensure equal opportunities and non-discrimination for this vulnerable group. The Federal Constitution of 1988 establishes fundamental principles, such as equality before the law, which guarantee the protection of the rights of people with disabilities in the labor sphere. This article analyzes the issue of inclusion of people with disabilities in the labor market from a legal perspective. The objective is to understand the legal foundations and constitutional principles that support the promotion of equal opportunities and non-discrimination of this part of the population. For that, a bibliographical and documentary research was carried out, based on national legislation and international conventions ratified by Brazil.

Keywords: inclusion, people with disabilities, labor market, social right, equal opportunities, non-discrimination.

INTRODUÇÃO

¹³ E-mail: marialmbatista@unirg.edu.br

¹⁴ E-mail: furlanadvocacia@hotmail.com

A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é um tema de grande importância no âmbito jurídico, uma vez que envolve o exercício dos direitos fundamentais, a garantia da igualdade e a proteção da dignidade humana. No contexto jurídico, a inclusão laboral dessas pessoas tem sido objeto de debates, discussões e regulamentações visando a efetivação dos princípios constitucionais e a promoção da igualdade de oportunidades.

A delimitação desse tema no âmbito jurídico surge a partir de um questionamento que busca investigar os desafios enfrentados pela pessoa com deficiência na busca por uma colocação no mercado de trabalho e as violações de direitos que podem ocorrer nesse processo. Questões relacionadas à discriminação, à falta de acessibilidade razoável e à ausência de medidas adequadas de adaptação e inclusão são elementos fundamentais para a compreensão desse problema.

Dentre as possíveis respostas para o problema de pesquisa, levantam-se hipóteses que envolvem a necessidade de fortalecimento e efetivação da legislação existente, a conscientização e sensibilização das empresas e da sociedade em geral, bem como a implementação de políticas públicas voltadas para a inclusão laboral da pessoa com deficiência.

O objetivo geral deste trabalho é analisar os mecanismos jurídicos disponíveis para promover a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, considerando suas limitações e os desafios enfrentados. Os objetivos específicos incluem a identificação dos principais dispositivos legais de proteção, a análise das medidas de adaptação e acessibilidade, e a investigação das formas de combate à discriminação e promoção da igualdade de oportunidades.

A relevância desse trabalho acadêmico reside na contribuição para a construção de um ambiente jurídico mais inclusivo e igualitário, promovendo a efetivação dos direitos da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Além disso, sua importância também se estende à sociedade como um todo, ao fomentar a conscientização sobre a necessidade de respeito à diversidade e de garantia de oportunidades iguais para todos.

A metodologia utilizada neste estudo baseou-se em pesquisa bibliográfica, por meio da análise de legislação, doutrinas, jurisprudências e outros materiais relevantes no campo jurídico. Essa abordagem permitiu a compreensão aprofundada do tema, bem como a identificação de fundamentos teóricos e práticos para embasar as reflexões e análises apresentadas.

DEFINIÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONCEITO SOCIAL E JURIDICO BRASILEIRO

A ideia de deficiência, sua evolução histórica, desde a antiguidade até o presente artigo irá discutir através da análise dos movimentos sociais das pessoas com deficiência no Brasil e as diferentes terminologias que foram utilizadas ao longo do tempo. A compreensão geral da deficiência evoluiu ao longo do tempo, assim como a compreensão das pessoas com deficiência. Isto tem sido conseguido através de um processo contínuo de mudança de valores e consequentes paradigmas que prevalecem na relação entre as sociedades. (ARANHA, 2003 apud SILVA; LIMA, 2021)

No contexto social e jurídico brasileiro, a definição de pessoa com deficiência é estabelecida pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Essa lei adota uma abordagem biopsicossocial para definir a pessoa com deficiência, considerando não apenas a limitação física, sensorial ou intelectual, mas também os aspectos sociais e culturais relacionados à deficiência. Assim, dispõe in verbis:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015)

De acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Essa abordagem ampla busca superar o modelo médico tradicional, que enfatizava a deficiência como uma condição individual e atribuía a responsabilidade de adaptação e integração exclusivamente à pessoa com deficiência. O modelo biopsicossocial reconhece que a deficiência resulta não apenas das características individuais, mas também das barreiras sociais e ambientais que impedem a plena participação das pessoas com deficiência na sociedade.

Essa definição é importante porque orienta a formulação de políticas públicas e a implementação de medidas de inclusão e acessibilidade, visando garantir os direitos e a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência no Brasil.

Dessa forma, a abordagem do conceito social da deficiência e a garantia dos direitos das pessoas com deficiência são pilares fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva, onde todas as pessoas possam viver com dignidade e ter suas potencialidades reconhecidas e valorizadas.

O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

O direito social ao trabalho das pessoas com deficiência é reconhecido como um direito fundamental, assegurado tanto em nível nacional quanto internacional. Essa garantia busca promover a inclusão e igualdade de oportunidades para esse grupo vulnerável. Assim, conceitua JÚNIOR (2017, online):

A delimitação conceitual dos direitos sociais não é uma tarefa simples, tampouco que comporte reducionismos, como o de traduzi-los singelamente como direitos prestacionais. Note-se que, ao se falar em direitos sociais, aborda-se necessariamente uma pletera de direitos, cujas composturas jurídicas, não obstante marcadas por uma identidade de objetivos, não se apresentam com a mesma natureza. Os direitos sociais, com efeito, envolvem uma ampla seara de direitos, como, por exemplo, os de proteção do trabalho, o direito de saúde e o direito de educação. Naqueles florescem disposições como as que limitam a jornada de trabalho, impõem pisos salariais e asseguram participação nos lucros da empresa, mas também outras que indicam a existência do direito de greve e do direito de sindicalização, além de outras formas organizatórias mais específicas.

No âmbito nacional, a Constituição Federal estabelece que é direito de todos o acesso ao trabalho e a condições justas e dignas de trabalho (artigo 6º). Além disso, o artigo 7º prevê a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, garantindo a estabilidade no emprego para as pessoas com deficiência.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (BRASIL, 1988)

No que diz respeito à legislação específica, destaca-se a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que estabelece diretrizes para a promoção dos direitos e inclusão social dessa parcela da população. Essa lei reforça a obrigação do Estado, da sociedade e das empresas de promover a inclusão laboral, por meio de medidas como a reserva de vagas e a adaptação razoável do ambiente de trabalho.

Outro instrumento legal relevante é a Lei de Cotas (Lei nº 8.213/1991), que estabelece a obrigatoriedade de as empresas com 100 ou mais empregados preencherem uma porcentagem mínima de vagas com pessoas com deficiência. Essa quota varia de acordo com o número de funcionários da empresa e é fiscalizada pelo Ministério do Trabalho. Nesse raciocínio, disciplina SILVA e LIMA (2021, p. 18):

A Lei 8.213 / 91 é a principal responsável por garantir a contratação e inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Para tanto, baseia-se na lista de defeitos estabelecida pelo Decreto nº 5.296 / 04. Para incluir a pessoa com deficiência na categoria profissional, é necessário o laudo médico ou atestado de reabilitação profissional expedido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Dessa forma, determinará se está incluído na cota com base nos padrões definidos pela legislação.

Internacionalmente, o direito ao trabalho das pessoas com deficiência é respaldado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, ratificada pelo Brasil em 2008. Essa convenção estabelece o direito das pessoas com deficiência a terem a oportunidade de ganhar a vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceito em um mercado de trabalho aberto, inclusivo e acessível.

A implementação efetiva desse direito social envolve a criação de políticas públicas voltadas para a inclusão laboral, a adoção de medidas de acessibilidade física e tecnológica, a promoção da sensibilização e conscientização das empresas e da sociedade, além da garantia de oportunidades de capacitação e qualificação profissional adequadas. Nesse sentido, discorre MACIEL (2010, p. 90):

Além disso, ainda que superado o desafio das pessoas com deficiência de ingressarem nas empresas, há também obstáculos para manterem se e serem promovidas. Esses impedimentos são exemplificados pela necessidade de adaptações em postos de trabalho, em transporte coletivos, na melhoria dos serviços especializados de educação e saúde, e pela quebra de barreiras sociais causadas pelo desconhecimento das deficiências e doenças por parte da população em geral, o que gera mitos, preconceitos e rejeição.

A efetivação desse direito social requer ações concretas e a colaboração de diversos atores sociais. É necessário o engajamento do Estado na criação e implementação de políticas públicas efetivas que promovam a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Isso envolve a elaboração de programas de capacitação, a criação de incentivos fiscais para empresas que promovam a inclusão, a fiscalização do cumprimento das cotas e a promoção de campanhas de conscientização.

As empresas também têm um papel fundamental nesse processo, adotando práticas inclusivas e eliminando barreiras físicas, arquitetônicas e tecnológicas que dificultem a participação das pessoas com deficiência. No mesmo raciocínio, OPUSZKA e HARTMANN (2015, p. 5):

Sendo assim, para acabar com essas barreiras, empresas e sociedade devem trabalhar com a questão do preconceito, valorizar a pessoa com deficiência, apontar as qualidades, remover as barreiras de transportes e organizacionais, oferecer processos seletivos mais flexíveis e não discriminatórios, isto é, oportunizar que esses cidadãos possam concorrer às vagas de trabalho em condições de igualdade com as demais pessoas

É essencial investir em adaptações razoáveis no ambiente de trabalho, fornecer recursos de acessibilidade e proporcionar treinamentos específicos para gestores e funcionários, visando a integração e valorização das habilidades desses profissionais. (NEVES et. Al., 2015)

Em suma, o direito social ao trabalho das pessoas com deficiência visa garantir a igualdade de oportunidades e a inclusão no mercado de trabalho, promovendo sua autonomia, dignidade e participação plena na sociedade. A legislação nacional e internacional oferece respaldo e orientação para a efetivação desse direito, cabendo aos diversos atores sociais trabalharem em conjunto para sua concretização. (VIDAL, 2023)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO: ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DAS NORMAS LEGAIS PERTINENTES.

No contexto jurídico, a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho encontra respaldo em diversos fundamentos legais e princípios constitucionais que visam garantir a igualdade de oportunidades e a não discriminação. Nas palavras de RIBEIRO (2019, p. 12):

Inclusão na empresa é mais que dar uma oportunidade de emprego, é dar perspectiva de crescimento profissional, é potencializar e desenvolver as habilidades das pessoas que não são consideradas normais dentro dos padrões ditados pela sociedade.

A Constituição Federal de 1988 é o principal marco normativo nesse sentido. Ela estabelece, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a igualdade de direitos e proibindo qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 1988)

Além disso, o artigo 7º assegura direitos trabalhistas, como a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, que também se aplicam à pessoa com deficiência. (LEMOS; TEIXEIRA, 2019)

No âmbito específico da inclusão laboral, destaca-se a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa lei estabelece princípios e diretrizes para a promoção dos direitos e a inclusão social da pessoa com deficiência, contemplando também questões relativas ao mercado de trabalho.

A referida lei estabelece a obrigação de assegurar à pessoa com deficiência igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, promovendo a inclusão por meio de ações afirmativas e de medidas de adaptação razoável. Além disso, determina que empresas com 100 ou mais empregados devem preencher uma quota mínima de vagas com pessoas com deficiência, de acordo com a proporção estabelecida na legislação. (PASSOS, 2021)

Outro importante instrumento legal é o Decreto nº 9.508/2018, que regulamenta a Lei de Cotas (Lei nº 8.213/1991). Esse decreto estabelece as regras para a contratação de pessoas com deficiência e reabilitados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pelas empresas, prevendo a obrigatoriedade de reserva de vagas e estabelecendo critérios para a comprovação da deficiência e a forma de contratação.

Além dessas normas, é fundamental mencionar convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU), que tem força de emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Essa convenção estabelece diretrizes para a promoção da igualdade e inclusão das pessoas com deficiência em diversas áreas, incluindo o trabalho.

Diante desses fundamentos jurídicos, é possível afirmar que a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é respaldada por princípios constitucionais e normas legais que visam garantir a igualdade de oportunidades, a não discriminação e a promoção da dignidade humana. No entanto, apesar dos avanços normativos, ainda há desafios a serem superados para efetivar plenamente a inclusão laboral desse grupo vulnerável. Assim, discorre FRANCO e(2020, p. 9):

O conceito de Inclusão no âmbito empresarial implica, antes de mais, rejeitar por princípio a exclusão de qualquer colaborador. Para isso, a empresa que pretende seguir uma política Inclusiva, desenvolver políticas, culturas e práticas que valorizam a socialização e a construção de um conhecimento partilhado e, dessa forma, atingir um estágio sociocultural sem discriminação.

Por fim, a sociedade em geral deve ser sensibilizada para a importância da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. É necessário combater o preconceito, desconstruir estigmas e promover uma cultura inclusiva que valorize a diversidade e reconheça o potencial das pessoas com deficiência.

Em suma, a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é um desafio complexo, mas necessário e fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. (VERONESE; DILKIN, 2019)

A base jurídica, com seus princípios constitucionais e normas legais, oferece um arcabouço para a promoção da igualdade de oportunidades. No entanto, é imprescindível que esses princípios sejam efetivamente implementados por meio de ações concretas, envolvendo o Estado, as empresas e toda a sociedade. Somente assim poderemos alcançar uma inclusão plena e significativa das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é uma questão de extrema importância e relevância tanto no âmbito jurídico quanto na perspectiva social. Ao longo deste artigo, analisamos os fundamentos jurídicos que embasam a promoção da igualdade de oportunidades e a não discriminação dessas pessoas, bem como as normas legais e princípios constitucionais que respaldam essa inclusão.

Fica evidente que a legislação nacional, como a Constituição Federal, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e a Lei de Cotas, estabeleceu diretrizes e obrigações para a promoção da inclusão laboral. Além disso, a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência criada pela ONU reforça o compromisso do Brasil em garantir a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho.

No entanto, apesar dos avanços legais, ainda existem grandes desafios a serem superados. É necessário enfrentar estereótipos, preconceitos e barreiras físicas, tecnológicas e de formação profissional que dificultam a inclusão efetiva. Para tanto, é imprescindível a atuação conjunta do Estado, das empresas e da sociedade civil como um todo.

O Estado desempenha um papel fundamental na implementação de políticas públicas efetivas, na fiscalização do cumprimento das leis e na promoção de programas de capacitação e qualificação profissional. As empresas, por sua vez, devem adotar práticas inclusivas, eliminar barreiras e oferecer recursos de acessibilidade, garantindo um ambiente de trabalho acessível e inclusivo. Já a sociedade em geral deve ser sensibilizada para a importância da inclusão, promovendo uma cultura de respeito e valorização das habilidades e potenciais das pessoas com deficiência.

A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho não se trata apenas de uma obrigação legal, mas também de um imperativo ético e social. A diversidade é uma riqueza que deve ser valorizada e explorada, e todos os indivíduos têm o direito de participar plenamente da vida econômica e social do país.

Portanto, é fundamental que todos os atores envolvidos estejam engajados nesse processo, trabalhando em conjunto para superar os obstáculos e construir um mercado de trabalho verdadeiramente inclusivo. Somente assim poderemos avançar na promoção da igualdade de oportunidades, na valorização da diversidade e na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e inclusiva para todas as pessoas, independentemente de suas habilidades ou condições físicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 de maio de 2023

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 de maio de 2023

FRANCO, Roseane Barroso; DE OLIVEIRA NETO, Artur Maciel. Um panorama histórico do processo de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 1, p. e155911871-e155911871, 2020.

JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Direitos sociais**. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/54/edicao-1/direitos-sociais>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; TEIXEIRA, Bruno Martins. REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO. 2019.

MACIEL, Álvaro dos Santos. **A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Jacarezinho, 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

MUNIZ, Elaine Ribeiro. A inclusão da pessoa com deficiência na perspectiva empresarial. **REASU-Revista Eletrônica de Administração da Universidade Santa Úrsula**, v. 5, n. 1, 2020.

NEVES-SILVA, P.; PRAIS, F. G.; SILVEIRA, A. M.. Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho em Belo Horizonte, Brasil: cenário e perspectiva. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 20, n. 8, p. 2549–2558, ago. 2015.

OPUSZKA, P. R.; HARTMANN, M. G. de L. A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho à luz dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. **JURIS - Revista da Faculdade de Direito**, [S. l.], v. 18, p. 9–30, 2015. DOI: 10.14295/juris.v18i0.4420. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/4420>. Acesso em: 23 maio. 2023.

PASSOS, Pâmela. **A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: uma análise do setor de segurança privada**. Dissertação. 2022.

SILVA, Daiane de Souza da; LIMA, Tairine. Beatriz de. **A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Técnico em Recursos Humanos) – Etec Profa. Anna de Oliveira Ferraz, Araraquara, 2021.

VERONESE, Osmar; DILKIN, Ricieri Rafael Bazanella. Olhar críticos sobre as políticas públicas de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 23, n. 51, p. 7885, 2019.

VIDAL, Bruna Nunes. O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: IGUALDADE DE OPORTUNIDADES, VEDAÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE DISCRIMINAÇÃO E ADAPTAÇÕES NECESSÁRIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO. **Revista Valore**, v. 8, p. 1-14, 2023.

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: RAÍZES, CONSEQUÊNCIAS E SOLUÇÕES

MARIANA FRANCISCO FERREIRA:

Advogada, Universidade Federal do Rio de Janeiro ¹⁵

RESUMO: Este artigo aborda a importância da formação interdisciplinar dos operadores do Direito a fim de se aprimorar o processo de construção dos algoritmos a serem futuramente empregados, durante a persecução penal, no sistema de justiça brasileiro. Estudos de casos norte-americanos demonstram que há probabilidade de violação dos direitos fundamentais quando tais dispositivos não são estruturados, *ab initio*, de forma neutra. O enviesamento dos dados que nutrem o sistema é capaz de perpetuar ou, até mesmo, intensificar preconceitos já presentes em uma determinada sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; algoritmos preditivos; justiça criminal; discriminação

Algorithmic Discrimination: roots, effects and answers

ABSTRACT: This article addresses the value of interdisciplinarity in the development of law professionals who will be able to improve the building process of algorithms aimed to be applied during criminal persecution in the Brazilian judicial system. North American case-studies show that there is a probability of civil rights violation when those devices are not neutrally assembled since the beginning. The bias on the data that are inputted in this kind of mechanism is capable of perpetuating or even intensifying prejudices that are already present in a specific community.

KEYWORD: Artificial Intelligence; predictive algorithms; criminal justice; discrimination

1. INTRODUÇÃO

A Inteligência Artificial é o novo “tema da moda” do mundo jurídico. Cada vez mais, os operadores do Direito perquirem sobre a viabilidade do uso dessas tecnologias informáticas de modo a desafogar o imenso gargalho judiciário com incremento da celeridade processual. Diferentes não são os questionamentos de seu emprego na persecução penal.

No sistema de justiça criminal norte-americano, tais ferramentas já vêm sendo utilizadas há algum tempo. Contudo, várias vezes se levantaram a respeito do produto negativo obtido. Debatem-se questões como a falta de transparência das instituições

¹⁵ E-mail: fferreiramariana@gmail.com

envolvidas e a potencial violação de direitos humanos, notadamente àqueles vinculados à não-discriminação social.

À vista disso, buscam-se compreender as raízes do problema, a fim de que soluções sejam criadas para que, no sistema brasileiro, os dispositivos venham a, de fato, auxiliar o processo de tomada de decisão dos juízes criminais sem que estes sejam contaminados com resultados algorítmicos preconceituosos.

2. DESENVOLVIMENTO

2. 1 Emulando um ser humano

2.1.1 Um breve histórico da Inteligência Artificial (I.A.)

De antemão, importa esclarecer que, embora esteja entre as expressões da moda, devido à sua complexidade, até o presente momento, não há consenso dos estudiosos – notadamente, cientistas, engenheiros e programadores – acerca da definição do termo Inteligência Artificial.

A origem da Inteligência Artificial remonta ao ano de 1950, quando o matemático inglês Alan Mathinson Turing – hoje considerado o pai da Ciência da Computação – publicara, nos periódicos da Universidade de Oxford, o artigo *Computing Machinery and Intelligence*, questionando a capacidade de pensamento das máquinas.

Para responder a questão *Can machines think?*, Turing propôs um experimento hipotético, por ele denominado *The Imitation Game* (1950, p. 433). Segundo o autor, ao final do “jogo”, seria possível concluir que uma máquina é capaz de mimetizar o comportamento racional de um ser humano, caso, após formuladas algumas perguntas escritas, um interrogador humano não soubesse identificar se as respostas – também escritas – vieram de uma pessoa ou de uma máquina (RUSSEL; NORVIG, 2009, p. 2).

Contudo, somente passados (quase) cinco anos, deste que ficou conhecido como o *Teste de Turing*, é que a expressão Inteligência Artificial foi utilizada pela primeira vez para batizar um novo ramo do saber científico. Tal fato é atribuído à John McCarthy, cientista da computação americano, para quem “todos os aspectos da aprendizagem – ou qualquer outra característica da inteligência – podem, em princípio, ser descritos tão precisamente que uma máquina será capaz de simulá-los” (DARTHMOUTH SUMMER RESEARCH PROJECT, 1955, tradução nossa).

Embora a concepção de McCarthy reste superada no século XXI, a maioria dos estudiosos do tema, ao descrever o que seria uma Inteligência Artificial, ainda utilizam um parâmetro em comum ao autor, qual seja: a inteligência humana. Com efeito, pode-se dizer que o conceito de Inteligência Artificial está ligado à utilização de máquinas (como

computadores, robôs e demais dispositivos eletrônicos) para a execução de tarefas e/ou para a simulação de comportamentos, até então, somente assimiláveis pela mente humana.

Nesse contexto, vale frisar que, embora datem mais de meio século as experiências pioneiras de Alan Turing, foi somente nos últimos 20 vinte anos que a Inteligência Artificial, de fato, passou a ocupar posição de destaque no cotidiano das pessoas, sendo tal circunstância atribuída especialmente à sua associação com a internet.

Deveras, no mundo hiperconectado, já se tornou quase impossível imaginar o dia a dia das sociedades contemporâneas sem o emprego da Inteligência Artificial, seja na figura dos vetustos robôs substitutivos de mão-de-obra nas linhas de produção, seja na figura dos inovadores algoritmos das plataformas de streaming e dos badalados provedores de aplicação.

Por isso, compreender como essa tecnologia impactará a persecução penal e como será possível usufruir da Inteligência Artificial na melhoria do desempenho das instituições públicas de combate ao crime, sem, todavia, vilipendiar os direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988, é inevitável e crucial aos operadores do Direito.

2.1.2 Um olhar míope a respeito da evolução da Inteligência Artificial

Ante a um Poder Judiciário que custa mais de 90 bilhões de reais por ano aos cofres públicos brasileiros, a viabilidade de aplicação da Inteligência Artificial nos diversos ramos do saber jurídico é tema que vem ganhando espaço entre os juristas pátrios, especialmente quando a proposta está destinada à melhoria da qualidade de prolação das decisões judiciais, reduzindo-se a morosidade do sistema como um todo.

Isso posto, a apreensão de alguns institutos tecnológicos derivados da Inteligência Artificial é essencial à esmerada apreciação do tema.

A priori, convém refletir sobre a divisão idealizada pelo filósofo americano John Searle, em 1980, no artigo *Mentes, Cérebros e Programas*, segundo o qual a inteligência artificial poderia ser bifurcada em duas vertentes qualitativas: IA “fraca” e IA “forte”.

Em termos mais didáticos, pode-se dizer que (BOEING; ROSA, 2020, p. 22):

Uma IA fraca ou de propósito limitado (*Artificial Narrow Intelligence – ANI*) é aquela especializada em uma única área. Assim, ela executa tarefas específicas muito bem (geralmente melhor que os seres humanos), mas não consegue fazer nada além daquela tarefa. Exemplos de IA fraca são programas que: jogam xadrez, recomendam vídeos com base no histórico do usuário ou sugestões de produtos em sites de compra, identificam números escritos à mão, preveem

preços de ações, reconhecem sons e imagens como palavras ou objetos, dentre outros.

Enquanto (BOEING; ROSA, 2020, p. 22):

Uma IA forte ou de propósito geral (*Artificial General Intelligence – AGI*), também chamada de Inteligência Artificial de nível humano, refere-se a um computador que consegue desempenhar qualquer tarefa intelectual que um humano seja capaz de fazer. Assim, uma IA de propósito geral busca assemelhar-se à inteligência humana, o que pressupõe habilidades de: raciocinar, representar conhecimento, planejar, aprender, comunicar-se em linguagem natural e utilizar todos esses atributos conjuntamente para atingir objetivos específicos.

Searle, contudo, não acreditava na existência de uma IA “forte”. Para ele, um computador jamais conseguiria mimetizar completamente o cérebro humano. Assim, de modo a ilustrar a sua posição, o autor desenvolve o *Argumento do Quarto Chinês* (ACQ). Essa tese parte da premissa de que, embora a resposta para a indagação “As máquinas podem pensar?” formulada por Alan Turing, realmente estivesse em uma máquina, esta seria diferente de todas as outras artificialmente construídas, pois corresponderia efetivamente à própria mente humana.

A resistência dele estava intrinsecamente ligada aos poderes causais do cérebro humano. Para ele, mediante a instanciação de um programa em uma máquina, esta seria capaz tão somente de manipular os símbolos formais que lhe fossem apresentados, mas não de experimentar estados cognitivos, como uma pessoa ao compreender a realidade que a cerca. Assim, quando alguém diz “o termostato percebe as mudanças de temperatura”, não significa que este instrumento, de fato, tenha autoconsciência, mas simplesmente que os seres humanos costumam lhe fazer atribuições metafóricas de intencionalidade (SEARLE, 1980, p. 4-5).

O cérebro humano é verdadeiramente incrível tal qual intui Searle. Quase meio século se passou da concepção do ACQ e a ciência da computação, ainda hoje, está muito aquém de desenvolver um programa computacional com a aptidão de raciocinar por si próprio, do jeito que a mente humana faz. Nada obstante, se por um lado a IA “forte” está longe de se tornar uma realidade em nosso dia a dia, o mesmo não pode ser dito em relação à IA “fraca”.

Com certeza, torna-se cada vez mais frequente o emprego da I.A. “fraca” nas diversas áreas da vida humana. Muitas das vezes, sobretudo, passando despercebida a interação das pessoas com os sistemas computacionais. Exemplos disso estão nos serviços de streaming de áudio (v.g. Deezer; Spotify), os quais, utilizando-se de algoritmos de predição, analisam as canções recentemente tocadas para sugerir novas músicas ou “playlists” aos seus usuários.

E é exatamente nos algoritmos que reside a chave-mestra da I.A. Pelo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (2020), aqueles são conceituados como “o conjunto de regras e operações bem definidas e ordenadas, destinadas à solução de um problema, ou de uma classe de problemas, em um número finito de etapas”; “a maneira mais elementar de se escrever uma lógica”. Simplificando, os algoritmos seriam as diretrizes/etapas a serem seguidas por uma máquina, quando esta tem por escopo executar uma tarefa ou solucionar um problema. A representação concreta, enfim, ocorre por meio de um programa.

Com efeito, para que atinjam o fim almejado, os algoritmos precisam ser alimentados com dados vinculados ao objeto que se buscará reproduzir ou resolver. Quanto maior a quantidade de informações disponíveis para teste, maior a assimilação do programa e a qualidade das respostas a serem desveladas. É, nessa linha, então, que surge o afamado *Big Data*. Uma quantidade de dados tão extraordinária que somente um supercomputador será capaz de processar.

Sob o escólio do professor Wolfgang Hoffmann-Riem (2020):

O termo refere-se à dimensão e à diversidade dos dados que podem ser utilizados para a aplicação das tecnologias digitais, bem como às várias possibilidades de as combinar e avaliar e de as tratar pelas autoridades públicas e privadas em diferentes contextos. Os megadados são utilizados para controlar comportamentos individuais e coletivos, para registrar tendências de desenvolvimento, para permitir novos tipos de produção e distribuição, bem como tarefas do Estado, mas também para novas formas de ilegalidade, especialmente o cibercrime.

Nesse espeque, defrontado com uma profusão de dados, maior e maior a cada dia, o meio jurídico, em paralelo aos demais campos sociais, busca utilizar a I.A. a seu favor. Inclusive, embora respeitáveis sejam as opiniões contrárias à associação da tecnologia ao Direito, algumas vantagens já podem ser vislumbradas, dentre outras: a) a automatização de tarefas repetitivas; b) o aumento da produtividade do Judiciário; c) a diminuição dos custos processuais e do serviço público em geral; d) a maior assertividade nas decisões; e) a revelação de irregularidades até então ignoradas.

Contudo, malgrado o entusiasmo dos juristas ao redor do *Big Data*, para que a análise deste seja efetivamente capaz de gerar resultados significativos no mundo jurídico é necessário o emprego de outra ferramenta da I.A., qual seja: o *machine learning* (ou aprendizado de máquina). Termo cunhado pelo cientista americano Arthur Lee Samuel, bem resumido na seguinte passagem de Paulo Sá Elias (2017):

É um ramo da inteligência artificial que envolve a criação de algoritmos que podem aprender automaticamente a partir de dados. Ao invés de os desenvolvedores de software elaborarem enormes códigos e rotinas com instruções específicas para que a máquina possa realizar determinadas tarefas e conseguir resultados (e com isso limitar drasticamente o seu campo de atuação e resultados), no aprendizado de máquina treina-se o algoritmo para que ele possa aprender por conta própria, e até mesmo conseguir resultados que os desenvolvedores dos algoritmos nem mesmo poderiam imaginar. Neste treinamento, há o envolvimento de grandes quantidades de dados que precisam ser alimentadas para o algoritmo (ou aos algoritmos envolvidos), permitindo que ele (o algoritmo) se ajuste e melhore cada vez mais os seus resultados.

Nos últimos anos, o aperfeiçoamento das técnicas de *machine learning* foi tão expressivo, que hoje há uma nova abordagem dessa tecnologia chamada *deep learning* (ou aprendizado profundo), por meio da qual “o próprio algoritmo detecta os seus erros e realiza os ajustes necessários para aprimorar os resultados” (BOEING; ROSA, 2020, p. 24).

2.2 Casos Práticos da Inteligência Artificial na Persecução Penal

2.2.2 De volta para o futuro

O tópico anterior deixou clara a imensa importância da Inteligência Artificial para a modernidade, particularmente quando empregada com o objetivo de ampliar os resultados do exame de *Big Data*. Não por outro motivo, em 2006, o matemático e empreendedor britânico Clive Humby proferiu a célebre frase: “*Data is the new oil*”.

Atualmente é cada vez mais comum no mercado a presença das chamadas *data brokers* – companhias especializadas em coleta de dados pessoais para posterior venda ou licenciamento. E não faltaram empresas interessadas nessa atraente mercadoria. Nem mesmo o Poder Público, por meio de suas agências de segurança pública, passou ao largo desse comércio. Isso porque, quando bem interpretados, dados pessoais são capazes de representar as tendências comportamentais do sujeito em exame, produto valioso quando

o objetivo é a prevenção de crimes e a detecção da probabilidade de reincidência em criminosos.

No Brasil, o reconhecimento facial vem se tornando uma ideia muito popular a fim de permitir a identificação de suspeitos em locais públicos, mediante a correlação das imagens detectadas pelos dispositivos com os bancos de dados dos órgãos policiais. Os críticos alegam “desrespeito ao direito de privacidade das pessoas submetidas a esses reconhecimentos, bem como apontam haver até 98% de falsos positivos, fazendo com que pessoas inocentes sejam erroneamente identificadas como criminosas, principalmente mulheres e etnias minoritárias”. Em virtude disso, a Câmara dos Deputados se viu no dever de oportunizar à comunidade, por meio da abertura de uma audiência pública, o debate sobre o uso dessa tecnologia por autoridades brasileiras (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Convém ressaltar, no entanto, que, diferentemente do que possa parecer, “o uso de dados para aplicação em segurança pública é antigo, rememorando ao tempo das primeiras polícias organizadas”. O modelo de fiscalização e patrulhamento fundado na coleta de dados da população francesa, utilizado por Luís XIV, no século XVII, nas áreas com maior número de incidentes e distúrbios em Paris – na época a maior cidade europeia – em pouco tempo, passou a ser copiado pelas demais polícias dos grandes centros urbanos (DE LUCENA, 2019, p. 5).

No tocante à atual função do policiamento preditivo, o termo pode ser definido no sentido de: “(...) utilizar algoritmos para estimar riscos futuros associados a características criminológicas pessoais ou ambientais, de forma a melhorar a tomada de decisão para fins de prevenção, investigação e persecução do delito.” (MENEZES; SANLLEHÍ, 2021).

Nesse trilhar, vale lembrar a obra cinematográfica *Minority Report: A Nova Lei* (2002), dirigida por Steven Spielberg e estrelada por Tom Cruise. Nessa película, que se passa no ano de 2054, o departamento de polícia especializado *Precrime* promove a paz nas cidades de Washington e Nova Virgínia, com base nos resultados de seus *Precogs*, seres mutantes capazes de precisar quando e onde um delito irá ocorrer antes mesmo que ele aconteça.

Enquanto no filme a previsão do futuro advém das visões combinadas dos três *Precogs*, em nossa realidade a análise preditiva, como dito, tem por base o emprego da Inteligência Artificial, máxime mediante técnicas de *machine learning*. Em resumo, as instituições de persecução penal utilizam-se da mineração de dados históricos para traçar tendências futuras de criminosos ou de egressos do sistema criminal. Quer dizer (FREITAS *et al*, 2019, p. 110):

Os algoritmos de aprendizado de máquina são personalizados e aplicados para executar tarefas preditivas, também conhecidas como generalização. Generalização é a capacidade de um modelo preditivo de extrair o comportamento subjacente de dados passados e prever, com precisão, dados desconhecidos.

Especificamente quanto ao policiamento preditivo, sintetiza Edson Vasconcelos (2019, p. 24) que “a aplicabilidade do programa nesse caso se dá através de análises de infinitos dados públicos, que vai desde a coleta, passando pelo estudo e até a associação de dados entre si, para enfim serem traduzidos em informações organizadas e estruturadas.”

Outra utilidade vislumbrada no investimento em tais mecanismos se dá mediante a monitoração dos egressos do sistema prisional, com o escopo de diminuir o número de reincidentes. Nesse prisma, a prática procura treinar algoritmos de forma a identificar padrões de comportamento dos ex-presidiários, para, então, antecipar quais deles tem maiores chances de cometer novos crimes.

Dentre os exemplos de sistemas preditivos aplicados no século XXI, estão o programa PredPol, que faz análise de dados para indicar o risco do cometimento de delitos por hora e região, e o programa COMPAS, que analisa o risco de reincidência criminal de indivíduos egressos do sistema criminal para recomendar, entre outros, a decretação ou a manutenção de uma prisão preventiva, e até mesmo um édito condenatório.

O estudo de tais casos concretos demonstrará o porquê de ser tão crucial levar em consideração a quantidade e, acima de tudo, a qualidade do conjunto de dados destinados à criação de referências em um modelo preditivo.

2.2.2 PredPol

A fim de tornar mais estratégica a atividade de patrulhamento policial e de racionalizar a gestão dos recursos públicos, mediante a utilização eficiente dos dados coletados na persecução penal, a *think tank* de política global *Rand Corporation*, criou a inovadora *PredPol*, nos dias de hoje empresa líder em policiamento preditivo no mercado norte-americano.

A startup californiana originou-se de uma cooperação entre o Departamento de Polícia de Los Angeles (LAPD) e a Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA), cuja pesquisa se resumira no estudo de dados e modelos comportamentais de diversos crimes contra o patrimônio, por uma equipe composta de engenheiros e cientistas da faculdade californiana, com o auxílio dos policiais e demais analistas criminais da instituição de segurança pública.

Inspirada nas teorias sociológicas do crime da Escola de Chicago – notadamente, a das “Janelas Quebradas” e a do “Etiquetamento Social” –, a *PredPol* associa Inteligência Artificial à prevenção da criminalidade, empregando como algoritmos-base aqueles mesmos utilizados na prevenção de terremotos no país. O exame é efetuado com a aplicação das ferramentas de *machine learning* e de *deep learning* sobre um *Big Data* remoto composto de apenas três variáveis: tipo de crime; local do crime; data e tempo do crime.

Associando esses três parâmetros, o software confronta o registro histórico de ocorrências criminais da polícia local para fazer as recomendações de geoposicionamento das patrulhas. Ao dividir a cidade em pequenos quadrantes de 150 x 150m, a *PredPol* consegue determinar o local em que há maior probabilidade de ocorrência de um delito, nas próximas 10 a 12 horas.

As centrais de investigação afirmam que o aplicativo levou a uma redução de até 30% na ocorrência de delitos contra o patrimônio. Há relatos, inclusive, de situações nas quais os agentes chegaram exatamente no momento em que o crime estava sendo cometido.

O mecanismo é tão atraente que hoje a polícia de Chicago possui uma repartição inteira projetada para a predição de crimes (MONBELLI, 2015).

Não obstante, há quem duvide da real capacidade do sistema em evitar delitos.

Segundo o site da empresa (PREDPOL, 2020), com amparo na proteção do direito à privacidade e dos demais direitos civis e políticos, o *Big Data* em exame é extraído única e exclusivamente das informações fornecidas pelas próprias vítimas à polícia, de modo anonimizado. Ou seja, cotejando com o artigo 5º, II, da nossa Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), seria utilizado apenas aquele “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”.

Contudo, é em virtude dessa mesma anonimização que há vezes na doutrina questionando os objetos de análise do software da *PredPol*. Estudos sugerem um viés discriminatório. Isso porque, para os especialistas, o fato de alguém ter ligado para a polícia afirmando que um crime ocorreu não significa que aquele delito realmente foi praticado. Falsas denúncias existem e podem ser responsáveis pelo enviesamento do algoritmo.

Mas não só. O software promoveria o racismo, porquanto recorre a estatísticas policiais sobre crimes passados para identificar os locais de prática dos novos delitos. Dessarte, a partir de uma base de dados marcada por prisões de negros e hispânicos supostamente envolvidos em gangues, criam-se as famosas *heat lists* com as quais operam os departamentos de polícia norte-americanos no encaicho dos propensos infratores.

Nas palavras da escritora de *Weapons of Math Destruction* (O'NEIL, 2016):

Continuamos prendendo negros por coisas pelas quais não prendemos brancos, mas agora já não o dizemos abertamente e disfarçamos de ciência porque o fazemos com o PredPol. Continuamos com o ciclo, porque continuamos prendendo gente de um bairro e os dados nos dizem que precisamos voltar a esse bairro, desta forma a injustiça policial continua.

Ao fim ao cabo, tanto maior o número de agentes direcionados aos bairros apontados pelo programa, maior o número de prisões arbitrárias. Portanto, ao invés de solucionar o problema de segurança pública dos EUA, a *PredPol* acaba por fomentar o círculo vicioso do encarceramento em massa de seres humanos estigmatizados, ao manter o *status quo* do modelo de policiamento norte-americano.

2.2.3 COMPAS

Em 1989 foi criado, nos Estados Unidos, pela antiga empresa Northpointe Inc., atual Equivalent, um questionário conhecido pelas siglas COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*). Teve por objetivo ser um aprimoramento do seu predecessor LSI (sigla em inglês para *Level of Service Inventory*), o qual vinha sendo aplicado na avaliação do risco de reincidência dos presidiários norte-americanos.

Com base em ponderações estatísticas acerca das respostas dadas pelos detentos do Estado de Wisconsin, o algoritmo seria capaz de providenciar informações acuradas sobre a probabilidade do cometimento de novos delitos, a fim de auxiliar os magistrados americanos não só a decretar ou a manter as prisões preventivas, mas também a conceder livramento condicional.

A avaliação baseia-se em um sistema de pontos que vão de 0 a 10. Dependendo da pontuação alcançada, o agente será classificado como de alta, média ou baixa probabilidade de reincidência. Dentre os questionamentos feitos pelo software, estão perguntas que envolvem o histórico criminal de sua família, de suas amigas e do local onde reside. Não bastasse, são, ainda, realizadas indagações orientadas pelo que se convencionou chamar de "pensamentos criminosos" (v.g. "Você concorda que alguém que passa fome está autorizado a roubar?").

Sucedem que, um estudo feito pela ProPublica (jornal de cunho investigativo) colocou em dúvida o seu uso, sendo constatado que o algoritmo era racialmente enviesado. Nesse diapasão, segundo os jornalistas (VIEIRA, 2019):

Os resultados desse estudo constataram que os indivíduos negros recebiam uma classificação de risco de reincidência mais alta do que a real taxa de reincidência verificada, enquanto os indivíduos brancos recebiam classificações muito mais baixas do que as reais. O mesmo comportamento foi observado no risco de reincidência violenta. O estudo ainda demonstrou que indivíduos negros tinham uma chance 77% maior do que brancos, com as mesmas variáveis de gênero, idade, histórico criminal e reincidência futura, de serem classificados como alto risco de reincidência violenta.

Com efeito, similarmente ao *PredPol*, diversas críticas foram levantadas contra o COMPAS. Muitas delas pautadas na falta de transparência a respeito do funcionamento do mecanismo e da relutante negativa de acesso ao próprio algoritmo por aqueles afetados pelas decisões judiciais, o que colidiria com a garantia constitucional à ampla defesa.

Outra ponderação relaciona-se à suposta neutralidade dos resultados encontrados:

Fato é que, quando o software ajudava os juízes nos tribunais dos Estados Unidos para formarem conclusões sobre o futuro dos réus a fim de condená-los, a análise era feita com base em informações de outras pessoas e supostamente prevendo a futura reincidência, o que é completamente contrário aos princípios da garantia do estado de inocência e o devido processo legal do direito penal, tirando a personalidade da condenação e da pena. Conforme o algoritmo se baseava no histórico de condenações anteriores ocorreu esse enviesamento. Sendo assim, os processos seriam considerados inquisitórios, pois o juiz não estaria sendo imparcial (VIEIRA, 2019).

Afinal, cumpre citar o famigerado caso *Wisconsin v. Loomis*, por meio do qual o Supremo Tribunal de Wisconsin foi instado a se manifestar a respeito da constitucionalidade da utilização de algoritmos nas decisões do sistema de justiça criminal. Esta foi, inclusive, a primeira vez em que o emprego da Inteligência Artificial preditiva foi ventilada a um tribunal superior.

Negando provimento à impugnação de *Loomis*, então condenado a 6 (seis) anos de cadeia, a Corte reconheceu que o algoritmo do COMPAS estaria resguardado por propriedade intelectual e, portanto, não poderia ser violado. A despeito disso, esclareceu que, conquanto as decisões judiciais pudessem ser tomadas a partir de ferramentas *evidence-based*, estas não poderiam os únicos substratos probatórios recorridos pelos magistrados na fundamentação.

2.3 *In dubio pro algoritmo?*

2.3.1 *Heurísticas e Vieses Cognitivos*

O cientista de dados Tobias Baer, ao explicar a forma como a mente funciona, enumera, dentre os objetivos dos seres humanos, a par de precisão e velocidade, a eficiência. Esta seria, inclusive, o fim mais superestimado pelas pessoas ao refletirem sobre como funcionam o pensamento e a tomada de decisão. Naturalmente, as pessoas acreditam que tudo ocorre por um processo racional (2019, pág. 10).

Segundo o autor, todavia, “até mesmo o que parece ser pensamento consciente é frequentemente um vaivém entre pensamento consciente e pensamento subconsciente” (2019, p. 10, tradução nossa). Isso porque, embora represente apenas 2% da massa corporal humana, o cérebro consome sozinho 20% de toda a energia de nosso organismo, máxime ao atuar racionalmente. Assim, de modo a evitar tamanho desgaste, a Mãe Natureza criou um mecanismo capaz de facilitar escolhas (2019, pág. 10).

Na economia comportamental, denomina-se *Sistema Dual de Tomada de Decisões* a teoria segundo a qual o cérebro humano, no ato de pensar, opera por meio de dois sistemas cooperantes, porém distintos: um de processamento rápido e automático/intuitivo (sistema 1) e outro de processamento lento e deliberado/racional (sistema 2).

O sistema 1, como sinalizado por Baer, é o predominante, haja vista demandar menor esforço cognitivo ao ser acionado. É, portanto, aquele utilizado nas atividades cotidianas, notadamente quando associadas a fatores como distração, multitarefa e imediatismo. Ao revés, o sistema 2 somente é ativado em momentos nos quais se exige maior atenção do indivíduo, especialmente em situações complexas como a resolução de processos lógico-matemáticos e em casos que envolvem um objeto de relevância pessoal ou, até mesmo, uma eventual responsabilização do sujeito.

FIGURA 1 - DIFERENÇAS ENTRE O SISTEMA 1 E O SISTEMA 2 DE

Sistema 1 (Pensamento Rápido)

Verifica continuamente nosso ambiente



Rápido, mas propenso a erros



Funciona automaticamente e sem esforço através de atalhos, impulsos e intuição



Sistema 2 (Pensamento Lento)

Usado para problemas específicos, somente se necessário



Se esforça para analisar, raciocinar, resolver problemas complexos, exercer autocontrole



Lento, mas confiável



FONTE: ECONOMIA COMPORTAMENTAL PARA CONCURSOS – EBOOK

Destarte, correlacionando as características do sistema 1 com a sua predominância, é possível concluir que é nesse “modo de pensar” que surgem as heurísticas e os vieses cognitivos.

Sobre o tema, apresenta-se a seguinte definição (BEZ; CRUZ, 2021):

“Heurísticas são, basicamente, atalhos mentais que o ser humano utiliza para simplificar a forma como realiza suas decisões ou resolve seus problemas, seja em cenários de incerteza ou diante de situações complexas. Esses atalhos mentais existem justamente para fazer com que a tomada de decisão aconteça mais rápido e de maneira satisfatória, reduzindo esforços durante o processamento de escolhas.

O dinamismo do século XXI, passou a exigir maior rapidez na interação entre as pessoas. Atividades como comer e praticar exercícios já não são mais aproveitadas com tranquilidade. Na verdade, estão frequentemente acompanhadas do uso dos *smartphones*, seja para participar de uma conversa entre amigos no *WhatsApp*, visualizar as novidades no *stories* de uma celebridade ou enviar um e-mail urgente para o chefe.

Ocorre que, para dar conta disso tudo, o cérebro humano acaba procurando mais e mais atalhos mentais, os quais muitas vezes desembocam em deliberações falhas e incongruentes. Uma resposta dada no *WhatsApp*, com palavras completamente esquisitas, não parece ser um grande problema, não é? Chega até a ser divertido! E se essas mesmas organizações de letras fossem inseridas na fundamentação de uma decisão criminal com o fim de condenar alguém por anos a fio? Aí está a importância do sistema cognitivo 2!

Há casos em que optar pelo caminho mais simples e intuitivo pode trazer resultados desastrosos. Algumas atividades demandam extrema prudência e concentração ao serem executadas. Isso para evitar aquilo que se denomina de viés cognitivo, isto é, “a ocorrência de desvios sistemáticos no processo de tomada de decisão por conta da utilização de atalhos mentais” (BEZ; CRUZ, 2021).

Dentre as várias espécies de vieses cognitivos, quatro delas valem ser comentadas: a) viés de confirmação (*confirmation bias*), na linha de que “as pessoas têm a tendência de buscar interpretar e coletar informações de uma maneira ou a partir de um caminho que confirme suas crenças pré-existentes ou suas hipóteses previamente estabelecidas” (BEZ, 2021, pág. 121-122); b) viés de ancoragem, que se refere à “tendência de o tomador da decisão se orientar (ou se ancorar) basicamente por uma informação primeva, por uma referência do passado, apresentando dificuldade de se desvencilhar de uma primeira impressão (efeito *priming*)” (ANDRADE, 2019, pág. 520); c) viés de adesão, consistente na “tendência de pensar, acreditar ou decidir de uma determinada forma porque outras pessoas assim o fazem”; d) viés de grupo (ou de endogrupo), quando há “propensão de o tomador de decisão favorecer o grupo a que pertence” (ANDRADE, 2019, pág. 520).

Adverte, então, o juiz Flávio da Silva Andrade (2019, pág. 520):

[...] nem sempre decidir a partir das heurísticas, de forma rápida e intuitiva, é o melhor a fazer. Há situações ou momentos em que o ato decisório deve ser precedido de raciocínio e de ponderação, avaliando-se com logicidade os prós e contras de uma escolha. Decidir sem pressa, seguindo critérios lógicos, avaliando as alternativas, sopesando vantagens e desvantagens, é sempre a forma adequada para se fazer a escolha mais racional e certa.

Em consequência, visando à neutralidade no processo de tomada de decisão, os algoritmos vêm sendo aplicados como ferramentas de apoio do Poder Judiciário. Isso porque, “de um modo geral, a tomada de decisão por algoritmos pode significar um meio de mitigar os vieses e as heurísticas cognitivas do ser humano e, por consequência, de evitar eventuais equívocos ou erros na realização de uma escolha” (BEZ, 2021, pág. 121-122).

Ocorre que, como sugere o vocábulo “pode” empregado, apesar de desenvolvido com fundamento em Inteligência Artificial, esse recurso nem sempre trará a tão desejada imparcialidade. E a explicação, para tanto, é simples.

2.3.2 Um novo termo jurídico: discriminação algorítmica

No âmbito jurídico, “o vocábulo discriminar significa [...] categorizar pessoas ou situações a partir de uma característica para atribuir a elas algum tipo de consequência” (MOREIRA, 2020, p. 415-416). Nessa linha, a “discriminação algorítmica pode ser compreendida como a situação na qual o ato ou o conjunto de atos de algorítmicos perpetram atitudes discriminatórias na internet em relação a determinados seres humanos (geralmente grupos vulneráveis como mulheres, população negra, população LGBTQIA+ etc.)” (HEEMANN, 2022).

Foi visto anteriormente que os algoritmos são compostos de fórmulas matemáticas que se destinam a criar padrões com fulcro na interpretação dos dados fornecidos pelo programador. Assim sendo, é o substrato material sobre o qual irá recair o desempenho da Inteligência Artificial que determinará a objetividade dos resultados a serem alcançados.

Por conseguinte, assim como a mente humana é suscetível a vieses cognitivos quando atrela suas escolhas a subjetivismos ou a experiências passadas, o software poderá ter o mesmo destino caso alimentado, desde o início, com informações enviesadas. Isso porque (MENEZES; SANLLEHÍ, 2021):

A presença ou utilização de parcialidade ou vieses preconceituosos em sistemas de IA em geral leva à inferência de padrões de conduta não a partir de dados e estatísticas objetivos que representem o comportamento individual, mas sim baseando-se em generalizações sem comprovação científica e em aspectos como gênero, origem, raça ou posição social. Ou seja, introduzir parcialidade leva à inserção de conceitos discriminatórios e estereotipados no processo de decisão. No âmbito da IA, a parcialidade presente em um algoritmo pode levar a resultados e decisões automatizadas que, ou bem não refletem a realidade, ou bem reforçam e/ou intensificam discriminações ocorridas fora do algoritmo, no universo social, e por isso os alimenta.

De mais a mais, arremata a insigne Cathy O’Neil (2016) dizendo que “o mau uso dessas ferramentas pode violar tanto direitos fundamentais das pessoas como contribuir com a precarização e mecanização do próprio Direito”. Os casos analisados no tópico 2.2, inclusive deixam claro que essa já é uma realidade no sistema de justiça criminal norte-americano.

À vista disso, conclui-se que (MEDINA; MARTINS; 2020):

[...] a estratégia de desenvolvimento da Inteligência Artificial não é um dado irrelevante, pois a concepção de Direito adotada (consciente ou inconscientemente) pelos programadores terá influência no funcionamento e nos resultados do sistema de Inteligência Artificial. Lido no sentido contrário, conclui-se que a abordagem com a qual o sistema é construído pode determinar a própria concepção de Direito implícita no resultado a ser produzido pela máquina.

Por esse motivo, afirma Julia Dressel do Dartmouth College que, “antes de chegar à ao Poder Judiciário, torna-se necessário que haja uma certeza que tais ferramentas utilizadas para auxílio da justiça sejam precisas, caso contrário não será justo para ninguém” (SALAS, 2018, tradução nossa).

2.3.3 O profissional do Direito 4.0

Apontam os especialistas da ciência computacional três caminhos complementares para resolver o problema do enviesamento algorítmico, quais sejam: soluções técnicas; soluções sociais; e soluções políticas. Nesse passo, elucida a autora Bianca Bez (2020, p. 136-137):

As primeiras são relativas, por exemplo, à aplicação de testes de validade do programa mais rigorosos, principalmente, em algoritmos com alto impacto e que são usados em contextos morais. Além disso, essa primeira solução implica em (sic) experimentar diferentes bases de dados e métricas, bem como em (sic) tornar o código fonte do aprendizado de máquina (*machine learning*) o mais transparente possível. Por fim, fazer audições periódicas no código do programa pode ajudar a manter a sua precisão e equidade. Por sua vez, as soluções sociais passam por conscientizar quem utiliza essas ferramentas e os eventuais consumidores da simples existência dos vieses em algoritmos e, ainda, pelo estabelecimento de parâmetros éticos e de práticas de transparência. Já as soluções políticas dizem respeito à concepção, por exemplo, de “melhores práticas” ou de “práticas recomendadas” (governança), ao estabelecimento de certificações relativas à criação e ao uso de inteligência artificial e às regulações em geral.

No dia 21 de agosto de 2021, foi publicada pelo CNJ Resolução nº 332 com o objetivo de regular “a ética, a transparência e a governança na produção de Inteligência Artificial no Poder Judiciário”. No entender da referida autora, num momento disruptivo de intensa

correria para inserção da Inteligência Artificial no Poder Judiciário, essa normativa veio como uma solução política para evitar que vieses algorítmicos possam comprometer decisões judiciais.

Desde os seus primeiros capítulos, a Resolução demonstra preocupação com a garantia dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, sobretudo o direito à não-discriminação.

Nesse diapasão, exige que as amostras de dados coletadas para criar e treinar os softwares preditivos sejam representativas do caso a ser submetido à apreciação. Consequentemente, “verificado viés discriminatório de qualquer natureza ou incompatibilidade do modelo de Inteligência Artificial com os princípios previstos nesta Resolução, deverão ser adotadas medidas corretivas” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

No ponto, convém registrar uma recomendação do que poderia ser feito de maneira a estruturar e aprimorar essa atividade tecnológica (MEDINA; MARTINS; 2020, v. 1020, p. 5):

Há nesse processo, uma inevitável atividade hermenêutica por parte da equipe de desenvolvimento. Será oportuno, por isso, a formação de profissionais do Direito com habilidades interdisciplinares, capazes de conjugar o conhecimento jurídico com a linguagem informática, sob pena de a formulação e aplicação do Direito restar atribuída, faticamente, aos programadores. No que se refere à tomada de decisões judiciais por programas de Inteligência Artificial, soma-se a questão referente à autoria da decisão autônoma, o que gera, inclusive, maior necessidade de controle e fiscalização dos tribunais sobre a formulação e operação dos sistemas, a fim de assegurar o controle decisório, pelo Judiciário, sobre os resultados gerados com o uso de Inteligência Artificial.

Essa é, inclusive, a mesma linha de pensamento da especialista Cathy O’Neil, que questionada pelo jornal *El País* acerca do caso *PredPol*, afirmou do seguinte modo:

Os engenheiros pensam em termos de otimização dos recursos, o que é preciso é diversidade nas equipes que escrevem os algoritmos para que incluam pessoas que pensem nas violações dos direitos humanos e na forma como esses códigos irão afetar a sociedade: sociólogos, advogados, psicólogos... (PEIRÓ, 2018).

Vislumbrando a importância da interdisciplinaridade na formação dos operadores do Direito, no 2º semestre de 2021, o Ministro Luiz Fux sugeriu a inclusão de novas matérias na grade de Formação Humanística dos concursos públicos para ingresso na carreira da Magistratura. Dessarte, acatando por unanimidade a sugestão do atual Presidente do STF, o CNJ alterou a Resolução nº 35/2009, passando a constar como disciplinas obrigatórias de arguição dos candidatos: o Direito Digital e o Direito da Antidiscriminação (SALINA, 2021).

Afinal, vale frisar que, prevendo a falibilidade completa do dispositivo informático empregado, o CNJ acrescentou ao artigo 7º da Resolução nº 332/2020 um parágrafo 3º, disciplinando que “a impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial implicará na descontinuidade de sua utilização, com o consequente registro de seu projeto e as razões que levaram a tal decisão” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Em vista disso, quando capaz de suprimir princípios e valores essenciais à nossa ordem jurídica, a Inteligência Artificial é que deverá ser afastada.

3. CONCLUSÃO

A Inteligência Artificial é uma “novidade” que muito chama atenção aos juristas brasileiros. Há tempos buscam os operadores do Direito pátrios a solução para desafogar o enorme gargalo que marca o Poder Judiciário de nosso país. Os criminalistas, de igual modo, buscam um método capaz de imprimir maior celeridade e efetividade à persecução criminal.

Os algoritmos podem ser uma valiosa ferramenta nesse sentido. Contudo, antes da introdução de tais dispositivos em nosso sistema jurídico, é necessário que se possa aprender com os erros de outras nações, sob pena de violação arbitrária dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Vieses algorítmicos devem ser evitados, em especial quando levam à discriminação do outro. Para tanto, os profissionais do Direito precisarão se reinventar, libertando-se das amarras de uma ciência social engessada e passando a cooperar com os programadores e cientistas de dados, a fim de que os Direitos Humanos possam sempre prevalecer.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>

BAER, Tobias. **Understand, Manage, and Prevent Algorithmic Bias: A Guide for Business Users and Data Scientists.** Kaufbeuren: Apress, 2019. ISBN 978-1-4842-4885-0. Ebook

BEZ, Bianca; CRUZ, André Santa. **Economia Comportamental para Concursos.** [S. l.: s. n.], 2021. 55 p. E-book.

BEZ, Bianca. **Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?** 2ª. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. 288 p. ISBN 978-65-5680-479-8.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário.** 1ª. ed. Florianópolis: Emails Academia, 2020. 118 p. ISBN 978-65-86439-00-7.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [S. l.], 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Audiência discute uso de tecnologias de reconhecimento facial. Bibó Nunes, que propôs o debate, quer saber como está a discussão no governo federal, qual é o modelo mais eficaz para redução dos índices de criminalidade e qual é o sistema mais confiável no que tange à segurança dos dados privados. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 03 abr. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/554610-audiencia-discute-uso-de-tecnologias-de-reconhecimento-facial/> Acesso em: 10 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332, de 25 de agosto de 2020.** Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. [S. l.], 25 ago. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 28 jan. 2022.

DARTHMOUTH SUMMER RESEARCH PROJECT, 1955, Hanover. **A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence** [...]. [S. l.: s. n.], 1955. J. McCarthy; M. L. Minsky; N. Rochester; C. E. Shannon.

DE LUCENA, Pedro Arthur Capelari. Policiamento preditivo, discriminação algorítmica e racismo: potencialidades e reflexos no Brasil. **ASSIMETRIAS E (IN)VISIBILIDADES: VIGILÂNCIA, GÊNERO E RAÇA**, Salvador, p. 1-14, 2019. VI SIMPÓSIO INTERNACIONAL LAVITS 2019 SALVADOR.

ELIAS, Paulo Sá. **Algoritmos e inteligência artificial exigem atenção do Direito**. [S. l.]: Consultor Jurídico (Conjur), 20 nov. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-20/paulo-sa-elias-inteligencia-artificial-requer-atencao-direito>. Acesso em: 30 ago. 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5ª ed. Curitiba: 2020.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019.

GSTREIN, O. J.; BUNNIK, A.; ZWITTER, A. J. Ethical, legal and social challenges of Predictive Policing. **Católica Law Review**, v. 3, n. 3, p. 77-98, 1 set. 2019.

HEEMANN, Thimothie Aragon. **Discriminação algorítmica (racismo digital) e inteligência artificial**. [S. l.], 2022. Instagram: @thim.3108. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CZSdYD1vUYm/?utm_medium=share_sheet. Acesso em: 28 jan. 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. BIG DATA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: desafios para o Direito. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 431-506, set. 2020. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/484/507>. Acesso em: 26 ago. 2021. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.484>.

MEDINA, José Miguel Garcia; MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. A Era da Inteligência Artificial: as Máquinas poderão tomar Decisões Judiciais?. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], ano 2020, v. 1020, p. 311-338.

MENEZES, Cyntia Souza de; SANLLEHÍ, José Ramon Agustina. Big data, inteligência artificial e policiamento preditivo: Bases para uma adequada regulação legal que respeite os direitos fundamentais. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, [s. l.], v. 26, ed. 1, 2021.

MOMBELLI, Elisa. O big data e o policiamento preditivo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4270, 11 mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36752>. Acesso em: 10 jul. 2021.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020. ISBN 978-65-884701-90. E-book.

O'NEIL, Cath. **Weapons of Math Destruction**. How Big Data Increases Inequality And Threatens Democracy. New York, Editora Crown, 1a Edição. 2016.

PEIRÓ, PATRICIA. Assim os algoritmos perpetuam a desigualdade social. Cathy O'Neil, autora de 'Armas de Destruição Matemática', afirma que já é tarde para nos preocuparmos do, a disponibilidade de nossos dados, que agora é preciso perguntar o que as empresas fazem com eles. **El País**, Madri, 17 abr. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/12/tecnologia/1523546166_758362.html. Acesso em: 28 Jan. 2022.

PREDPOL, The Predictive Policing Company. **About PredPol: Overview**. Santa Cruz, 2020. Disponível em: <https://www.predpol.com/about/> Acesso em: 10 jul. 2021.

RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach**. 3rd. ed. [S. /]: Pearson Education, 2009. 1132 p.

SALAS, Javier. El algoritmo que 'adivina' los delitos futuros falla tanto como un humano: El sofisticado programa COMPAS analiza la posibilidad de reincidir de un millón de convictos reales. **El País**, [S. I.], 18 jan. 2018. Disponível em: https://elpais.com/elpais/2018/01/17/ciencia/1516194073_122982.html#?prm=copy_link. Acesso em: 28 jan. 2022.

SALINA, Ana Luísa. CNJ aprova voto de Fux para aumentar disciplinas no concurso da magistratura. **Revista Consultor Jurídico**, [S. /], 24 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-24/cnj-aumenta-disciplinas-obrigatorias-concurso-magistratura>. Acesso em: 28 jan. 2022.

SEARLE, J. R. Minds, brains, and programs. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 3 n. 3, p. 417-457, 1980. Disponível em <http://opessoa.fflch.usp.br/sites/opessoa.fflch.usp.br/files/Searle-Port-2.pdf>. Acessado em: 24 junho 2021.

TURING, Alan Mathinson. Computing Machinery and Intelligence. **Orfoxd Journals**, Londres, v. LIX, n. 236, out. 1950. Mind, p. 433-460.

VASCONCELOS, EDSON REBOUÇAS. **Policimento preditivo em Fortaleza**: segurança pública e o uso de ferramentas tecnológicas na prevenção do crime. Orientador: Professora Dra. Danielle Maia Cruz. 2019. Dissertação (Mestrado profissional em Direito e Gestão de Conflitos) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

VIEIRA, Leonardo Marques. A problemática da Inteligência Artificial e dos vieses algorítmicos: caso COMPAS. **Brazilian Technology Symposium**, Campinas, 2019.

OS ASPECTOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SEU IMPACTO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DA INTERNET NO BRASIL.

LEONARDO DE OLIVEIRA EVANGELISTA:
Graduando em Direito pela Instituição acadêmica Faculdade FACIMP¹⁶

WAGNER LUIZ FERNANDES JUNIOR
(orientador)

Resumo: O objetivo deste artigo é investigar os aspectos da implementação do marco civil na internet e seus impactos no Brasil, com o intuito de analisar o efeito da Lei n.12.965, de 23 de abril de 2014 perante a sociedade, que tem como um dos objetivos a responsabilidade civil e cumprimento da obrigação da retirada de conteúdos da rede, através de notificação judicial. Sabemos que a internet é um meio de comunicação que gera problemas que afeta a sociedade e que traz benefícios. O alvo deste trabalho descrever os tipos de informações que estão sendo repassadas na internet juntamente com e seu impacto na proteção dos direitos dos usuários no Brasil. Será desenvolvida adotando-se uma metodologia de pesquisa bibliográfica para uma análise crítica do impacto da internet na proteção dos direitos da sociedade.

Palavras-Chave: Marco Civil. Internet. Usuários.

Abstract: The objective of this article is to investigate aspects of the implementation of the civil milestone on the internet and its impacts in Brazil, with the aim of analyzing the effect of Law n. civil liability and fulfillment of the obligation to remove content from the network, through judicial notification. We know that the internet is a means of communication that generates problems that affect society and that it brings benefits. The aim of this work describes the types of information that are being shared on the internet along with and its impact on the protection of users' rights in Brazil. It will be developed by adopting a methodology of bibliographic research for a critical analysis of the impact of the internet on the protection of society's rights.

Keywords: Marco Civil. Internet. Users.

INTRODUÇÃO

¹⁶ E-mail: Leonardo.O@hotmail.com.br

Constantemente a sociedade acessa incansavelmente a internet, seja para acessar e-mail, mandar mensagens pelas redes sociais, ou até mesmo ler sobre notícias ou estudar, estamos em uma era digital. Mas será que os dados pessoais das pessoas estão bem seguros a cada navegação? A cada visita em sites? Até aonde vai o direito e deveres das pessoas no mundo digital? Eis a questão.

O Referido tema “os aspectos da implementação do marco civil da internet” traz uma breve análise crítica do impacto na proteção dos direitos dos usuários da internet no Brasil, tendo como objetivo principal de investigar os aspectos da implementação do marco civil na internet e seus impactos. Quais os impactos que tem na proteção dos direitos dos usuários na internet no Brasil? Este foi o principal problema encontrado para este artigo, para dar ênfase o quanto este assunto é importante para a sociedade. A Lei N.12.965/2014 conhecida como: Marco Civil da Internet (MCI) foi a primeira legislação brasileira aprovada para poder resguardar os direitos e deveres dos usuários da internet.

Este artigo foi escrito com fundamentos da Constituição Federal, entre outros livros com autores nomeados. No seu primeiro capítulo é apresentado um breve histórico do Marco Civil da Internet: Lei N.12.965/2014, descrevendo o que é esta Lei e sua atuação, apresentando também uma breve análise sobre o marco civil da internet x o a lei geral de proteção de dados, que no mundo cibernético caminham juntas.

O segundo capítulo tem como objetivo de trazer o os princípios fundamentais do Marco Civil da Internet, com subtítulos que abrange os pontos mais importante desses princípios como: privacidade, neutralidade da rede e a liberdade de expressão e para um melhor entendimento do assunto, se expõe o desenvolvimento do estudo de caso, analisando as informações dos autores que foram base para a construção da base teórica do artigo.

A metodologia utilizada foi o levantamento bibliográfico e exploratória realizado através de pesquisas em artigos e notícias sobre o Marco Civil da Internet e então será feito uma análise com diferentes leituras para então entender como se dar o impacto desta Lei perante a sociedade que utiliza a internet no Brasil. O estudo justifica-se pela importância do tema e por ser tão atual no meio da sociedade e desconhecido ao mesmo tempo, propondo um conhecimento maior da Lei para todos.

MARCO CIVIL DA INTERNET: LEI N.12.965/2014

Pode se afirmar que a internet vem ganhando seu espaço a cada dia de um modo avassalador, que traz consigo marco muito importante para a humanidade. Não só abrange o desenvolvimento tecnológico de comunicação, mas também é o surgimento de uma nova era de socialização, tanto que a internet tem sido um dos assuntos mais estudados para potencializar ainda mais seu papel na sociedade.

Segundo Filho (2015):

“A internet transformou as distinções entre esses espaços. Sendo possível acessar a rede de qualquer lugar e a qualquer hora do dia, permite-se a atuação na esfera social, ser visto e ouvido por todos, sem o necessário contato presencial para o estabelecimento dessas relações. Dessa forma, surge uma terceira esfera: a esfera virtual, em que a pessoa se apresenta na rede sem estar presente.” (p.271)

Por ter tantas transformações ser considerada um espaço sem lei, surge então o grande Marco Civil na Internet., a Lei de N.12.965 surge então no dia 23 de abril de 2014, sancionada por Dilma Rousseff presidente do Brasil no ano de 2014 e regulamentada no dia 10 de junho de 2016, dando ênfase a internet, levando o nome de Marco Civil Da Internet. com a intenção de estabelecer limites nesse espaço, garantias, deveres e direitos para as pessoas que são usuários da internet do Brasil.

Foram escritos 38 artigos, que para ser formado o público teve uma grande importância pois ajudou na elaboração de cada artigo que consta na Lei. O mais interessante nessa elaboração que por ser uma Lei para melhorar o acesso na internet, o público deu sua opinião através da tecnologia, sendo assim eles mandavam sua opinião por meios de blogs, entre outros meios.

Parafraseando Pinho (2008) ao total foram 2.082 inserções na plataforma, na primeira fase 800 inserções e 1.282 inserções na segunda fase, pessoas de grupos de estudos de universidades, empresas de telecomunicações, agências governamentais, membros da academia, servidores públicos, juristas e pessoas individuais teve o interesse em participar e contribuir para a elaboração da Lei, com tudo contabilizando 130 participantes na primeira fase, 172 na segunda. Além disso, a consulta também recebeu 23 contribuições via e-mail e 34 pareceres sobre a legislação internacional de internet enviados pelas embaixadas brasileiras ao redor do mundo.

De acordo com art. 2º/II-V MCI:

“estabelece 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. A disciplina do uso da Internet no Brasil assenta no respeito pela liberdade de expressão e em outros valores como os direitos humanos, a livre concorrência e a defesa do consumidor” (art. 2º/II-V MCI).

Essa Lei teve uma grande repercussão por causa da sua aprovação e por ser a primeira legislação brasileira criada para proteger os dados dos usuários, porém com ela veio muitas deficiências, entre elas a que só abrange apenas um país. Damásio de Jesus e José milagre (2014) afirma que:

Para parte da doutrina, minoritária, apesar de Marco Civil da Internet exigir a observância da legislação brasileira, a lei não teria poderes de impedir o debate sobre a aplicação da lei estrangeira, nos casos, a exemplo, da obtenção de dados localizados fora do Brasil, em que a lei do país onde os dados se encontram deveria ser obedecida, por uma questão de soberania. Na prática, sabe-se, tese pisada por parte de grandes provedores de aplicações, eis que com fins de se eximirem de cumprir obrigações no Brasil, alegam que os dados não estão no país. (p.52)

Esse fato é o principal pelo fato de mesmo com a Lei sendo aprovada, não irá solucionar o fato de afetar a privacidade dos usuários da internet em outros países, somente no Brasil. Por ser uma Lei que veio para garantir os direitos dos usuários na proteção de seus dados e privacidade, o autor Jesus (2014, p.26) afirma que "Assim, todos que navegam na internet recebem um endereço de protocolo de internet (IP)." para servir como respaldo caso precise para usar contra provas, deste modo o usuário tem data e hora de quando inicia e terminar de usar a internet.

Vejamos o Art. 5º da Constituição Federal:

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. (p.54)

Conforme esse Artigo, a nossa Constituição Federal trouxe de forma clara que todos tem direito ao uso da internet, garantindo seus direitos, pois todos são iguais, todos tem direitos, deveres, igualdade fora e dentro do espaço cibernético.

Marco Civil da Internet (MCI) x Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

O Marco Civil regula a forma de como os direitos de proteger os dados dos usuários da internet, tendo como principal objetivo proteger, garantir ter direitos e deveres pro uso da internet no Brasil. Já a Lei Geral de Proteção de Dados ela é mais específica, vem

completar o Marco Civil com relação aos direitos e garantias conferindo segurança, informações e proteção à privacidade e liberdade de expressão.

A Lei Geral de Proteção de dados, conhecida como LGDP publicada em 15 de agosto de 2018, porém a Lei nº 13.709/2018 só entrou em vigor em agosto de 2020. A Lei LGDP é indispensável quando se trata de proteção de dados, pois os princípios do marco civil têm regras que os provedores devem seguir, mesmo os usuários não tendo mais acesso ao tal provedor.

Sendo assim pode se afirmar que o marco civil da internet é uma lei mais ampla e que não é específica e a lei de proteção de dados vem fechar as “brechas” que estão abertas, garantido que os dados dos usuários estejam de fatos seguros no mundo da internet. Porém com o passar do tempo sempre tem as mudanças nas leis, querendo procurar pontos que não estão sendo eficaz para a proteção dos usuários, por isso as duas sobre mudanças conjuntas.

Os Princípios Fundamentais no Marco Civil

Com o surgimento da Lei N°12.965/2014, trouxe inúmeros benefícios para os usuários da internet, um deles é os princípios fundamentais do Marco Civil que é muito importante seguir lós de forma rígida. Vejamos de forma simplificada uma breve explicação do pontos mais importantes dos princípios fundamentais.

Privacidade

Um de seus princípios é a privacidade das pessoas que utilizam a internet juntamente com seus dados que está destacado em seu artigo 3º, segue abaixo:

art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem

outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Isso mostra que o Marco Civil juntamente com a Constituição Federal vem proteger os usuários que navega tenha sua dados pessoas protegidos não utilização por outras pessoas sem a autorização, a falta de descumprimento resultará em danos materiais e morais. O ano de 2014 foi o ano com os maiores números de pessoas que se sentiram mais seguros ao navegar na internet após esta Lei vigorar.

TAVARES (2013) afirma que:

Pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, e, no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e a quem. Esses elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e projetos de vida. O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo de comunicações e ao segredo, dentre outros. (p.531).

Então, até mesmo se houver uma autorização judicial para fornecer os dados de algum divido em alguma rede social. Mesmo que haja qualquer outra alternativa para tão informação, sempre irá prevalecer a privacidade as pessoas. O Art. 10 da Lei vem assegurar o mesmo, segue abaixo:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações e de Internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. §1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º o. §2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º. §3º O disposto no caput não impede o acesso

aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição. §4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Neutralidade da Rede

A Neutralidade da Rede dentro do Marco Civil Internet, é um dos princípios primordiais da Lei, sendo representado por 98 tópicos. No Marco Civil da Internet essa neutralidade significa que o indivíduo tem o direito de ter uma qualidade na navegação e com a igualdade civil, porém quando se fala em neutralidade de rede com as empresas as ideias das mesmas confrontam a ideia pelo falto da liberdade do mercado, é aí que os processos entre pessoas e empresas começam a aumentar após a aprovação da Lei N.12.965/2014.

O Art.9 descreve como se finda a neutralidade da rede do Marco Civil da Internet: “art.9º, §3º, proíbe-se que os provedores de conexão à internet, gratuitos ou onerosos, ou os responsáveis pela transmissão, comutação e roteamento de dados, realizem bloqueios, filtros ou análises de conteúdo dos pacotes de dados.” Temos como exemplo de neutralidade de rede em empresas é: uma pessoa quando compra um plano de internet de uma tal operadora, o indivíduo pode usar da maneira que quiser sem cobrar custo pois o mesmo está pagando pela velocidade x da internet e não pelo possivelmente conteúdo que ele irá ver. Com isso a empresa fornecedora da internet não poderá diminuir a velocidade.

Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão na internet é um assunto muito comentado, sendo discutido diariamente em rodas de conversas quando se trata do mundo da internet. O Art. 2º descreve que o respeito à liberdade de expressão é como fundamento da organização do uso da Internet no Brasil. O inciso I do Artigo 3º do Marco Civil da Internet define a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição”. Já o Art. 8º ainda complementa a liberdade de expressão dando ênfase ao princípio que é a: “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.”

Os usuários da internet são garantidos por lei que seus dados não podem ser expostos a terceiros, porem descrito o artigo 19 que vem explicar quando se trata de ordem judicial para ter acesso aos dados dos usuários, segue abaixo:

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.

Seguindo ainda o mesmo assunto da liberdade de expressão, o Art. 20 da Lei manifesta uma regra para proteger os usuários da internet e sua liberdade de expressão ao determinar que “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.”

ESTUDO DE CASO

Para fazer este estudo foi de suma importância conhecer autores que descreve a lei e conhecer a Lei N°12.965/2014 de um modo mais aprofundado. Após a coleta de dados

bibliográficos, constata-se que o Marco Civil da Internet tem suas particularidades que precisam uma melhoria.

A partir da análise desta Lei é possível constatar o seu grande impacto na proteção dos direitos dos usuários na internet no Brasil. Entende-se que o Marco Civil da Internet tem três pontos principais: privacidade, liberdade de expressão e neutralidade de rede. Divido em 32 artigos, tornando-se essencial para os conflitos no uso da internet no Brasil.

Vale ressaltar que o Marco Civil da Internet não está voltado para o código penal, mas sim para a proteção de dados dos usuários da internet, é de suma importância os usuários saber sobre seus direitos quando se trata de armazenamentos de dados, tendo direito a exclusão de dados de todos os provedores.

Conforme descreve Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2014, pag. 36) afirma o que foi escrito acima:

Recentemente, quando deixávamos um serviço na internet, não sabíamos se efetivamente os provedores apagavam nossos dados. Em muitos casos era cediço, embora excluíssemos nossas contas, nossos dados permaneciam disponíveis ou armazenados. Com o Marco Civil, o usuário poderá requerer a exclusão definitiva de seus dados pessoais fornecidos a uma aplicação de internet, e o provedor deverá atender, ressalvados, logicamente, os dados que deva guardar por disposição legal.

Retomando ao objetivo geral deste estudo, investigar os aspectos da implementação do marco civil da internet e seus impactos, podemos ver que vem garantir a privacidade e proteção dos dados pessoais dos usuários, mas que garante também a disponibilização de dados mediante a uma ordem judicial.

Porem antes deste marco então ser criado, teve que existir várias leis que suprisse a necessidade de ajudar os usuários da internet, porém não tinha muito êxito. Por isso em 2003, no governo do presidente Lula deu-se o início da discussão da criação de um marco civil da internet que fosse para Brasil, mas que tivesse visibilidade internacionalmente.

No parecer de Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2014, p.65), o Marco Civil da Internet silenciou-se em relação a responsabilidade de que os Provedores de aplicações deveriam ter ou não quanto a coleta e armazenamento de comunicações ocorridas em seus serviços, onde refere-se apenas aos “registros de acesso e aplicações”.

Uma modificação futuramente sobre o marco civil da internet é que a lei brasileira valerá para fora do Brasil, ou seja, para provedores estrangeiros que prestem serviços no Brasil. Parafraseando Ana Cristina Azevedo Carvalho (2014) De acordo com a mesma não poderia ter nenhuma legislação brasileira que obrigasse, de forma expressiva, os provedores da internet guardarem os registros de dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho realizado, pode se dizer que para entender o Marco Civil da Internet é preciso entender como acontece o processo desta Lei, pois a internet a cada dia que se passa é mais acessível e seu crescimento é constante. Como marco Civil da Internet veio os seus princípios, da neutralidade de rede, liberdade de expressão e privacidade que garante aos usuários da internet mais asseguramento nos seus dados que são expostos.

O Marco Civil da Internet é de suma importância para a sociedade, pois traz segurança juridicamente para a sociedade, porem somente no Brasil. Por isso para recomendasse aos estudantes pesquisadores que façam análises aprofundadas para um melhor entendimento da lei para países estrangeiros.

Buscando conhecer os aspectos da Lei N°12.965/2014, foi constato poucas referencias para tal assunto, sendo difícil aprofundar mais ao assunto, porem foi alcançado respostas e conhecimentos para os objetivos e problema. Por fim, o Marco Civil da Internet vem para proteger e assegurar os usuários da internet, mas ao mesmo tempo traz deveres para os mesmos sempre buscando o melhor, porém ainda pode se encontrar problemas em relação a aplicação da Lei.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. **A condição humana**. 7.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 05 mai. 2023.

BRASIL. **Dilma sanciona o Marco Civil da Internet**. 2014. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/dilma-sanciona-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em 05 mai. 2023.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo P. **Marco Civil da Internet no Brasil**. 1º ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014. p. 124 e 125.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.36.

LIMA, Marcos Francisco Urupá Moraes de. **A neutralidade de rede como princípio do e Direito à Comunicação**. 2022. 169 f., il. Tese (Doutorado em Comunicação) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

LONGHI, Joao Victor Rozatti. **RESPONSABILIDADE CIVIL E REDES SOCIAIS: RETIRADA DE CONTEÚDO, PERFIS FALSOS, DISCURSO DE ÓDIO E FAKE NEWS**. Editora Focus-1ªED. (2020)

PINHO, J. A. G. DE. **Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil: muita tecnologia, pouca democracia**. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 3, p. 471–493, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/n87YsBGnphdHHBSMpCK7zSN/?format=pdf&lang=pt>. Acessado em 15 de abril de 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 531.

REFLEXOS DA CLONAGEM HUMANA NO DIREITO DAS SUCESSÕES

DANIELE NOGUEIRA POSSETI FRANGHANI:
graduanda em Direito pela Universidade Brasil

RESUMO: Diante dos recentes e rápidos avanços da ciência moderna, o Direito Brasileiro vem se deparando com inúmeras situações sem precedentes, que necessitam de regulamentação. Entre elas, e como objeto desse trabalho, está a possibilidade da clonagem de seres humanos, que pode ocorrer tanto para fins terapêuticos, quanto para fins de reprodução assistida. Fato é, que o legislador não poderá se furtar de um posicionamento sobre o assunto, anda que atualmente, a prática seja expressamente vedada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Entre vários assuntos a serem discutidos, evidencia-se na presente dissertação o direitos desses possíveis indivíduos clonados a fazerem parte da linha sucessória do indivíduo doador, de modo que seja protegido e respaldado pela lei o direito a *saisine* dessas pessoas, bem como respeitada a dignidade da pessoa humana e todas as garantias fundamentais inerentes às pessoas naturais, garantidas tanto pela Constituição Federal, quando pelo Código Civil Brasileiro.

Palavras Chave: Sucessão, clonagem humana, biodireito, direito das sucessões, bioética.

ABSTRACT: In view of the recent and rapid advances of modern science, Brazilian Law has been facing numerous unprecedented situations that require regulation. Among them, and as the object of this work, is the possibility of cloning human beings, which can occur both for therapeutic purposes and for assisted reproduction purposes. The fact is that the legislator cannot avoid a position on the subject, even though the practice is currently expressly prohibited by the Brazilian Legal System. Among several issues to be discussed, this dissertation highlights the rights of these possible cloned individuals to be part of the donor individual's line of succession, so that the right to *saisine* of these people is protected and supported by law, as well as respecting the dignity of the human person and all the fundamental guarantees inherent to natural persons, guaranteed both by the Federal Constitution and by the Brazilian Civil Code.

Keywords: Succession, human cloning, biolaw, inheritance law, bioethics.

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias no campo das ciências humanas, tem se desenvolvido de maneira célere e com grande rapidez. As ciências médicas, tem trazido grandes inovações, na maneira de conceber e gerar o ser humano. Nesse particular, o ser humano criou o bebê de proveta, depois iniciou o processo de geração de bebês através da barriga de aluguel ou barriga solidária, até chegar à inseminação artificial e manipulação de células para criar novos seres aos casais que não podiam conceber filhos de forma natural.

À medida que o tempo passa, o ser humano realiza novas e novas descobertas que trazem avanços científicos que nem sempre estão ligados à ética. Nesse sentido, os cientistas já conseguiram criar novos seres vivos através da clonagem, que é a obtenção de um ser vivo através das células de apenas um indivíduo, de forma assexuada, por meio de células adultas de um ser; como foi o caso da ovelha Doly, criada em laboratório, a partir de uma célula somática doada por uma ovelha adulta.

Nesse sentido, embora haja uma proibição legal e ética, no Brasil, de se proceder à clonagem de seres humanos, não se pode garantir que tais criações não estejam sendo realizadas em laboratórios clandestinos,

Recentemente um cientista chinês já publicou em sua rede social que teria concebido em laboratório o clone de um ser humano do sexo masculino. Dentro deste contexto, o direito não pode fechar os olhos para os possíveis problemas éticos e questionamentos que virão.

Desta forma, o objetivo desta pesquisa será o de analisar a legislação brasileira e princípios éticos do biodireito, para garantir direitos aos seres humanos clonados em laboratórios a partir do processo de clonagem.

A problemática que movimenta essa pesquisa é: de que forma garantir direitos de hereditariedade ao clone humano? O doador da célula geradora possui que grau de parentesco ao receptor da célula?

A pesquisa se justifica tendo em vista que já se tem notícias de que essas criações, mesmo à revelia da lei, estão acontecendo em laboratório. E uma vez criada, não poderá ser simplesmente descartada ou não se poderá negar-lhe direitos, em especial ao da dignidade da pessoa humana e o da hereditariedade.

Para tanto, o direito deve se fazer presente neste contexto para garantias mínimas de direitos e buscar trazer segurança jurídica, sendo o objetivo desta pesquisa o foco do direito de hereditariedade do clone humano.

A metodologia que se adotará nessa pesquisa será a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica, com uso da doutrina, legislação e jurisprudência; quanto aos fins a pesquisa será qualitativa, pois não se deterá a análise de percentis e nem quantitativa.

1. PESSOAS NATURAIS - SUJEITOS DE DIREITO

O Código Civil, em sua parte geral, versa sobre os sujeitos de direito, sendo estes, os capazes de adquirir, modificar, extinguir ou conservar direitos. Sobre isso, LÔBO nos diz

que "o ser humano nascido com vida é pessoa física. Essa denominação é tradicional e continua adequada para os fins do direito civil." (LÔBO, 2023, p.181)

Nascendo com vida, o sujeito passa a ter direitos e deveres na vida civil, estando apto a gozar de todos os benefícios e garantias impostas pela lei. Ainda no ventre materno, o feto, embora não tenha direitos, já possui garantida por lei sua proteção, podendo ser confirmada pelos alimentos gravídicos, regulamentados pela Lei 11804/2008. Ainda, pode, o nascituro, ter garantido seu direito à herança, em caso de falecimento de seu genitor, como descrito no artigo 1798 do Código Civil, "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (CÓDIGO CIVIL, 2006)

Em síntese, a pessoa natural, ou pessoa física, é indivíduo dotado de direitos e deveres, e possui proteção garantida por lei. Importa salientar, que a legislação brasileira não admite diferenciação de pessoas no que diz respeito a esses direitos e deveres, sendo todos, sem distinção, tutelados pelo Estado, que deve assegurar de forma eficiente que sejam respeitados os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, e nesse sentido, nos esclarece o artigo terceiro:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Dessa forma, é matéria relevante para o presente trabalho, questões relacionadas a proteção do nascituro, de modo que a lei não versa sobre qual a forma correta, ou qual a única forma de concepção aceita, para que o Estado possa ser garantidor dos direitos desse indivíduo, chamado aqui de pessoa natural.

Um ser humano, ainda que concebido *in vitro* não deixa de estar inserido em nosso ordenamento jurídico somente por ter sido concebido de forma diversa do natural. Desse modo, e seguindo a mesma linha de raciocínio, uma vez nascido um ser humano, por meio de uma possível clonagem bem-sucedida, seria, e deveria gozar de toda proteção descrita em lei, dada as pessoas naturais, pois uma vez nascido, ele assim seria, podendo adquirir, modificar, conservar ou extinguir direitos como qualquer outro ser humano, independente da forma como foi concebido.

2. DA CLONAGEM

Ao longo dos anos, vem-se observando um crescimento contínuo e rápido da ciência, em todos os campos e áreas quanto seja possível.

Para o atual estudo, chamamos a atenção para a significativa evolução científica no que diz respeito à saúde e desenvolvimento reprodutivo, entre outros. Nesse sentido, voltamos nossa atenção para a clonagem, que em linhas gerais, consiste na reprodução de um indivíduo a partir de células adultas de um outro indivíduo, sem a necessidade de gametas masculinos ou femininos.

Segundo Diniz (2022), é antiga a ideia da reprodução feita de forma assexuada através de transplante de células nucleares e tem sido largamente utilizada no campo da agronomia vegetal, com objetivos comerciais. Os primeiros testes realizados em animais ocorreram em 1962, sendo utilizadas rãs para tal. De lá para cá, muitos foram os testes realizados, em vacas, ratos, macacos, entre outros, alguns malsucedidos, outros obtiveram sucesso, e entres esses, o mais expressivo ocorreu em julho de 1996, na Escócia, com o nascimento da ovelha Dolly, fato esse que foi considerado um marco histórico da ciência moderna.

A criação de Dolly ocorreu após 277 outras tentativas frustradas e foi feita utilizando o núcleo de uma célula mamária de uma ovelha, sem qualquer participação de um gameta masculino. O referido núcleo foi implantado em um óvulo desnucleado e não fecundado, ocorrendo dessa maneira uma reativação da nova célula, que a partir de então começou o processo de multiplicação, originando um embrião, que foi colocado no útero de uma outra ovelha. Todo esse processo deu origem a Dolly, que era uma cópia idêntica, geneticamente e fisicamente da ovelha doadora da célula mamária, se diferenciando somente pela idade entre ambas.

Nesse contexto da possibilidade de clonagem, inclusive de humanos, surge a figura da bioética, diante das inúmeras questões impactantes e inovadoras no âmbito das ciências biomédicas, da genética, da embriologia e tantas outras questões que vão de encontro aos costumes das sociedades.

Assuntos delicados como a utilização de células tronco no tratamento de determinadas enfermidades, ou a possibilidade de se manter vivo por anos um indivíduo, ainda que em estado vegetativo através de aparelhos, ou até mesmo a possibilidade da fertilização *in vitro*, passaram a fazer parte da vida cotidiana das ciências médicas, pois trouxeram grande benefício para a vida humana. O fato é que a cada passo rumo à evolução da ciência, há de ser analisado cuidadosamente a fim de saber se tais descobertas trarão mais benefícios do que possíveis danos colaterais para toda uma sociedade.

Diniz (2022), avança ainda a possibilidade de clones humanos descerebrados, servindo apenas como depósitos de órgãos saudáveis para tratar enfermidades de seus “pais” ou de terceiros geneticamente compatíveis. Questões como essas acarretaram numa mudança de postura na forma de agir de todos os envolvidos com o desenvolvimento das ciências médicas e biológicas.

Além disso, existe a preocupação na delimitação de padrões morais a serem seguidos por um todo. É certo que os costumes não são os mesmos em todas as partes do Globo, o que acaba por diferenciar também os limites éticos e morais de cada local, de acordo com suas culturas, porém é inevitável chamar atenção quando tal assunto tem relação direta com a vida humana, com questões de reprodução assistida e quando a finalidade da criação de outro ser humano deixa de ser meramente o nascimento de um bebê, esperado e querido por uma família e passa a ser objeto de procedimentos que vão muito além do “natural”, como é o caso da criação de clones descerebrados para fins terapêuticos.

Desse entrelaçamento inevitável entre medicina, ciência e valores ético morais é que surgiu a bioética, a fim de regular as práticas biomédicas, práticas no campo da engenharia genética e até mesmo o atual pluralismo moral que se acentua mais a cada dia. Dessa forma, observou-se a necessidade de uma intervenção dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, a fim de dar limites a certos feitos da ciência, de modo que tais feitos não venham a divergir com os princípios da dignidade da pessoa humana, ou ultrapassar limites do moralismo, além é claro de garantir que tais avanços sejam feitos em prol da coletividade, e não somente em proveito de um grupo restrito de pessoas. Nesse sentido, a lei nº 11.105/2005, estabelece que:

Art. 6º Fica proibido:

Omissis

IV – clonagem humana;

Tal texto de lei não deixa lacuna para a referida prática em nosso país. Fica então, o questionamento, de até que ponto tal prática vai ser evitada em larga escala a nível mundial, e que benefícios ela poderia trazer para o âmbito da preservação da saúde humana?

Nessa linha de raciocínio, surgem outras indagações, como o direito de cada ser humano de ser único e irrepetível, levando-se em conta que um clone humano seria a cópia fiel de um outro ser humano, tendo como diferença apenas o lapso temporal.

Ou ainda, na visão de Diniz (2022), certos avanços no campo biotecnológico, tem por si só o caráter negativo, pois envolvem o poder da manipulação do patrimônio

genético, o poder da vida e da morte, a reprodução humana, a maternidade ou a paternidade além de problemas ético-jurídicos e até mesmo a alteração do meio ambiente.

Afinal, quando nasce uma pessoa, supondo a concepção por vias normais, ou seja, gameta feminino + gameta masculino, nasce com ela a personalidade. Passa esse indivíduo a ser inserido na sociedade tendo direitos e deveres que a lei garante a todos, sem distinção, como menciona a Constituição Federal em seu artigo 5º, caput, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Previu, ou está prevendo o legislador a possibilidade da criação de novos seres humanos, através de métodos não convencionais e completamente assexuados?

3. DA SUCESSÃO

O verbo suceder significa vir depois ou sucessivamente. Para o Direito, o vocábulo sucessão é utilizado para referir-se à transmissão *causa mortis* de um patrimônio, desse modo, não se fala em Direito das Sucessões *inter vivos*.

O Direito brasileiro adota o princípio da *saisine*, que consiste na transmissão automática do direito de herdar o patrimônio do *de cujus* aos seus herdeiros legítimos, ainda que estes desconheçam ou ignorem a existência da herança. Contudo, tal princípio é automático em se tratando da herança, sem excluir a necessidade de abertura do inventário para que seja efetivada a partilha.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, XXX, garante o direito à herança quando diz que:

"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:

Omissis

XXX - é garantido o direito de herança;"

Na linha de raciocínio de Gonçalves, ele nos diz que a sucessão pode acontecer de forma legítima, ou seja, decorrente de lei, ou de forma testamentária, funcionando como ato de última vontade do possuidor do patrimônio, em vida. (Gonçalves, 2020)

O Código Civil- Lei 10.406 de 2002, em seu artigo 1788 regulamenta a transmissão do patrimônio dizendo que:

“Artigo 1788 - Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar ou for julgado nulo.”

E segue, com a linha de raciocínio dizendo:

“Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”

Por herdeiros necessários, entenda-se descendentes, ascendentes e cônjuges. Por herdeiros legítimos, entenda-se todos aqueles mencionados no Código Civil em seu artigo 1829.

Ocorre que em todas as espécies de herdeiros nota-se a existência de uma relação, ainda que não consanguínea, do *de cuius* com o sucessor, de modo que todas as formas possíveis de partilha vem amparadas pelo Código Civil, garantindo assim segurança jurídica na transmissão da herança. Para tanto, o artigo 1798 do Código Civil alude que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

A palavra concebida, em termos médico científicos quer dizer “criado por concepção ou gerado pela junção de um espermatozoide e um óvulo”. (Dicio, 2009)

Nessa linha de raciocínio, Aguiar (2020), nos diz que:

O chamamento da sucessão deve obedecer a ordem das classes trazidas pelo artigo 1829 do Código Civil de 2002 e seus incisos, o que quer dizer que havendo descendentes, os demais são excluídos, ou ainda, pela máxima que os mais próximos excluem os mais remotos.

Classifica-se os herdeiros da seguinte forma:

Herdeiros Necessários- a esses cabe 50%, legitimamente, do patrimônio do de cuius, parte essa que não pode ser privada do mesmo, salvo exceções expressas na lei. São chamados em primeiro lugar os descendentes diretos, sendo eles os filhos, netos, bisnetos, até o infinito; na sequência, são chamados os ascendentes, pais, avós, bisavós, até o infinito; e por último é chamado o cônjuge, lembrando que o assunto trata de herança e não de meação.

Herdeiros Legítimos- são aqueles a quem a lei garante a herança sendo divididos em herdeiros necessários, e herdeiros facultativos (colaterais até o 4º grau de sucessão).

Herdeiros Testamentários- todo aquele que recebe parte da herança através de uma disposição testamentária ou ato de última vontade do dono do patrimônio.

4. DOS REFLEXOS DA CLONAGEM HUMANA NO DIREITO DAS SUCESSÕES

A clonagem humana é um assunto polêmico e delicado, que gera inúmeras discussões no âmbito da ciência, da bioética e do biodireito, uma vez que o legislador não poderá se furtar de regulamentar tal questão, caso venha a se tornar uma prática comum no meio médico e científico.

No Brasil, a lei **nº 11.105, de 24 de março de 2005** de Biossegurança versa sobre o tema da clonagem e veda expressamente tal prática em seu artigo 6º, como se segue:

Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

*II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo **in vitro** de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;*

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

Embora no Brasil ainda não se tenha relatos de que a clonagem humana tenha acontecido, essa realidade vem se aproximando cada vez mais, de modo que já é sabido que em alguns países do mundo, tal prática já vem sendo manipulada e testada em laboratórios clandestinos ou não. É o caso da China, que, diferente do Brasil, não considera que embriões recém fecundados sejam seres humanos, e dessa forma, adotam limites éticos diferentes dos adotados aqui, utilizando a clonagem terapêutica uma prática comum para estudos genéticos e científicos.

Quando pensamos em clonagem de um ser humano, devemos nos atentar que uma nova pessoa natural estará sendo criada, e como tal, terá proteção, direitos e deveres, todos garantidos pela legislação do nosso país. Ainda que, para fins terapêuticos, a clonagem de um ser humano completo, que é gestado e nasce por um parto, seja natural ou cesariano, como qualquer outra pessoa, deve ser encarada como o nascimento de qualquer outro indivíduo. Por tanto, é importante pensar de que forma o legislador irá inserir esses indivíduos no direito das sucessões, por exemplo. Afinal, nascerá um indivíduo

totalmente novo, porém com carga genética cem por cento igual a de uma pessoa já adulta. Duas pessoas que embora tenham uma distância temporal que as separam, serão, teoricamente o mesmo indivíduo.

Muitas questões podem ser abordadas com o tema em tese, inclusive no âmbito do direito penal. Ora, dois indivíduos que compactuam do mesmo DNA, poderiam facilmente se valer dessa condição para o cometimento de crimes.

O fato a ser questionado e largamente explorado, é em qual posição da sucessão hereditária esse novo indivíduo se enquadraria, uma vez que não se encaixa como descendente, e ainda menos como colateral. Pensando de forma prática, seria essa uma forma de manter sempre sob a guarda de uma única pessoa seu próprio patrimônio, já que por meio de um clone, embora faleça o doador do material genético, lhe substituiria de forma legítima, aquele que foi clonado e, em tese, é a mesma pessoa do morto, separados apenas por determinado lapso temporal.

Pensando por essa ótica, a clonagem pode gerar inúmeros conflitos e disputas familiares em relação à distribuição de bens e propriedades, uma vez que o clone pode ser considerado como herdeiro legítimo, juntos aos demais. Nesse caso, é necessário que a legislação seja atualizada e regulamentada de forma a abordar adequadamente as questões levantadas pela clonagem humana.

É importante considerar também a questão da paternidade e da maternidade envolvendo esses indivíduos. Por exemplo, se um indivíduo clonado for considerado um filho legítimo do indivíduo original, isso pode gerar questionamentos em relação à verdadeira identidade e parentesco do clone. Contudo, ainda que a legislação permita que o clone humano seja considerado um herdeiro legítimo, pode ainda haver controvérsias e questionamentos em relação a sua identidade pessoal e a sua relação com a família e outros herdeiros, uma vez que, sendo o clone considerado filho legítimo do indivíduo original, isso afetará de maneira direta a posição dos outros familiares na linha sucessória.

Ressaltado o fato de que a Lei de Biossegurança expressamente proíbe a clonagem humana, atualmente o Brasil já conta com a produção de alimentos transgênicos, ou seja, geneticamente modificados (OGM), fato esse que deixa mais próxima a possibilidade de possíveis experiências de clonagem no país. Dessa forma, é importante pensar em como a linha sucessória se comportaria com o nascimento desses novos indivíduos, de modo que o mais sensato, é considerar para eles sempre a linha descendente, não cabendo nesse caso a sucessão ascendente ou colateral.

Isso posto, vale também a consideração de que lugar esse indivíduo ocuparia, na linha de sucessão da mulher responsável por gerar esse feto, uma vez que nenhum material genético desta, estaria presente no DNA daquele. Seria o caso de considera-la apenas uma

barriga de aluguel? Se a clonagem fosse realizada para atender a necessidade de casais que não podem ter filhos próprios, a lei adotada seria a mesma para os embriões produzidos por inseminação artificial, ou por fertilização *in vitro*?

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2.320 de 20 de setembro de 2022, estabeleceu normas éticas para a prática da reprodução assistida no Brasil. Sobre o tema, o anexo da referida resolução dispõe o seguinte:

“1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar no processo de procriação. 2. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para doação de gametas e para preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas. 3. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas, desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do(a) paciente ou do possível descendente.”

Diante do exposto, fica clara a possibilidade de utilizar, a interpretação dada as técnicas de reprodução assistida no momento de legislar sobre uma possível clonagem de seres humanos, estando o indivíduo clonado, no mesmo patamar de parentesco que qualquer descendente natural, concebido por reprodução assistida, seja por inseminação artificial ou por fertilização *in vitro*.

Fato é, que o legislador não pode omitir-se de regulamentar de forma específica o tema, a fim de que não ajam inseguranças jurídicas quanto aos direitos sucessórios e a transmissão de patrimônios, e ainda mais, sobre a identidade desse indivíduo e que papel ele ocupará tanto na sociedade quanto na família a que pertencer.

CONCLUSÃO

Mais uma vez, é importante considerar que o presente trabalho é meramente dedutivo e que a lei brasileira veda, de forma categórica, a prática da clonagem de seres humanos, ainda que essa seja matéria amplamente discutida nos meios médicos e científicos, pelas inúmeras possibilidades como por exemplo a cura para várias patologias, sejam elas genéticas ou não, contudo, a criação atípica de novos seres humanos, deverá ser tratada com tal ética e respeito, quanto é tratado o nascimento das pessoas naturais, com todos os seus direitos, deveres e proteção à dignidade da pessoa humana, sendo-lhes garantido o amparo de todos os ramos da lei brasileira.

Além disso, vale ressaltar que, caso ocorra a clonagem de um ser humano, o Direito Brasileiro deverá se atentar para as devidas alterações no Direito das Sucessões, legislando sobre a existência desse indivíduo e o enquadramento dele na linha sucessória, posto que,

em comparação com o nascimento natural de uma pessoa, ela estará, em princípio, na linha descendente de seus genitores, devendo essa regra ser também aplicada a um ser clonado, vez que toda sua geração intrauterina será igual a de qualquer outra pessoa natural, excetuada apenas pelo fato de não ter sido fruto da fecundação de dois gametas, um feminino e outro masculino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LÔBO, P. Direito civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

JURÍDICOS, Presidência da República Casa Civil Subchefia Para Assuntos. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

JURÍDICOS, Presidência da República Casa Civil Subchefia Para Assuntos. **LEI Nº 10.406, 2002**. 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 maio 2023.

GONÇALVES, C. R. Direito das sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

DICIO. **Significado de Concebida**. 2012. Disponível em:

<https://www.dicio.com.br/concebida/#:~:text=Significado%20de%20concebido,pensamen%3B%20imaginado%3A%20projetos%20concebidos>. Acesso em: 07 mar. 2023.

KADOMOTO, Cibele Aguiar. **Herdeiros legítimos x herdeiros necessários x herdeiros testamentários**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78862/herdeiros-legitimos-x-herdeiros-necessarios-x-herdeiros-testamentarios>. Acesso em: 07 mar. 2023.

JURÍDICOS, Presidência da República Casa Civil Subchefia Para Assuntos. **Lei 11.105 de 2005**. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.

Maria Helena Diniz - DINIZ, M. H. O Estado Atual do Biodireito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MEDICINA, Conselho Federal de. **RESOLUÇÃO CFM nº 2.320/2022**. 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023.

A PROTEÇÃO E A COLETA DE DADOS NAS REDES SOCIAIS: O PODER DAS REDES SOCIAIS

GIOVANA VIANA TANCREDO TELLES:
acadêmica do curso de Direito da Instituição
de Ensino Superior Centro Universitário UNA
de Betim.¹⁷

SUELEN DE ASSUNÇÃO FERREIRA¹⁸
(coautora)

EVERSON SOTO E LUCAS CAMPOS
(orientador)

Resumo: Este trabalho, considerando que a proteção de dados é fundamental para a efetivação dos direitos da personalidade, tem como objetivo principal analisar a natureza jurídica e limites da responsabilidade civil dos agentes de proteção de dados no Brasil, determinados a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que estabelece os conceitos e delimita a atuação dos agentes de tratamento de dados para que seja possível enfrentar os problemas causados pela exploração das novas tecnologias. Para atender ao objetivo do presente trabalho, procedeu-se à exploração da legislação vigente, de modo a complementar o que está estabelecido na LGPD, além de fazer uso de doutrina que versa sobre a responsabilidade civil e a LGPD, para construir um melhor entendimento e interpretação do assunto. Constatou-se que a LGPD cumpre, então, o seu papel de elo entre os diferentes diplomas para a proteção de dados.

Palavras-chave: Redes sociais, coleta de dados, usuários.

The protection and collection of data on social networks: The power of social networks

Abstract: The This work, considering that data protection is fundamental for the realization of personality rights, has as main objective to analyze the legal nature and limits of civil liability of data protection agents in Brazil, determined from the General Law of Protection of Data (Law nº 13.709/2018), which establishes the concepts and delimits the performance of data processing agents so that it is possible to face the problems caused by the exploitation of new technologies. In order to meet the objective of the present work, the

¹⁷ E-mail: giovaninha.t.telles@gmail.com.

¹⁸ E-mail: ferreira.suelen180@gmail.com.

current legislation was explored, in order to complement what is established in the LGPD, in addition to making use of the doctrine that deals with civil liability and the LGPD, to build a better understanding and interpretation of the subject. It was found that the LGPD fulfills its role as a link between the different diplomas for data protection.

Keywords: Social networks, data collection, users.

1. INTRODUÇÃO

As redes sociais tornaram-se ao longo dos anos, ferramentas de extrema importância e essencialmente indispensáveis para muitas pessoas. Principalmente por serem uma forma de se comunicar, se expressar e se conectar com outras pessoas. E com o passar do tempo essas tecnologias, assim como várias outras, sofreram mudanças e adaptações, de outro modo passaram por diversas fases evolutivas para chegar às que são atualmente.

As redes sociais são detentoras de influência ilimitada e poderes absurdos, a questão é que grande parte dos usuários conseguem passar horas e horas na frente do computador, smartphone e tablets. Passando o feed de publicações, compartilhando fotos, pensamentos, músicas ou curtindo o compartilhamento de outrem e até mesmo vendo vídeos em aplicativos como Tiktok. É óbvio que se pode tirar proveito e benefício, afinal são uma grande distração, forma de entretenimento e ajuda para diversas pessoas até mesmo ganhando uma renda extra.

Mas é importante frisar que nos cliques e publicações, há inúmeros compartilhamentos de modo desenfreado de dados pessoais, dados estes que são responsáveis pela sobrevivência das plataformas e que podem apresentar riscos à privacidade e segurança destes dados. E por mais que sejam aplicativos gratuitos o faturamento anual do Facebook, Instagram, Tiktok, Twitter e entre outros vem sendo de bilhões de dólares.

Um documentário feito pela Netflix, chamado "O dilema das redes (2020):

Aborda as consequências perigosas que a coleta de dados pelas redes sociais e aplicativos causam na sociedade em geral, principalmente em relação aos jovens. Ex-funcionários de empresas de tecnologia fornecem seus depoimentos e afirmam que a privacidade das pessoas, adquirida através desses dados, é insumo para predição de comportamentos pela busca da obtenção de lucro (NETFLIX, online).

Segundo o índice de Bilionários da Bloomberg (2021):

As ações da empresa chinesa de ByteDance o Tiktok, valem mais de US\$ 250 bilhões, afirmam especialistas do mercado. Nesse sentido, Zhang, que possui cerca de 25% da ByteDance, pode ter fortuna superior a US\$ 60 bilhões, colocando-o no mesmo nível de Pony Ma, da Tencent, do rei da água engarrafada, Zhong Shanshan, e de membros das famílias Walton (fundadora do Walmart) e Koch nos Estados Unidos (BLOOMBERG, online).

Portanto, graças ao compartilhamento de dados pessoais dos clientes, as redes possuem um engajamento de lucratividade enorme. E com o crescente poder das mídias em influenciar a opinião pública, torna-se cada vez mais importante discutir sobre a proteção e a coleta de dados em um contexto em que essas plataformas têm um poder e um papel extremamente presente na atualidade.

2. A DEPENDÊNCIA E OS IMPACTOS DAS MÍDIAS NA SOCIEDADE

Com a crescente gama tecnológica, principalmente nos últimos anos e ênfase ao período de isolamento social, os indivíduos passaram a substituir um simples diálogo cara a cara por diálogos virtuais. Passando assim, mais tempo por trás das telas, do que propriamente no mundo real.

E neste cenário de crescimento, além da dependência que é causada aos usuários, também é visível o aumento nos números de pessoas que usam dessas ferramentas, bem como o tempo que elas gastam navegando nas redes, as atividades são prazerosas e intermináveis, tanto que tomam grande parte do dia dos que utilizam dos meios, fazendo com que os usuários passem horas navegando e interagindo sem nunca chegar a uma finalidade, sempre querendo mais.

De acordo com dados e projeções de uma pesquisa feita pela companhia NordVPN (2022):

A população brasileira passa, em média, 12 horas e oito minutos por semana assistindo vídeos em aplicativos como YouTube e 11 horas e 19 minutos se dedicando às redes sociais, como principalmente WhatsApp, Facebook e Instagram. Em janeiro de 2022, a população global era de 7,9 bilhões e, considerando uma taxa média de crescimento anual de 1%, pode ultrapassar a marca de 8 bilhões no ano de 2023. Mais de dois terços (67%) deles são móveis por telefone, totalizando 5,3 bilhões de usuários globais únicos, um aumento de 1,8% em relação ao ano anterior. O número de internautas atingiu 4,95 bilhões, o equivalente a 63% da população mundial. Este valor é

4% superior ao de 2021, no entanto, dados os constrangimentos de investigação causados pela pandemia de covid-19, este valor pode estar subestimado. Os internautas passam mais de 41 anos na Internet, o que equivale a 54% do tempo de vida médio da população. De acordo com os dados da pesquisa, a população brasileira passa, em média, quatro dias inteiros por semana totalmente conectada. Isso seria o equivalente a 197 dias por ano (NORDVPN, online).

Deste modo, fica claro que as pessoas passam a maior parte do tempo se dedicando a atividades virtuais, do que a vida longe das ferramentas. E a cada segundo que um usuário visualiza ou posta fotos, publicações, curtidas ou pesquisa por palavras e até mesmo demonstram reações físicas frente os aparelhos eletrônicos, como expressões, padrões ou falas. Assim, começam as coletas de dados e o armazenamento destes que as tornou uma grande gama de informações pessoais e através disso são criadas propagandas personalizadas, conteúdos vibrantes e viciantes com o intuito de induzi-los ao consumo e dependência das mídias.

Os dados coletados, além de terem se tornado um importante ativo publicitário, esses dados são utilizados de inúmeras formas, para um marketing digital mais propositivo, pois com eles é possível direcionar para as pessoas que correspondem com o perfil traçado, obtendo maiores ganhos em vendas de produtos com sucesso e na indução. E assim, êxito no consumo pelo destinatário deste anúncio, tudo isto com base nas informações pessoais da pessoa, que, como mencionado anteriormente, possuem todos os detalhes de preferências, gostos e pesquisas que revelam os interesses do comprador.

Segundo Cabral (2014):

O conceito de rede social pode ser definido como uma estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que partilham valores e objetivos comuns. Por base nessa definição, pode-se sugerir que esses meios podem ser poderosas fontes de informações, muitas vezes úteis para conscientizar aqueles que leem sobre um determinado assunto, mas que, contudo, em outros casos pode terminar por divulgar um dado falso que acaba gerando discussões e, até mesmo, sérios problemas aqueles que tomam aquela informação com veracidade (CABRAL, online).

É importante destacar, que o consumo em excesso das redes pode também levar os indivíduos a diversos problemas como ansiedade, depressão, baixa autoestima e problemas de sono.

Segundo um estudo publicado na revista científica *Journal of Affective Disorders* (2020):

Ficou constatado que o uso excessivo da plataforma do Instagram, pode estar diretamente relacionado aos níveis altíssimos de ansiedade e depressão nos usuários, em especial o público adolescente (DISORDERS, online).

Sendo assim, é possível notar que o uso em excesso dessas plataformas, podem também trazer impactos à saúde dos usuários. Além dos impactos negativos na saúde mental, o uso excessivo das redes sociais e tecnologias pode ter impactos na saúde física, como a falta de exercícios e atividades físicas, além do sedentarismo. O uso prolongado dos dispositivos eletrônicos também pode levar a problemas de visão, dores de cabeça, tensão muscular e fadiga ocular.

Outro aspecto importante é a privacidade dos usuários, que pode ser comprometida com a coleta excessiva de dados pessoais pelas empresas de tecnologia e redes sociais. Esses dados podem ser utilizados para fins comerciais ou mesmo para a disseminação de informações falsas ou manipuladas.

Além disso, o uso excessivo de tecnologias pode levar à diminuição da interação social no mundo real, o que pode levar a problemas de relacionamento e isolamento social. A falta de contato físico e pessoal pode prejudicar o desenvolvimento de habilidades sociais e emocionais, especialmente em crianças e adolescentes.

Em resumo, o uso excessivo de tecnologias e redes sociais pode trazer impactos negativos à saúde mental, física e social dos usuários, bem como comprometer sua privacidade e segurança online. Entretanto, resta questionar quais os limites da coleta de dados pelas redes sociais, até quando as pessoas estarão vulneráveis e quais as consequências?

2.1. Os riscos da coleta excessiva pelas redes

A coleta de dados através das plataformas pode trazer inúmeras consequências e riscos aos usuários. Pois ao adentrar nas mídias, são coletados nomes, datas de nascimento, e-mail, senhas e muitos outros dados importantes e privados. Essas informações podem deixar os clientes vulneráveis, principalmente ao uso de dados indevidos por meio de empresas, que coletam esses dados com o objetivo de usá-los para fins sem conhecimento e consentimento dessas pessoas. Existem muitos outros riscos como roubo de identidade, perfilamento, exposições, ataques cibernéticos e outros.

Fica assim explícito, que o poder das redes não se limita a pesquisas, catalogar, distribuir e comercializar todos esses dados coletados, o que já é extremamente preocupante e assustador, porém também pode ser grande influência da opinião pública, pois com esses dados, essas redes sociais podem informar conteúdo específico, pessoal e muito pessoal, tornando determinados conteúdos mais envolventes e acessíveis e, extremamente tentadores, assim, até mesmo interferindo nas escolhas e opiniões populares, inclusive escolhas políticas.

À violação ao direito à privacidade se verifica não só na venda ou vazamento de dados, mas também na retenção indevida de dados pessoais para finalidades e utilidades injustificáveis.

Fora o fato de as mídias terem se tornado meios de proveito e divulgação de notícias jornalísticas ou informações não oficiais, fez com que se tornassem aplicativos ricos em propagação de notícias falsas, as então chamadas Fake News e tornaram-se um campo minado de anúncios fraudulentos, os famosos golpes da internet, conhecidos como estelionato, que hoje são bastante frequentes e também um grande problema.

De acordo com o relatório Spam e phishing que é baseado em tentativas de acesso a páginas fraudulentas (2020):

Ficou comprovado, que os brasileiros são alvo de phishing com mais frequência, e estão acima da média com 20% a mais do que a média mundial que é 13%. Para Assolini, a discrepância pode ser explicada pela dificuldade dos internautas em identificar conteúdos fraudulentos (ASSOLINI, online)

Por consequência do absurdo descontrole e acúmulo extremo de informações coletadas dos usuários que se fez necessário estabelecer regras, no interesse público e no interesse dos próprios indivíduos, a fim de limitar o poder das plataformas acerca da coleta de informações e dados pessoais, dando liberdade aos internautas de escolherem se autorizam não que suas informações sejam coletadas e utilizadas, principalmente para fins econômicos, técnicos ou políticos.

Um exemplo de plataforma rica em informações pessoais, é o Facebook que contém em seus bancos de dados informações, aproximadamente 1/7 da população mundial, sendo que, dentre esses dados contém informações sobre tudo o que o cliente digita, fotos ou vídeos publicados, curtidas na rede, compartilhamentos, todo o histórico de consulta, de navegação e até mesmo sua identidade, geolocalização e uma infinidade de outras informações importantes e pessoais.

Além disso, a coleta de dados pelas plataformas pode resultar em discriminação e preconceito. Isso ocorre quando as empresas utilizam as informações coletadas para criar perfis de usuários e, em seguida, direcionar anúncios específicos com base nessas características. Por exemplo, se uma empresa decidir que pessoas de uma determinada raça ou religião são menos propensas a comprar seus produtos, ela pode decidir não exibir anúncios para esses grupos, perpetuando a discriminação e violando os direitos humanos.

Outro problema associado à coleta de dados é a falta de transparência sobre como esses dados são usados. As plataformas muitas vezes coletam informações sem o conhecimento ou consentimento do usuário, o que pode levar a uma violação da privacidade. Além disso, muitas vezes os usuários não têm acesso aos dados coletados sobre eles ou não têm controle sobre como esses dados são usados pelas plataformas.

Diante desses desafios, vários países adotaram leis de proteção de dados para regular a coleta e o uso de informações pessoais. O Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD), por exemplo, entrou em vigor em 2018 e estabelece regras claras sobre como as empresas podem coletar, processar e armazenar dados pessoais. Além disso, muitas empresas estão adotando políticas de privacidade mais rigorosas e oferecendo aos usuários mais controle sobre seus dados.

Dessa forma, verifica-se que a coleta, tratamento e armazenamento de dados pessoais pode ocasionar uma violação coletiva de direitos fundamentais, como o direito à privacidade, além de notáveis prejuízos para os agentes privados.

2.2. O Direito à privacidade

O direito à privacidade insere-se no domínio do direito privado, ou seja: o indivíduo tem o direito de decidir sobre qualquer questão relativa ao seu valor pessoal, e qualquer tentativa do Estado ou de outrem de tentar de algum modo se apropriar deste direito é ilegítimo.

Neste sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados veio para sanar essas vulnerabilidades nos armazenamentos de dados, o compartilhamento desses dados sem autorização do indivíduo e possíveis vazamentos de dados. Todas essas hipóteses são consideradas e relevantes pela Lei 13.709/18 e são puníveis com multa. Inúmeros danos são causados aos titulares dos dados, em que as fraudes usam de seus dados pessoais para pedidos de empréstimos, compra de produtos e venda de produtos duvidosos.

Os usuários das redes sociais, devem lutar por seus direitos, especialmente por um regramento claro, de como pode se dar a coleta e a utilização de dados pessoais, desde

que autorizadas e realizadas no mínimo necessário para a atividade daquela empresa, sempre com absoluta transparência.

Afinal de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 12:

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques, com isso, muitos remontam este o momento do nascedouro do Direito à Privacidade (DUDH, artigo 12, online).

Isso certamente decorrerá de leis de proteção de dados e de regramentos claros que disciplinam as autorizações de captação de dados, utilização de um dado pessoal na execução da sua operação, como, por exemplo: coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

3. A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em vigor desde setembro de 2020, tem como objetivo proteger a privacidade e os dados pessoais dos cidadãos brasileiros. Isso inclui a coleta de dados desenfreada nas redes sociais.

A Lei define o que são dados pessoais, dados sensíveis e dados anônimos, além de especificar as condições em que os dados podem ser coletados, armazenados, processados e compartilhados. A lei exige que as empresas que coletam dados pessoais dos usuários forneçam informações claras sobre a finalidade e a maneira como os dados serão usados e obtenham consentimento explícito dos usuários para coletar, armazenar e processar esses dados. Sendo assim, de acordo com a lei, as coletas só podem ser realizadas com a permissão do titular dos dados ou com base em outras hipóteses legais previstas em Lei.

O artigo 7º da LGPD, por exemplo, estabelece as bases legais para o processamento de dados pessoais, incluindo o consentimento do titular dos dados. O artigo 8º dispõe que o consentimento deve ser livre, informado e inequívoco, e deve ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular dos dados. Além disso, o artigo 9º determina que as empresas devem informar aos titulares dos dados sobre o propósito da coleta, a forma de tratamento, os direitos do titular e outras informações relevantes. Entretanto, o artigo 15º da Lei expressa que em caso de litígio os responsáveis responderam por danos causados aos titulares dos dados (TELLES, 2023).

Além disso, o descumprimento da Lei pode resultar em sanções administrativas, incluindo multas que podem chegar a até 2% do faturamento da empresa, limitado a R\$50 milhões por infração, além de sanções civis e criminais. Deste modo as empresas são obrigadas a informar aos usuários sobre quaisquer incidentes de segurança que afetem seus dados pessoais. E é importante que as empresas e organizações que coletam dados pessoais nas redes sociais estejam em conformidade com a LGPD e obtenham o consentimento dos titulares dos dados antes de realizar qualquer atividade de processamento (ANPD, 2023).

No contexto das redes sociais, a mesma se aplica tanto às empresas que coletam dados dos usuários quanto aos usuários que compartilham seus próprios dados nas redes sociais. É importante que os usuários estejam cientes das informações que estão compartilhando e com quem estão compartilhando (LGPD, art.3º, 2018).

As redes sociais são um dos principais alvos da Lei em questão, já que muitas delas coletam e processam dados pessoais de seus usuários de forma massiva e sem transparência. É exigido que as empresas de redes sociais obtenham o consentimento explícito de seus usuários para coletar e processar seus dados pessoais, além de fornecer informações claras sobre como esses dados serão usados (LGPD, art.17, 2021).

Ademais, são estabelecidos através LGPD direitos importantes para os titulares dos dados, como o direito de acesso aos seus dados, o direito de correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, o direito de anonimização, o direito de portabilidade de dados, o direito de exclusão e o direito de revogar o consentimento a qualquer momento (LGPD, art.17, 2021).

Os usuários também devem ter cuidado ao compartilhar seus próprios dados nas redes sociais, uma vez que a Lei também se aplica aos dados pessoais que os usuários compartilham voluntariamente. Os usuários devem estar cientes das informações que estão compartilhando e com quem estão compartilhando, bem como entender como as redes sociais podem usar esses dados.

Já as empresas e organizações que coletam dados pessoais nas redes sociais devem adotar medidas de segurança apropriadas para proteger esses dados contra acessos não autorizados, perda ou roubo. Em caso de incidentes de segurança que afetem dados pessoais, as empresas devem notificar imediatamente os usuários afetados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD, 2021).

A Lei Geral de Proteção de Dados é de excepcional importância para que tenha proteção à privacidade e dados pessoais dos cidadãos brasileiros. A conformidade com a mesma é fundamental para empresas e organizações que coletam e processam dados

personais nas redes sociais, a fim de evitar sanções administrativas, civis e criminais, bem como proteger a confiança dos usuários em suas marcas.

Portanto, são de grande importância a existência de ferramentas legais voltadas para proteção da privacidade dos usuários e que principalmente delimitam o consumo desenfreado de dados individuais nas mídias sociais, e que sempre estejam acompanhando a evolução destas tecnologias. A fim de manter a segurança em meio ao mundo virtual e em conjunto é crucial, indispensável que os usuários também tenham consciência sobre a importância de se proteger seus próprios dados, fazendo escolhas prudentes e conscientes sobre o que compartilham e com quem compartilham nas redes sociais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, a proteção e coleta de dados nas redes sociais e o poder absurdo das empresas de tecnologia são temas de preocupação crescente. Embora a legislação de proteção de dados esteja em vigor em muitos países, incluindo o Brasil, ainda há desafios a serem enfrentados para garantir que a privacidade do usuário seja protegida. É importante que os usuários estejam cientes de como seus dados são coletados e usados pelas empresas de tecnologia e busquem proteger sua privacidade por meio de medidas como a configuração de controles de privacidade e a leitura cuidadosa dos termos e condições. As empresas de tecnologia também têm um papel importante a desempenhar, garantindo que estejam em conformidade com as leis de proteção de dados e que os usuários tenham um controle mais rigoroso sobre seus dados pessoais.

Além disso, é necessário que haja uma maior conscientização sobre os riscos associados à coleta e uso de dados pessoais pelas empresas de tecnologia, incluindo a possibilidade de violações de privacidade e o uso indevido de dados, afinal em meio a tantas ocorrências, são poucos mecanismos voltados para que os usuários saibam em que situação estão se envolvendo. As empresas de tecnologia devem ser mais transparentes sobre suas intenções, práticas de coleta e uso de dados, além de garantir que os usuários estejam cientes dos impactos potenciais.

Afinal o empoderamento dos usuários das redes sociais para proteger seus dados pessoais deve ser visto como um esforço conjunto entre as empresas, o governo e a sociedade em geral, com o objetivo de garantir a privacidade e a segurança das informações pessoais dos indivíduos.

Por fim, é importante que as leis de proteção de dados sejam atualizadas para acompanhar o rápido desenvolvimento da tecnologia e garantir que os usuários continuem a ter controle sobre seus dados pessoais. Ao fazer isso, podemos garantir que as redes sociais e as empresas de tecnologia continuem a ser um espaço seguro e confiável para os usuários compartilharem informações e se conectarem com outras pessoas.

REFERÊNCIAS

AGRELA, L. (06 de Abril de 2018). ***O escândalo de vazamento de dados do Facebook é muito pior do que parecia.*** Fonte: Exame.55anos: <<https://exame.com/tecnologia/o-escandalo-de-vazamento-de-dados-do-facebook-e-muito-pior-do-que-parecia/>> Acesso em: 15 de Out. de 2022.

ALECRIM, M. B. (31 de Agosto de 2021). ***O Poder da Explosão dos Dados nas Redes Sociais.*** Fonte: Observatório de Redes Sociais: <<https://observatorioderedessociais.blogspot.com/2021/08/o-poder-da-explosao-dos-dados-nas-redes.html?m=1>> Acesso em: 18 de Set. de 2022.

CARDOSO, M. L., & .et.al. (12 de Dezembro de 2021). ***Privacidade e proteção de dados nas redes sociais.*** Fonte: Scientia Generalis: <<https://scientiageneralis.com.br/index.php/SG/article/view/225>> Acesso em: 10 de Set. de 2022.

D'URSO, F. L., & FILIZZOLA, F. (12 de Fevereiro de 2021). ***O absurdo poder das redes sociais em razão da coleta de dados.*** *Migalhas.* Fonte: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340203/o-absurdo-poder-das-redes-sociais-em-razao-da-coleta-de-dados>> Acesso em: 10 de Set. de 2022.

ESCOBAR, L. (2021). ***A LGPD e o Data Scraping A Coleta de Dados Massiva na Web e Redes Sociais.*** Fonte: MFO Advogados: <<https://mfoadvogados.com.br/a-lgpd-e-o-data-scraping-a-coleta-de-dados-massiva-na-web-e-redes-sociais/>> Acesso em: 18 de Set. de 2022.

FIA, E. (09 de Agosto de 2022). ***Vazamento de dados: o que fazer e principais casos do Brasil.*** Fonte: Fia Business School: <<https://fia.com.br/blog/vazamento-de-dados/>> Acesso em: 24 de Set. de 2022.

FILHO, E. B., & et.al. (02 de Abril de 2017). ***A Disseminação de informações nas redes sociais e suas consequências.*** Fonte: Editora Realize: <https://editorarealize.com.br/editora/anais/join/2017/TRABALHO_EV081_MD4_SA61_ID2533_15092017233829.pdf> Acesso em: 18 de Set. de 2022.

IMASTERS, R. (09 de Maio de 2022). ***Brasileiros se conectam às 8h33 da manhã e saem às 22h13 da internet, aponta pesquisa da NordVPN.*** Fonte: iMaters: <<https://imasters.com.br/noticia/brasileiros-se-conectam-as-8h33-da-manha-e-saem-as-22h13-da-internet-aponta-pesquisa-da->

SPAGNOL, D. (24 de Fevereiro de 2017). **Privacidade em tempos de redes sociais: (im) possibilidade.** Fonte: Jusbrasil:

<<https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/433399604/privacidade-em-tempos-de-redes-sociais-im-possibilidade>> Acesso em: 03 de Nov. de 2022.

TECH, E. P. (25 de Maio de 2022). **Seus dados pessoais estão seguros na internet? Entenda a importância do assunto.** Fonte: Privacy Tech:

<[https://www.privacytech.com.br/protacao-de-dados/seus-dados-pessoais-estao-seguros-na-internet-entenda-a-importancia-do-assunto,414768.jhtml#:~:text=Proteger%20seus%20dados%20na%20internet,risco%20vo c%C3%AA%20e%20sua%20fam%C3%ADlia](https://www.privacytech.com.br/protacao-de-dados/seus-dados-pessoais-estao-seguros-na-internet-entenda-a-importancia-do-assunto,414768.jhtml#:~:text=Proteger%20seus%20dados%20na%20internet,risco%20vo c%C3%AA%20e%20sua%20fam%C3%ADlia.)> Acesso em: 03 de Nov. de 2022.

TEMER, M. (14 de Agosto de 2018). **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018.** Fonte: Planalto.gov: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em: 20 de Nov. de 2022.

CAMPBELL, SHAWNA M., & et.al. (Junho de 2020). **Unique associations of social média use and online appearance preoccupation with depression, anxiety, and appearance rejection sensitivity.** Fonte: ScienceDirect:

<<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1740144519303158>> Acesso em: 12 de Março de 2023.

ASSOLINI, F. (2020). **Um em cada cinco brasileiros sofreu tentativa do golpe de “pescaria digital” em 2020.** Fonte: FEBRABAN Tech: <<https://febrabantech.febraban.org.br/temas/seguranca/um-em-cada-cinco-brasileiros-sofreu-tentativa-do-golpe-de-pescaria-digital-em-2020>> Acesso em: 05 de Março de 2023.

FELICIO, P. (2022). **Cibersegurança no contexto da proteção de dados.** Fonte: Monografias Brasil Escola: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/ciberseguranca-no-contexto-da-protacao-de-dados.htm>> Acesso em: 16 de Abril de 2023.

NEEDLEMAN, SARAH E. (27 de janeiro de 2021). **Anúncios no Facebook dão receita recorde à gigante das redes sociais.** Fonte: FOLHA DE S.PAULO: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/01/anuncios-no-facebook-dao-receita-recorde-a-gigante-das-redes-sociais.shtml#:~:text=Empresa%20registra%20receita%20de%20US,do%20%C3%BAltimo%20trimestre%20de%202019>> Acesso em: 12 de Março de 2023.

EUROPEAN, C. E. (25 de Maio de 2022). **Data protection in the EU.** Fonte: European

Commission: <https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_en> Acesso em: 26 de Abril de 2023.

ANPD, E. (27 de Fev de 2023). **Autoridade Nacional de Proteção de Dados**. Fonte: gov.br: <[https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-regulamento-de-dosimetria#:~:text=Advert%C3%A2ncia%3B,cinquenta%20milh%C3%B5es%20de%20reais\)%3B](https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-regulamento-de-dosimetria#:~:text=Advert%C3%A2ncia%3B,cinquenta%20milh%C3%B5es%20de%20reais)%3B)> Acesso em: 15 de Março de 2023.

BARBOSA, B., et.al. (30 de Outubro de 2020). **Pesquisa mostra que plataformas fazem pouco para combater fake news**. Fonte: Carta Capital: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/pesquisa-mostra-que-plataformas-fazem-pouco-para-combater-fake-news/>> Acesso em: 23 de Out. 2022.

SUZUKI, S. (28 de março de 2022). **O que WhatsApp, Telegram, TikTok, Facebook e YouTube prometem fazer contra fake news nas eleições**. Fonte: BBC NEWS Brasil: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60896482>> Acesso em: 23 de Out. 2022.

GUARIENTO, D. B., & MARTINS, R. M. (24 de Março de 2023). **Caminho aberto para aplicação de penalidades com base na LGPD: aprovada a dosimetria das sanções administrativas**. Fonte: Migalhas: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/impressoes-digitais/383570/caminho-aberto-para-a-aplicacao-de-penalidades-com-base-na-lgpd>> Acesso em: 26 de Abril de 2023.

GUARIENTO, D. B., & MARTINS, R. M. (04 de Nov. de 2022). **ANPD lança guia orientativo sobre a utilização de cookies**. Fonte: Migalhas: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/impressoes-digitais/376505/anpd-lanca-guia-orientativo-sobre-a-utilizacao-de-cookies>> Acesso em: 26 de Abril de 2023.

GUARIENTO, D. B., & MARTINS, R. M. (02 de Set. de 2022). **Ainda dá tempo de preparar sua empresa para as regras da LGPD?**. Fonte: Migalhas: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/impressoes-digitais/372780/ainda-da-tempo-de-preparar-sua-empresa-para-as-regras-da-lgpd>> Acesso em: 26 de Abril de 2023.

CALDAS, A. L. (30 de Março de 2023). **Especialistas alertam para falhas na proteção de dados na Internet**. Fonte: Agência Brasil: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-03/marco-civil-da-internet-e-insuficiente-para-evitar-fake-news>> Acesso em: 26 de Abril de 2023.

MONTEIRO, R. L., et.al. (06 de Set. de 2019). **LGPD e Fintechs: um novo cenário para compliance digital**. Fonte: baptistaluz: <<https://baptistaluz.com.br/lgpd-fintechs-compliance-digital/>> Acesso: 26 de Abril de 2023.

GOV, E. (30 de Abril de 2021). **Direitos do(a) Titular**. Fonte: gov.br:

<<https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acao-a-informacao/lgpd/direitos-do-titular>>
Acesso em: 15 de Out. de 2022.

MELO, MATHEUS. (08 de junho de 2021). **Dos Crimes de Invasão e Vazamento de dados, frente à Legislação Brasileira.** Fonte: Jusbrasil: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/dos-crimes-de-invasao-e-vazamento-de-dados-frente-a-legislacao-brasileira/1227878101>> Acesso em: 26 de Abril de 2023.

COMPUGRAF, E. (06 de Nov. de 2019). **TUDO sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).** Fonte: Compugraf: < <https://www.compugraf.com.br/tudo-sobre-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd/>> Acesso em: 26 de Abril de 2023.

FERREIRA, THAMYRIS. (27 de Out. 2020). **Empréstimos mediante fraude.** Fonte: Jusbrasil: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/emprestimos-mediante-fraude/1110759923>> Acesso em: 26 de Abril de 2023.

OS DESAFIOS NO PROCESSO DE INCLUSÃO DE SURDOS E DEFICIENTES AUDITIVOS NA EDUCAÇÃO PROFISSIONAL: IGUALDADE DE CONDIÇÕES FRENTE ÀS LEGISLAÇÕES

MATHEUS DE OLIVEIRA SANTANA: Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJ/AM, Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI, Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS em parceria com a Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE-RS e Pós Graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP.¹⁹

RESUMO: Um olhar sobre o contexto nacional mostra que a educação brasileira passa por um novo período de reforma em seus níveis e modalidades, entre elas a Reforma do Ensino Médio. As tensões desse processo são sentidas em diferentes frentes, entre as quais a maneira de como se trata a inclusão das Pessoas com Deficiência Auditiva (PcDA) no processo educativo. Essa perspectiva, também incide em como a formação profissional técnica e tecnológica de nível médio se constitui e cumpre o princípio constitucional de uma educação para todos e com acessibilidade e dignidade para todos. Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar os principais desafios no processo de inclusão de alunos surdos e deficientes auditivos na EPT para que estes tenham acesso ao conhecimento formal no contexto de formação e igualdade de condições frente às legislações. Para atender ao objetivo proposto, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório. Conclui-se que caminhar para inclusão implica, portanto, reduzir as barreiras de diversos tipos que impedem ou dificultam o acesso, participação e aprendizagem de qualidade, com atenção especial aos alunos mais vulneráveis ou desfavorecidos, uma vez que são os que mais se encontram expostos a situações de exclusão e os que mais necessitam de educação, de uma boa educação.

Palavras-chave: Inclusão. Educação Profissional. Legislações.

ABSTRACT: A look at the national context shows that Brazilian education is going through a new period of reform in its levels and modalities, including the Secondary Education Reform. The tensions in this process are felt on different fronts, including the way in which the inclusion of People with Hearing Impairment (PcDA) in the educational process is addressed. This perspective also focuses on how medium-level technical and technological professional training is constituted and fulfills the constitutional principle of education for

¹⁹ E-mail: mo.santana.adv@gmail.com

all, with accessibility and dignity for all. Thus, this article aims to analyze the main challenges in the process of inclusion of deaf and hearing-impaired students in EPT so that they have access to formal knowledge in the context of training and equality of conditions in the face of legislation. To meet the proposed objective, bibliographical research was used as methodology, with an exploratory nature. It is concluded that moving towards inclusion implies, therefore, reducing barriers of various types that prevent or hinder access, participation and quality learning, with special attention to the most vulnerable or disadvantaged students, since they are the ones who are most exposed to situations of exclusion and those most in need of education, a good education.

Keywords: Inclusion. Professional education. Legislations.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO DOS SURDOS NO BRASIL. 3. DEBATE ENTRE OS TEÓRICOS E A LEGISLAÇÃO. 4. DESAFIOS DO PROCESSO DE INCLUSÃO DOS ALUNOS SURDOS E DEFICIENTES AUDITIVOS NA EDUCAÇÃO PROFISSIONAL TÉCNICA 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Educar é processo. É processo ensino-aprendizagem. É processo a interação dos atores educativos (alunos, professores, sociedade). É processo o planejamento, o desenvolvimento e a avaliação de qualquer atividade ou projeto. Ora, a Educação Profissional e Tecnológica (EPT) como uma modalidade educativa (BRASIL, 1996) também se assenta nessa condição: estamos em constante construção e reconstrução dos nossos saberes e práticas. E ainda, estamos em constantes processos e envoltos a complexas interações (MORIN, 2007).

Imerso nessa conjuntura, o século XX demarca junto à educação os fundamentos da inclusão. A Conferência Mundial sobre Educação para Todos ocorrida em 1990 em Jomtien, Tailândia, por exemplo, concebe a educação como direito fundamental (UNESCO, 1990) e sinaliza a necessidade de condições que garantam elementos básicos a partir da inclusão de todos. Nesta ótica, a Declaração de Salamanca, realizada na Espanha em 1994, acentua o direito que todas as pessoas à educação, independente de suas diferenças particulares (ESPAÑA, 1994).

A inclusão como processo atravessa o escopo da educação, a qual no Brasil é compreendida como direito de todos (BRASIL, 1988). Com efeito, tal processo não é linear e nem pacífico uma vez que o termo inclusão traz em sua compreensão uma multiplicidade de entendimentos que se espraiam desde questões que envolvam a vulnerabilidade social até situações neuropsicológicas (CAMARGO, 2017). Para não incorrer nessa situação, o texto em cena, destaca de forma específica a inclusão de crianças com deficiência.

O termo inclusão é, dessa maneira, amplo, dinâmico e complexo. Com foco na definição desse termo, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO destaca inclusão como um processo para responder à diversidade de necessidades dos alunos através de um maior envolvimento na aprendizagem e que implica mudanças e modificações no conteúdo, nas abordagens, nas estruturas e estratégias. Anos depois, essa mesma instituição, completa a definição e aponta que uma escola inclusiva é uma que transforma seu funcionamento e proposta pedagógica para integrar a diversidade do corpo discente, favorecendo assim a coesão social, que é um dos propósitos da educação (ANDRADE et al., 2017).

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a educação inclusiva se trata de um modelo educacional que busca tornar toda a comunidade educativa, desde seu funcionamento até sua gestão, como um processo que responde adequadamente às necessidades e às mais distintas singularidades dos seus alunos (CARVALHO, 2017). Inclusão, portanto, não é apenas o ato de poder matricular o aluno com alguma deficiência em uma turma com “alunos normais”, mas, diz respeito as condições e situações onde a afetividade entre os alunos ocorra de forma positiva, sem ignorar as necessidades, e, consecutivamente, a socialização desses sujeitos (MANTOAN, 2016).

A EPT não pode escapar de tal conjuntura. Seus pressupostos epistemológicos e metodológicos se perfazem no intuito de inserir a formação humana integral, por exemplo, como aspecto que dialoga diretamente entre as expectativas dos sujeitos com as experiências sociais contemporâneas, principalmente “[...] identificando problemas e criando soluções técnicas e tecnológicas para o desenvolvimento sustentável e inclusão social” (PACHECO, 2011, p. 15).

Dessa forma, a formação docente interpõe a contínua necessidade de compreender as nuances teórico-práticas que constitui a educação inclusiva (SILVA, 2014), principalmente, no que diz respeito ao convívio e vivência com alunos que possuem algum tipo de deficiência. O manejo de diferentes situações, a abertura a uma atitude reflexiva e qualificação profissional contínua estão na base de um exercício docente que lida com as suas diferenças e exerce o respeito mútuo e pratique a cidadania (CARVALHO; CAVALCANTI; SILVA, 2020).

Tais elementos assentam a atuação docente junto aos alunos surdos ou com deficiência auditiva. A deficiência auditiva é uma perda da habilidade de ouvir, em diferentes graus de comprometimento, parcial (deficiência auditiva) ou total (surdez). Conforme preconiza o Decreto 5.626/2005, que trata sobre a Língua Brasileira de Sinais, considera-se [...] pessoa surda aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Libras. E deficiência auditiva a perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz,

2.000Hz e 3.000Hz (BRASIL, 2005, s. p.).

No contexto atual, é reconhecida a importância de considerar a singularidade desses sujeitos para promover um trabalho educacional que contribua efetivamente no avanço da aprendizagem escolar. Sendo a linguagem fator essencial face às necessidades específicas dos surdos, à educação bilíngue norteadas pela Libras como língua majoritária (L1) e a Língua Portuguesa Escrita como segunda língua (L2). Ofertar educação bilíngue é favorecer o desenvolvimento de potencialidades e habilidades desses personagens em um contexto inclusivo.

A inclusão desses sujeitos exige apoio constante e entendimento tácito que as exigências das especialidades técnicas durante a formação e as condições para o exercício profissional podem se tornar ainda mais difíceis, como tantas outras áreas da sua vida social, caso o processo educativo não considere suas especificidades (CARVALHO; CAVALCANTI; SILVA, 2020). Com efeito, não existe uma forma única para organizar uma resposta educacional adequada aos alunos surdos e/ou com deficiência auditiva. No entanto, há consenso sobre a necessidade de um planejamento cuidadoso com base nas características territoriais, no número de alunos, nos recursos disponíveis e na capacidade dos atores educacionais envolvidos nas instituições de ensino.

Assim, diante do exposto, surge a seguinte problemática: Quais os principais desafios no processo de inclusão de alunos surdos e deficientes auditivos na EPT para que estes tenham acesso ao conhecimento formal no contexto de formação e igualdade de condições frente às legislações?

Como objetivo geral do presente artigo têm-se: Analisar os principais desafios no processo de inclusão de alunos surdos e deficientes auditivos na EPT para que estes tenham acesso ao conhecimento formal no contexto de formação e igualdade de condições frente às legislações. Para atender ao objetivo proposto, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório. Por tratar-se de uma revisão de literatura, a pesquisa possui uma natureza de pesquisa básica pois se refere a estudos e pesquisas destinadas a aumentar a base de conhecimento científico.

A primeira seção do trabalho abarca as questões introdutórias, evidenciando o problema, objetivo e metodologia. Na segunda seção, verificam-se os aspectos relativos à evolução da educação dos surdos no Brasil. Na terceira seção, destaca-se o direito à educação do aluno surdo e com deficiência auditiva com base nas legislações vigentes e, na quarta seção, é possível explorar os aspectos relativos aos desafios do processo de inclusão dos alunos surdos e deficientes auditivos na educação profissional técnica.

2 HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO DOS SURDOS NO BRASIL

No início da história da educação especial brasileira, a escola sempre representou uma área de exclusão reservada apenas aos ricos. Juntamente com o processo de democratização, a educação escolar tornou-se obrigatória para toda a sociedade, incluindo pessoas com necessidades educativas especiais e pessoas com deficiência. A partir desse momento, o processo denominado "inclusão" foi iniciado no Brasil (BRASIL, 2005).

A educação especial no Brasil foi realizada através do atendimento especializado de pessoas com deficiência. Assim, propôs-se uma abordagem diferente da educação regular, onde se criaram instituições especializadas, escolas e classes especiais, com base nas diretrizes de normalidade e anormalidade impostas à sociedade brasileira (BRASIL, 2005).

O século XIX foi distinguido por vários eventos históricos na educação de surdos no Brasil e em outros países. No Brasil, a gestão educacional dos surdos começou com Eduard Huet, professor surdo formado pelo Instituto Nacional de Surdos de Paris, França. Imigrou para o Brasil em 1855 para estabelecer uma escola para surdos. Em colaboração com o governo, Huet fundou o Instituto Imperial de Surdos Mudos, a primeira instituição para a educação de surdos no Brasil, hoje denominada Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES), em 26 de setembro de 1857 (ROCHA, 2010). Conhecido como o Dia dos Surdos, este dia foi registrado na história da comunidade surda brasileira sendo celebrada a cada ano desde então.

Mesquita (2017) relatou que a indiferença das famílias brasileiras com a educação das crianças surdas, como elas não sabiam nada a respeito, foi uma das dificuldades encontradas por Huet naquela época. Curiosamente, a metodologia utilizada por Huet baseou-se no método combinado desenvolvido por Charles Michel De L'Épée no Instituto Nacional para Surdos em Paris, no qual combinou o uso de sinais com o francês escrito.

Segundo Lacerda (2018) De L'Épée defendeu a favor da abordagem gestual na educação de surdos no final do século XVIII. Sua opinião baseou-se na observação da comunicação visual gestual entre surdos que foi muito eficiente. De L'Épée desenvolveu um método educativo baseado na língua de sinais da comunidade surda, acrescentando novos sinais aproximando-se estruturalmente o francês. Ele chamou este sistema de "sinais metódicos". A proposta educacional de De L'Épée solicitou que os educadores aprendessem a língua de sinais e a usassem como uma ferramenta para ensinar as línguas faladas e escritas. Para De L'Épée, a linguagem de sinais é linguagem surda natural para desenvolver o pensamento e a comunicação adequados.

Huet deixou o Brasil em 1861 para criar outro instituto para estudantes surdos no México. Rocha (2010) mencionou que o programa de ensino Huet englobava as disciplinas de escrita e leitura do português, aspectos de religião e deveres sociais, incluindo também Catecismo, Geografia, História, Aritmética, Desenho e Contabilidade Comercial.

De acordo com Lacerda (2018), em 1878, no I Congresso Internacional de Educação de surdos realizado em Paris, os surdos obtiveram algumas conquistas como o direito de assinar documentos. Nesse evento, alguns grupos apoiaram a ideia de que a linguagem falada era melhor do que a linguagem de sinais, exceto para crianças onde a linguagem gestual seria importante para elas comunicarem.

Outro evento importante em que o oralismo foi favorecido foi o Congresso Internacional de Professores Surdos realizado em Milão, Itália, em 1880. Como resultado desse congresso, o oralismo foi declarado como o método preferido de instrução para surdos, baseado em uma visão clínica. Honora e Frizanco (2009) descreveram que, a partir desse momento, o método oral de ensino foi adotado em diferentes países europeus, considerando que esta era a melhor maneira de ensinar as crianças surdas na escola. Este congresso foi considerado um evento chave na educação de surdos, pois resultou na retomada da Linguagem Articulada para todas as instituições educacionais, com base no pressuposto de que a linguagem gestual destruirá a capacidade de oralização de surdos (ROCHA, 2010). Mesquita (2017) afirma que as pessoas surdas foram subjugadas às práticas de ouvir as pessoas, tendo de abandonar a sua própria cultura, a sua identidade e sofrido uma "audição etnocêntrica", tendo também de as imitarem.

O oralismo foi escolhido para a educação de surdos em uma tentativa de incluí-los em uma sociedade de audição. Isso se baseou na ideia de que os surdos, apesar de não ter o senso de audição para a percepção da fala, podem se comunicar através da linguagem oral. Este método, amplamente difundido na Europa, recomendou a linguagem oral como uma prioridade para o desenvolvimento integral das crianças. Para a comunicação com pessoas surdas deve ser usada a língua falada usando a via auditiva (treinada) e leitura labial. Heinicke foi considerado o fundador do oralismo e desenvolveu uma metodologia educacional para os surdos, chamada "método alemão" (LACERDA, 2018).

O século vinte é marcado por grandes mudanças na educação de surdos com o aumento do número de escolas para surdos no mundo e abertura de alguns no Brasil, incluindo: 1) Santa Terezinha Instituição (Instituto de Santa Teresa) para as meninas surdas em São Paulo; 2) Escola Concórdia no Rio Grande do Sul; 3) a Escola de Surdos de Vitória; 4) Centro de Audição e Linguagem "Ludovico Pavoni" (CEAL / LP) em Brasília e outros. O método oral foi utilizado na maioria das escolas, incluindo o INES (INES, 2010).

Embora a linguagem gestual tenha sido banida na maioria das instituições educacionais, o ISM continuou usando a metodologia de Abeé De L'Epée até 1901. A partir de 1920, houve também um aumento das instituições relacionadas à educação especial. Mais tarde, durante os anos 1930 e 1947, quando o Dr. Armando Paiva Lacerda foi diretor do INES, desenvolveu a Pedagogia da Muda Seca, que mais uma vez enfatizou

que o método oral era a única forma de incluir os surdos na sociedade (HONORA; FRIZANCO, 2009).

Nos anos 50 e 60, houve a expansão das entidades privadas de educação especial. Da mesma forma, as autoridades públicas aumentaram o número de serviços prestados às pessoas com deficiência, oferecendo, assim, serviços educativos às pessoas com deficiência (CONCEIÇÃO; MARTINS, 2018). Nesse mesmo período, foram criadas as primeiras associações de surdos brasileiros organizadas exclusivamente para surdos que pretendiam disseminar a linguagem de sinais e ajudar na construção da identidade de surdos.

No Brasil, a introdução de pessoas com deficiência, incluindo as pessoas surdas, no sistema de ensino geral foi regulamentada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). 4.024 / 61 (Brasil, 1961). Esta lei tinha como um dos seus objetivos garantir "onde é possível" o direito do "excepcional" a uma educação dentro do sistema regular de ensino. Posteriormente, a Lei nº 5.692 / 71 (Brasil, 1971), que regula a lei acima, levou à segregação educacional de pessoas com deficiência, definindo o "tratamento especial" para alunos com "deficiências físicas e / ou mentais, atraso de idade e os superdotados". Ambas as leis não conseguiram realizar o ajustamento regular do sistema escolar para iniciar o processo de inclusão, reforçando a manutenção de classes e instituições especiais.

Nos anos 80 e 90, as pesquisas sobre linguagem gestual e a aquisição por crianças surdas haviam sido intensamente iniciadas. Alguns estudos concluíram que a linguagem de sinais pode ser considerada como uma linguagem como as outras, com suas próprias características visual-espaciais e gramática. Além disso, estudos de aquisição de linguagem têm demonstrado que a aquisição de linguagem gestual por crianças surdas ocorre de forma análoga e ao mesmo tempo para a aquisição da linguagem falada por crianças ouvintes (MESQUITA, 2017).

Historicamente, a Declaração de Salamanca é um resultado da Conferência Mundial sobre Educação de Necessidades Especiais em Salamanca, Espanha, em 1994. Foi um instrumento no processo de inclusão de pessoas com deficiência no sistema educacional regular. De acordo com Fernandes e Moreira (2017), no período após a Declaração de Salamanca em 1994, estudos sobre a Educação Inclusiva surgiram internacionalmente. A Educação Inclusiva se tornou uma área importante para a pesquisa, portanto, cientistas, estudantes e profissionais nas áreas de educação e saúde têm se aproximado dela. Isso resultou em uma profunda reflexão sobre a educação de indivíduos com necessidades educacionais especiais e influenciou o desenvolvimento da LDB no Brasil (BRASIL, 1996).

Em uma perspectiva de Educação Inclusiva, a proposta é entender a sala de aula como um ambiente heterogêneo que deve ser conduzido com várias e diferentes

estratégias de ensino e aprendizagem. Para Mantoan (2016), a divisão lógica entre alunos "normais" e "deficientes" e os tipos de ensino nas aulas "regulares" e "especiais" baseiam-se numa visão determinista, mecanicista, formalista e reducionista com a própria ciência moderna, movimento que ignora o subjetivo, o afetivo, sem que não pudéssemos romper com o modelo da velha escola para produzir a reviravolta exigida pela inclusão. No artigo 24º também está garantida a chance de se desenvolver em cursos e séries através da avaliação da aprendizagem. Em geral, a LDB atual diz que os professores devem apresentar habilidades adequadas em nível médio ou superior para cuidados especializados e educação. Os professores regulares devem ser treinados para promover a integração desses alunos em aulas regulares (BRASIL, 1996).

Em 2002, a Língua Brasileira de Sinais (Libras-Língua Brasileira de Sinais) é reconhecida como a língua oficial da comunidade surda pela Lei nº 10.436/ 02 (BRASIL, 2002), que destaca o dever do governo de garantir o uso e divulgação de Libras como linguagem de iniciação para comunidades surdas no Brasil. Na verdade, essa lei foi resultado da luta da comunidade surda, que agora é reconhecida como cidadãos e membros de uma cultura surda e não como deficientes.

Ainda com o objetivo de promover a educação de surdos, o Decreto nº 5.626 / 05 (Brasil, 2005), que regula a Lei nº 10.436 / 02, pretende garantir: 1) a inserção de Libras como disciplina obrigatória em cursos de formação de professores de nível médio e superior, 2) o Português como segunda língua na educação de alunos surdos, 3) a presença de professores e intérpretes de Libras na sala de aula, e 4) a garantia de um serviço orientado para crianças surdas com necessidades educativas especiais não só dentro da sala de aula, em um tempo complementar em salas de aula de recursos após as classes regulares.

No Brasil, a Resolução nº 4 de 2009 (Brasil, 2009) fornece instruções para a formação contínua de pessoas com deficiência, transtornos do desenvolvimento e/ou alta habilidade/superdotação. De acordo com esta resolução, os alunos com deficiência devem estar matriculados no sistema escolar regular e no Serviço Educacional Especializado (SEE), que pode ser oferecido em uma sala de recursos multifuncionais de uma instituição de ensino. Outras opções incluem "centros de serviços educacionais especializados de instituições públicas ou comunitárias, organizações religiosas ou filantrópicas sem fins lucrativos".

Há uma expansão das diretrizes que complementam o caráter da educação especial que assegura o complemento à educação. No entanto, há uma regressão do processo de inclusão quando a resolução nº 4 oferece a possibilidade de associar a instituição de ensino regular aos Centros de Serviços Especializados de Educação Pública Especial. Isso permite

que o sistema escolar regular brasileiro mantenha sua capacidade insuficiente de frequentar esses alunos.

3 DEBATE ENTRE OS TEÓRICOS E A LEGISLAÇÃO

A Constituição Federal estabelece o acesso à educação por pessoas com deficiência no artigo 208, que instrui o Estado a assegurar cuidados adequados para eles. As disposições são as seguintes:

Art. 208. O dever do Estado em relação à educação será efetivado por garantia: (...)

III - educação especial disponível para pessoas com deficiência, preferencialmente no âmbito da educação regular (BRASIL, 1988).

Esta regra é repetida no artigo 54, parágrafo III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De fato, as pessoas com deficiência devem receber uma educação tão próxima quanto possível daquilo que está disponível para outras pessoas, sendo apenas removido disso se impedido pela deficiência: uma pessoa com deficiência auditiva não receberá uma tarefa que dependa de audição, uma pessoa com deficiência visual não será convidada a realizar tarefas que necessitem de visão, uma pessoa paralisada não será chamada para realizar atividades físicas que exijam exercer força sobre o membro que é deficiente e assim por diante.

A atual Lei de Diretrizes e Bases (LDB) representada pela Lei nº. 9.394 / 96, no artigo 4, recomenda o "atendimento especializado" dos alunos com necessidades especiais "preferencialmente" no sistema escolar regular. No artigo 59, informa que devem ser fornecidos currículos, métodos, técnicas, recursos educacionais e organização específica para atender a essas necessidades específicas do público, especialmente aqueles que não podem atingir o nível especificado para a conclusão da escola primária, em virtude de sua deficiência e Aceleração para conclusão em programa de menos tempo escolar para dotados (BRASIL, 1996).

A inclusão educacional tornou-se o foco principal do debate internacional sobre as políticas públicas em educação, alcançando consenso internacional na definição proposta pela UNESCO (2007), em torno de oferecer oportunidades de aprendizagem equivalentes, independentemente de sua origem social e cultural e suas diferenças de habilidades para alunos com necessidades educacionais especiais.

Mantoan (2016) salienta que a evolução dos serviços de educação especial mudou-se de uma fase inicial, marcadamente orientada para a assistência, visando apenas bem-estar da pessoa com deficiência para uma segunda fase em que o os aspectos médicos e

psicológicos foram prioritários. Depois disso, chegou à instituições de educação e, em seguida, a integração de educação especial no sistema escolar. Hoje, finalmente, a educação especial chega com a proposta de total inclusão incondicional de estudantes com deficiência nas salas de aula de escolas regulares.

De acordo com Machado e Cazini (2019), o significado final a respeito de inclusão escolar é de difícil entendimento, pois não se restringe apenas à inclusão dos alunos com necessidades especiais em diferentes aspectos, mas de todos os alunos no processo de ensino-aprendizagem. Mas o significado não é o que deve interessar a ninguém, mas o processo da mesma, o que é ainda mais complicado, mesmo se for explicado por qualquer juiz ou pessoa que tenha tal conhecimento. Inclusão é muito mais que uma política, ela é uma caminhada longa, com seus obstáculos e barreiras, onde, em muitos momentos, nada irá fazer sentido, se não estiver focado no propósito final, pois tem como recompensa a reconstrução de um mundo ideológico e preconceituoso para um mundo humanizado e ajuizado, onde os indivíduos se respeitem, vivam em harmonia e saibam conviver com suas diferenças, onde a escola, por ser o primeiro grupo social, diferente da família, que oferece vivência entre seres diferentes, possa auxiliar na formação de verdadeiros cidadãos, sempre recriando o modelo educacional.

Nesse sentido Saviani (2011) afirma que no Brasil, como em várias partes do mundo, que tem estado na vanguarda da educação inclusiva, é a área de educação especial com seu programa de inclusão escolar que visa fornecer o suporte especializado necessário para aqueles alunos com deficiência intelectual, sensorial e/ou motora ou alguma alteração na comunicação ou comportamento, projetando adaptações curriculares de acordo com o nível de desenvolvimento e potencialidades do aluno em relação ao ensino.

A atenção à diversidade dos alunos em qualquer contexto educacional se materializa no processo de inclusão educacional que é entendido como uma concepção que reconheça o direito de todos a uma educação de qualidade, independentemente de suas particularidades e características que condicionem a variabilidade em seu desenvolvimento e que promova sua integração na sociedade como indivíduos plenos em condições de poder usufruir das possibilidades que ela oferece e contribuir para seu aprimoramento.

Nesse sentido Frigotto (2018) afirma que a inclusão educacional deve partir justamente da possibilidade que a sociedade oferece a cada indivíduo de se integrar nela com direitos iguais, embora com possibilidades diferentes.

Essa abordagem reafirma o valor de minimizar a diferença, a injustiça social e a exclusão de alunos com e sem necessidades especiais, o que é de grande importância no processo de inclusão educacional para estimular e potencializar seu desenvolvimento.

As posições assumidas levam os autores que para a inclusão educacional segundo Saviani (2011), são necessárias transformações relacionadas ao currículo e às normas organizacionais nas quais o professor se comprometa e sua formação seja garantida.

Nesse sentido, Mantoan (2016) propõe usar essa abordagem ao ressignificar o que se entende por deficiência e Necessidades Especiais Educacionais (NEE), para superar o dilema da diferença na educação, permitindo, entre outras coisas: equilibrar o peso dos fatores individuais e sociais na construção de discursos sobre deficiência e NEE e focar no fato de que as capacidades são potenciais, diversas e podem ser desenvolvidas por meio de funcionamento alternativo (ou seja, fazendo a mesma atividade, mas de forma diferente).

Há consenso sobre a necessidade de mudança do modelo de integração, onde o surdo é aquele que se adapta à comunidade majoritária ouvinte, sacrificando suas próprias subjetividades pessoais e culturais, para um modelo de inclusão em que os ambientes social, escolar e familiar sejam aqueles que se adaptam, desenvolvendo imaginários coletivos com atitudes e práticas positivas em relação à diversidade. As experiências indicam que o importante é a capacidade dos sistemas educacionais de encontrar soluções adaptadas às necessidades dos alunos surdos, que permitam seu desenvolvimento linguístico, emocional, social e acadêmico de forma integral. Assim, quando a escola recebe alunos surdos, deve implementar uma série de medidas educativas que ajudem a eliminar barreiras na comunicação, interação social e aprendizagem - organização do apoio, escolha do método de comunicação, utilização de auxiliares interprete de libras, técnicas para audição e comunicação, intervenção de profissionais, adaptação do currículo, uso de estratégias didáticas, etc.

As lacunas existentes entre a política de inclusão e o dia a dia da realidade de alcançar ou acessar educação inclusiva para alunos com deficiência e necessidades educacionais, comprovou que, a partir da CF/88 e LDB, foi possível estabelecer e garantir acesso igual para o público com necessidades especiais à educação e permanência na educação profissional do ensino médio, sendo este, portanto, um importante avanço na educação inclusiva do Brasil.

A medida do sucesso não é se os problemas ainda existem, mas se os problemas são os mesmos. Mudando a cultura da educação, a fim de criar um ambiente inclusivo para todos os estudantes envolve repensar e conceder ideias sobre como a educação é organizada, como os alunos são agrupados, como os recursos são utilizados, decisões são tomadas e o que constitui educação significativamente.

Para educação ser verdadeiramente inclusiva, os professores devem olhar para além da percepção de deficiência e pensar em educação como uma comunidade diversificada de alunos com vários níveis de habilidade. Os educadores também devem olhar além da

realização individual para incluir a avaliação do desempenho do grupo e no sucesso de toda a turma. Para a inclusão se tornar uma realidade, os professores devem mudar a cultura dentro de suas aulas.

4 DESAFIOS DO PROCESSO DE INCLUSÃO DOS ALUNOS SURDOS E DEFICIENTES AUDITIVOS NA EDUCAÇÃO PROFISSIONAL TÉCNICA

Em 1966, o Relatório Coleman intitulado "Igualdade de Oportunidades Educacionais", refletia a importância de eliminar as desigualdades existentes no campo educacional. Este mesmo relatório encorajou colocar o foco na melhoria da educação de grupos minoritários para que eles pudessem se integrar. Coleman em 1968 apontou que a situação socioeconômica e cultural das famílias são fatores determinantes na educação e que as instituições de ensino, ao invés de corrigir diferenças dessa natureza, as acentua (BROOKE; SOARES, 2008).

O termo "inclusão" foi cunhado pelo relatório Warnock em 1978. Esse conceito nasce do modelo de deficiência e considera que meninos e meninas são diferentes entre si. Mas não é até 1988, quando este termo foi introduzido na Carta Magna do Brasil estabelecendo o acesso à educação por pessoas com deficiência no artigo 208, que instrui o Estado a assegurar cuidados adequados para eles.

Desde 2000, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolve estudos sobre as competências adquiridas pelos alunos que estão prestes a completar a escolaridade obrigatória; os conhecidos relatórios do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA), realizados a cada três anos, oferecem informações importantes sobre a qualidade dos sistemas educacionais e a formação do capital humano, fator determinante no progresso das sociedades. Os alunos desta prova realizam testes não só de conhecimentos, mas também preenchem um questionário exaustivo relacionado com o seu ambiente familiar, hábitos de estudo, atitudes e motivação, de forma a obter informação sobre os resultados com base em variáveis econômicas, demográficas e sociais, capazes de desenhar políticas de melhoria que favoreçam a inclusão (INEP, 2019).

A educação inclusiva é atualmente considerada como um processo que surge da necessidade individual dos alunos de se sentirem reconhecidos e considerados, num grupo de referência. Sua importância reside na necessidade de alcançar uma aprendizagem de qualidade de acordo com as habilidades dos alunos, aprofundando as intervenções que são mais eficazes para obter uma aprendizagem significativa. Em outras palavras, conforme estabelecido pela UNESCO (2015), estamos diante de uma educação e aprendizagem inclusiva e equitativa de qualidade que é para todos ao longo da vida. Segundo Mantoan (2016), essa ideia está cada vez mais difundida, pois o que se busca é o reconhecimento

das pessoas com suas vulnerabilidades, como seres ativos capazes de se desenvolver em uma sociedade justa que ofereça a todos as mesmas oportunidades.

Como sustenta Andrade (2017), a inclusão educacional baseia-se em três referentes decisivos, como presença, participação e progresso.

Falar de presença implica garantir a participação de todos os alunos nas experiências de aprendizagem propostas em sala de aula. A participação é definida como a possibilidade de todos os alunos fazerem parte de todas as atividades previstas, tendo em conta as suas capacidades e potencialidades. Por progresso entendemos a oportunidade dada aos alunos de avançar em seu processo de formação graças às experiências de aprendizagem, que devem ser enriquecedoras e voltadas para o desenvolvimento integral.

Apesar de ser o objetivo das últimas reformas educativas, a sua implementação não é fácil, pois implica a aceitação da diversidade, o repensar de metodologias flexíveis e abertas, agrupamentos heterogêneos e o apoio necessário para facilitar a participação e aprendizagem de todos os alunos.

A inclusão também está dentro da tendência atual em pesquisa e inovação educacional; visando melhorar a prática docente de forma a afetar todos e cada um dos alunos, garantindo assim um ensino de qualidade para todos os alunos (MANTOAN, 2016).

Na década de 90 foi publicada a Política de Integração da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 1999), a qual defendeu a necessidade de prover educação profissional para pessoas com deficiência com o objetivo de favorecer seu ingresso no mercado de trabalho, mas também registrou uma concepção restrita de formação exclusiva para uma atuação profissional específica, de forma desvinculada da formação geral/básica e segregada da educação profissional geral (BRASIL, 1999).

Em 2002 desencadeou-se, no país, uma grande expectativa de discussão sobre os rumos do Ensino Médio Técnico, por parte da sociedade. Como demonstra Arruda (2006), um dos grandes diferenciais foi permitir que as Escolas Técnicas passassem a ofertar o Ensino Médio Técnico de forma integrada com o Ensino Médio, que veio a ocorrer por força do Decreto nº 5.154, de 23 de julho de 2004.

Posteriormente, por meio da Lei nº 11.892, de 29 de dezembro de 2008, é instituída a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, paralela ao sistema básico de ensino, da qual fazem parte os Institutos Federais, que oferecem desde cursos básicos até aqueles de pós-graduação.

No entanto, apesar da criação dos Institutos Federais de Educação Ciência e Tecnologia ter ocorrido num momento onde já se discutia sobre a importância da inclusão de alunos com deficiência no ensino regular, a ampliação e reserva do número de

matrículas passou a ser formalmente garantida na rede federal, pela Lei n.º 13.409, somente no ano de 2016, por meio de uma alteração na Lei n.º 12.711/2012 que previa a reserva de vagas nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio somente para pretos, pardos e indígenas. Tendo após sua alteração a disposição de cotas estabelecidas também para pessoas com deficiência, conforme texto a seguir:

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

[...] Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE (BRASIL, 2016).

Antes disso, leis estaduais certificaram a garantia da reserva de vagas, porém nem todas contemplavam os estudantes com deficiência como, por exemplo, os Estados do Rio Grande do Norte, Lei Estadual n.º 8.258/2002, que previa a reserva de vagas definindo como critério apenas ter estudado em escola pública; e Amazonas, Lei n.º 2.894/2004 onde a reserva dependia de comprovação de ter estudado os três últimos anos do ensino médio em escolas públicas ou privadas no Estado. No entanto, em Minas Gerais e no Rio de Janeiro as leis estaduais de cotas previram expressamente a reserva de vagas para pessoas com deficiência pelas Leis n.º 15.259/04 e n.º 4.151/03 respectivamente, esta última reafirmada pela Lei n.º 5.346/08, evidenciado a falta de consenso e unificação dessas políticas no país.

Portanto, verifica-se que há legislação consistente acerca da inclusão na EPT e que se consolidam com o tempo.

A efetivação do direito à educação requer a garantia de que todos os meninos, meninas e jovens tenham, em primeiro lugar, o acesso à educação, mas não uma educação qualquer, mas sim uma educação de qualidade com igualdade de oportunidades. Segundo

Machado e Cazini (2019), caminhar para inclusão implica, portanto, reduzir as barreiras de diversos tipos que impedem ou dificultam o acesso, participação e aprendizagem de qualidade, com atenção especial aos alunos mais vulneráveis ou desfavorecidos, uma vez que são os que mais se encontram expostos a situações de exclusão e os que mais necessitam de educação, de uma boa educação.

O Brasil avançou na modificação de suas leis visando um modelo mais inclusivo diante da diversidade cognitiva e funcional, adotando leis e decretos sobre inclusão de alunos com necessidades educacionais especiais (NEE) nas escolas regulares, especialmente as EPTs. Em relação à surdez especificamente, a literatura aponta um correlato no direito internacional no reconhecimento do direito dos surdos de receber educação bilíngue (Congresso de Hamburgo) e tratamento justo e inclusivo (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência).

No entanto, não existe uma única forma ou contexto para organizar uma resposta educacional adaptada às necessidades dos alunos surdos e/ou deficientes auditivos. No entanto, há consenso sobre a necessidade de um planejamento cuidadoso com base nas características territoriais, no número de alunos com deficiência auditiva, nos recursos disponíveis e na capacidade de agência dos atores educacionais envolvidos nas instituições de ensino.

5 CONCLUSÃO

A inclusão está acontecendo em todo o país. Talvez não na medida em que ocorre nos países que possuem maiores recursos econômicos. É verdade que é conveniente implementar as novas concepções que se desenvolvem na educação, mas nas abordagens locais, em vez de se referir a conceitos como integração, normalização ou inclusão, é necessária uma descrição completa das conquistas, colocando os esforços em um contexto abrangendo as formas das necessidades dos alunos, abordando-as de forma integral e destacando ações para uma melhor qualidade de vida.

A partir dessas ideias, determina-se que o alcance da pesquisa sobre inclusão na educação especial é considerável, desenvolvendo filosofia, conceitos, descrições teóricas, algumas próprias e outras baseadas nas conclusões levantadas pelas organizações mundiais, mas, no entanto, as limitações a que se referem às experiências na prática educativa onde o campo ainda é pouco explorado ou mais do que isso, pouco exposto, o que não permite avaliar as conquistas na prática docente a respeito disso.

O respeito à diversidade em igualdade de condições e oportunidades é levantado nas legislações referentes à Modalidade de Educação Especial, porém, a tarefa da educação especial como suporte para práticas de integração não é observada nesse discurso.

O processo de integração como modelo educacional precisa de uma mudança e inovação nos centros educacionais regulares, que exigem do indivíduo uma série de requisitos como concentração, aprendizado rápido de novos conteúdos, uso de uma linguagem ampla e adaptação a novas situações, uma exigência que se torna um obstáculo no momento da inclusão de um grupo populacional que tem um funcionamento diferente.

Não basta formular um conjunto de políticas e medidas legais que legitimem os direitos das pessoas com necessidades educativas especiais, é preciso também informar e formar os membros das comunidades educativas para que modifiquem as suas atitudes e tomem consciência da sua responsabilidade para a integração desses alunos para o desenvolvimento de suas potencialidades em um ambiente menos restritivo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. et al. **Teoria e Prática da Educação Especial**. Manaus: UEA Edições, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**, LDB. 9394/1996.

_____. **Decreto nº 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília: DOU, 1999.

_____. **Decreto nº 5.124**, de 23 de julho de 2004. Regulamenta o §2º do art. 36 e os arts. 39 a 41 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e dá outras providências. Brasília: DOU, 2004.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. **Educação Profissional Técnica de Nível Médio Integrada ao Ensino Médio**. Documento Base. 2007. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/setec>. Acesso em: 18 mar. 2023.

_____. **Lei 11.892, de 29 de dezembro de 2008**. Institui a Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica e cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia.

_____. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 18 mar. 2023.

_____. **Decreto 7.234**, de 19 de julho de 2010. Dispõe sobre o Programa Nacional de assistência estudantil - PNAES. Brasília, 2010.

_____. **Lei nº 13.005**, de 25 de junho de 2014. Aprov o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 07 jan. 2023.

_____. **Lei nº 13.409**, de 28 de dezembro de 2016. Altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13409.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

BROOKE, N.; SOARES, J. F. (Orgs). **Pesquisa em eficácia escolar**: origem e trajetórias. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

CAMARGO, E. P. Inclusão social, educação inclusiva e educação especial: enlaces e desenlaces. In.: **Ciência e Educação**, Bauru, v. 23, n. 1, p.1-6, 2017.

CAPOVILLA, F. C. Filosofias educacionais em relação ao surdo, do oralismo a comunicação total ao bilinguismo. **Revista Brasileira de Educação Especial**, 99-110, 2020.

CARVALHO, R. **Educação inclusiva com os pingos nos ís**. – Porto Alegre: Mediação, 2017.

CARVALHO, M.; CAVALCANTI, W.; SILVA, J. Libras e língua portuguesa: línguas que se entrelaçam na educação bilíngue para surdos. **Revista Diálogos**, v. 8, n. 1, p. 318-334, 2020.

CONCEIÇÃO, B. S.; MARTINS, V. R. O. Educação bilíngue de surdos e a possível contribuição da formação em pedagogia: desafios atuais. **Periferia: educação cultura e comunicação**, v. 8, n. 2, p. 66-90, 2018.

ESPANHA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA ESPAÑA – Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. **Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales**: Acceso y calidad. España: Salamanca, 1994.

FERNANDES, S.; MOREIRA, L. C. Políticas de educação bilíngue para estudantes surdos: contribuições ao letramento acadêmico no ensino superior. **Educar em Revista**, n. spe.3, p. 127 – 150, 2017.

FRIGOTTO, G. **Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia: relação com o ensino médio integrado e o projeto societário de desenvolvimento.** Rio de Janeiro: UERJ, LPP, 2018.

HONORA, M.; FRIZANCO, M. L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais, desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez.** São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.

INEP. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Relatório Brasil no Pisa 2018:** versão preliminar. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/documentos/2019/relatorio_PISA_2018_preliminar.pdf. Acesso em: 17 mar. 2023.

INES. **Instituto Nacional de Educação de Surdos.** (2010). O surdo e a história de sua educação. http://www.ines.gov.br/ines_livros/31/31_PRINCIPAL.HTM. Acesso em: 17 mar. 2023.

LACERDA, C.B.F. Um pouco da História das Diferentes Abordagens na Educação dos surdos. **Caderno CEDES**, 19, 6880, 2018.

MACHADO, D.; CAZINI, J. **Inclusão e educação.** Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019.

MANTOAN, M. **Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Editora Moderna, 2016.

MESQUITA, L. S. Políticas Públicas de Inclusão: o acesso da pessoa surda ao ensino superior. **Educação & Realidade**, v. 43 n 1, p. 255 – 273, 2017.

MORIN, E. **Os Sete saberes necessários à educação do futuro.** São Paulo: Cortez, 2007.

PACHECO, E. (Org.). **Os Institutos Federais: Uma Revolução na Educação Profissional e Tecnológica.** Brasília/São Paulo: Santilhana/Moderna, 2011.

REIS, C. Tecnologia Assistiva na perspectiva das professoras de atendimento educacional especializado no sudeste goiano. **Dissertação** (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Regional Catalão, Departamento de Educação, 2014.

ROCHA, S. Memória e História, **A Indagação de Esmeralda.** Coleção de Cadernos Acadêmicos. Editora Arara Azul, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2010.

SAVIANI, D. **Pedagogia histórico-crítica: primeiras aproximações.** 11.ed.rev.— Campinas, SP: Autores Associados, 2011. (Coleção educação contemporânea).

UNESCO. **Declaração mundial sobre educação para todos** (Conferência de Jomtien). Tailândia, 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990>. Acesso em: 17 mar. 2023.

UNESCO. **Declaração de Incheon**: da aprovação à implementação (2015). Disponível em: <https://unesco.org/news/declaracion-incheon-aprobacion-aplicacion>. Acesso em: 16 mar. 2023.

LGPD NO SETOR PÚBLICO: ANONIMIZAÇÃO OU TRANSPARÊNCIA?

BRUNO CRISTIAN FRANHAM:
graduando do curso de Direito da
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis

RODRIGO FRESCHI BERTOLO²⁰

(orientador)

RESUMO: A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é uma legislação brasileira que tem como objetivo regulamentar o tratamento de dados pessoais por parte de empresas e organizações públicas e privadas. A LGPD estabelece diretrizes e regras para a coleta, armazenamento, processamento e compartilhamento de dados pessoais, visando garantir a privacidade e a segurança dessas informações. A lei se aplica a qualquer organização que realize atividades de tratamento de dados no Brasil, independentemente de seu tamanho ou do país de origem. O objetivo deste trabalho é analisar a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no setor público, analisando seus conceitos, aspectos, princípios e fundamentos. Além de fazer um comparativo entre a LGPD e a Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011), referida lei regulamenta o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas, e seu objetivo é promover a transparência governamental, permitindo que os cidadãos tenham acesso a informações sobre as atividades dos órgãos e entidades públicas. Por fim, o estudo busca responder à pergunta tema deste artigo, isto é, se a Lei trouxe anonimização ou transparência aos dados pessoais no setor público. O estudo foi realizado através de pesquisa descritiva bibliográfica, através da revisão da literatura, cuja análise ocorreu principalmente em artigos científicos publicados em revistas com Qualis, disponíveis em meio eletrônico.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Lei de acesso à informação. Setor Público.

ABSTRACT: The General Data Protection Law (LGPD) is a Brazilian legislation that aims to regulate the processing of personal data by public and private companies and organizations. The LGPD establishes guidelines and rules for the collection, processing,

²⁰ graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2013). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2015). Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade Brasil. Atualmente é sócio-proprietário de Escritório de Advocacia e Professor Universitário

processing and sharing of personal data, in order to guarantee the privacy and security of your information. The law applies to any organization that carries out data processing activities in Brazil, regardless of its size or country of origin. The aim of this work is to analyze the application of the General Data Protection Law in the public sector, analyzing its concepts, aspects, principles and foundations. In addition to making a comparison between the LGPD and the Access to Information Law (Law nº 12.527/2011), the aforementioned law regulates citizens' constitutional right of access to public information, and its objective is to promote government transparency, allowing citizens to have access to information on the activities of public bodies and entities. Finally, the study seeks to answer the subject question of this article, that is, whether the Law brought anonymity or transparency to personal data in the public sector. The study was carried out through descriptive bibliographical research, through the literature review, whose analysis occurred mainly in scientific articles published in magazines with Qualis, available in electronic means.

Keywords: General Personal Data Protection Law. Access to information law. Public sector.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; 1.1 Conceito e objetivo; 1.2 Aspectos Gerais da LGPD; 1.3 Fundamentos e princípios; 2. LEI DE ACESSO A INFORMAÇÃO; 3. A LGPD E SEUS EFEITOS NO SETOR PÚBLICO; 4. LGPD NO SETOR PÚBLICO: ANONIMIZAÇÃO OU TRANSPARÊNCIA?; CONCLUSÃO; REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei de nº 13.709/18, conhecida como LGPD, é uma legislação brasileira que estabelece diretrizes para o tratamento de dados pessoais por empresas, organizações e entidades públicas. Aprovada em 2018, a lei entrou em vigor em setembro de 2020 e tem como objetivo principal proteger os direitos fundamentais de privacidade e liberdade dos indivíduos em relação aos seus dados pessoais.

Com a crescente digitalização e os avanços da tecnologia, a coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais tornaram-se atividades comuns e essenciais para muitas organizações, públicas e privadas. No entanto, essa prática também trouxe preocupações relacionadas à privacidade e à segurança dos dados dos indivíduos.

A LGPD surgiu como uma resposta a essas preocupações, estabelecendo princípios, direitos e obrigações que devem ser seguidos pelas organizações que lidam com dados pessoais, buscando ainda, criar um ambiente de confiança, equilibrando a necessidade da utilização dos dados para fins legítimos com a devida proteção dos direitos dos titulares dos dados.

A lei representa um marco importante na proteção da privacidade e dos direitos dos indivíduos em relação aos seus dados pessoais. Com a sua implementação, buscou-se promover uma cultura de respeito à privacidade e à segurança dos dados, incentivando práticas transparentes e responsáveis por parte das organizações que tratam dados pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também se aplica ao setor público, estabelecendo diretrizes e regulamentações para o tratamento de dados pessoais por órgãos governamentais. No contexto do setor público, as organizações governamentais são responsáveis pelo tratamento de uma grande quantidade de dados pessoais, como informações de cidadãos, registros administrativos, dados de saúde, entre outros.

Este artigo, tem como objetivo verificar se a LGPD trouxe anonimização ou transparência aos dados pessoais no setor público.

O estudo do tema é de grande valia já que a lei tem como objetivo proteger a privacidade dos indivíduos e estabelecer limites para o tratamento de seus dados pessoais. Assim, ao entender as obrigações e medidas de segurança exigidas pela lei, o cidadão estará preparado para identificar possíveis riscos e vulnerabilidades em relação ao tratamento de dados pessoais, ajudando-o a tomar medidas preventivas para evitar violações de dados e incidentes de segurança.

A pesquisa bibliográfica para a escrita deste artigo foi conduzida por meio da análise de livros, leis, jurisprudências e debates legislativos relacionados ao tema escolhido. Não foi necessária a utilização de pesquisa de campo. O estudo foi realizado por meio de uma revisão bibliográfica detalhada, explorando recursos bibliográficos disponíveis sobre o assunto.

1 LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

1.1 Conceito e objetivo

A LGPD, sigla para Lei Geral de Proteção de Dados, é uma legislação brasileira que regula o tratamento de dados pessoais por empresas, organizações e entidades públicas. Ela foi inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR, na sigla em inglês) da União Europeia e entrou em vigor no Brasil em 18 de setembro de 2020 (NONES, 2022).

A Lei tem como objetivo principal proteger os direitos fundamentais de privacidade e liberdade dos indivíduos em relação aos seus dados pessoais. Estabelecendo princípios, direitos e obrigações que as organizações devem seguir ao coletar, armazenar, processar e compartilhar dados pessoais.

De acordo com Rodotá (2008), a privacidade na era da informação deverá ser definida pelo direito do sujeito de manter o controle sobre as próprias informações. Nesse sentido, valorizam-se as escolhas pessoais, levando em conta o novo poder que o indivíduo possui sobre o tratamento de seus dados.

A LGPD estabelece que o tratamento de dados pessoais requer o consentimento livre, informado e inequívoco do titular dos dados, salvo em situações específicas em que o consentimento não é necessário.

A lei determina que as pessoas singulares ou coletivas de direito público ou privado tratem os dados pessoais, em que se inclui aqueles contidos nos meios digitais, de forma a proteger os direitos básicos e fundamentais de um Estado Democrático de Direito, como o de liberdade e privacidade, atingindo, diante disso, o livre desenvolvimento das pessoas singulares (SOARES, 2020).

Além disso, a lei impõe responsabilidades às organizações, que devem adotar medidas de segurança para proteger os dados pessoais, promover a transparência no tratamento dos dados e garantir a conformidade com as normas estabelecidas pela LGPD. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) é a entidade responsável por fiscalizar e regulamentar a aplicação da lei.

É importante ressaltar que a LGPD abrange tanto o setor privado quanto o setor público, e todas as organizações que lidam com dados pessoais devem se adequar às suas exigências, sob pena de enfrentarem sanções administrativas, como multas e penalidades.

1.2 Aspectos Gerais da LGPD

A LGPD possui alguns aspectos gerais importantes que serão abordados neste capítulo.

No que se refere a abrangência da lei, a mesma se aplica a todas as empresas e organizações que realizam o tratamento de dados pessoais no Brasil, independentemente do seu porte ou do setor de atuação, além de também se aplicar aos dados pessoais coletados no território brasileiro, mesmo que o responsável pelo tratamento esteja localizado no exterior.

A lei define dados pessoais como qualquer informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável, como nome, endereço, número de CPF, informações de saúde, preferências pessoais, entre outras.

A lei exige que o tratamento de dados pessoais seja baseado no consentimento do titular dos dados. Esse consentimento deve ser livre, informado e inequívoco, e o titular tem o direito de revogá-lo a qualquer momento. No entanto, existem algumas bases legais

que dispensam a necessidade de consentimento, como o cumprimento de obrigação legal, o exercício regular de direitos, a proteção da vida e a execução de políticas públicas.

A LGPD garante aos titulares dos dados uma série de direitos, que incluem o acesso aos seus dados, a correção de informações incorretas, a exclusão dos dados, a portabilidade dos dados para outros serviços, a informação sobre o uso dos dados e a não utilização dos dados para decisões automatizadas.

Por fim, a fiscalização e aplicação da lei são de responsabilidade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão criado pela LGPD em seu artigo 55-A.

Art. 55-A. Fica criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal.

A lei prevê a aplicação de sanções em caso de descumprimento da lei, que podem incluir advertências, multas, suspensão das atividades de tratamento de dados e até mesmo a proibição total ou parcial do exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados.

1.3 Fundamentos e princípios

A LGPD é baseada em uma série de fundamentos e princípios que orientam o tratamento de dados pessoais. Esses fundamentos e princípios são essenciais para garantir a proteção dos direitos e liberdades individuais.

Os fundamentos da lei estão previstos no artigo 2º da Lei nº 13.709/2018.

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.

Verifica-se que a LGPD busca conciliar a proteção de dados pessoais com a livre iniciativa econômica, a livre concorrência e a defesa dos direitos dos consumidores, promovendo um ambiente de negócios saudável e equilibrado.

Além de buscar a proteção da privacidade, garantindo que os indivíduos tenham controle sobre seus dados pessoais e que esses dados sejam tratados de forma adequada, preservando sua privacidade.

Os princípios estão descritos no artigo 6º da Lei, conforme abaixo:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Esses fundamentos e princípios são necessários para estabelecer uma base ética e legal sólida para o tratamento de dados pessoais, garantindo a proteção da privacidade e dos direitos individuais.

2 LEI DE ACESSO A INFORMAÇÃO

O direito à informação é um direito coletivo, previsto no artigo 5º, nos incisos XIV e XXXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que pode ser utilizado tanto para a defesa de interesses pessoais quanto em benefício da comunidade. Embora a lei não especifique essa distinção, ele é amplamente percebido como um direito voltado para o bem-estar coletivo. Tem-se como exemplo, o interesse da sociedade em ter acesso às informações públicas da Administração.

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:

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

De acordo com Viegas (2003), o direito à informação faz parte do conjunto de novos direitos do cidadão, destacando a sua importância na atualidade.

A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) é uma legislação brasileira que garante o direito dos cidadãos de acessarem informações públicas. Foi aprovada em 2011 e entrou em vigor em 2012, tendo como objetivo promover a transparência governamental e fortalecer a democracia.

A lei estabelece que toda pessoa física ou jurídica tem o direito de solicitar informações aos órgãos e entidades públicas, incluindo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

A Lei de Acesso à Informação complementa o direito constitucional de acesso a informação, ao estabelecer as formas de exercê-lo, regulamentando os procedimentos para solicitação, resposta e divulgação das informações públicas.

Os principais pontos da lei são a transparência ativa e passiva, o sigilo e as exceções e a responsabilização.

No caso da transparência ativa, significa que os órgãos e entidades públicas devem divulgar proativamente informações de interesse público em seus sites, como dados administrativos, licitações, contratos, programas e projetos, entre outros.

Segundo Araújo e Marques (2019, p. 4):

O principal aspecto da transparência ativa é o dever de órgãos e entidades públicas, em todos os níveis e poderes, de divulgarem, de forma proativa e voluntária, informações de interesse público por eles produzidas ou custodiadas, em local físico de fácil acesso e em seus sites oficiais por meio da Internet.

Na transparência passiva, qualquer pessoa pode solicitar informações aos órgãos públicos por meio de um pedido formal, que pode ser feito pessoalmente, por carta, e-mail ou outros meios disponibilizados pelo órgão.

Existem exceções ao direito de acesso à informação, como documentos sigilosos relacionados à segurança nacional ou ações de investigação. No entanto, essas exceções devem ser interpretadas restritivamente, prevalecendo o princípio da publicidade.

Quanto a responsabilização, aqueles que negarem ou dificultarem indevidamente o acesso às informações podem ser responsabilizados administrativa, civil e penalmente, nos termos do artigo 32 da Lei nº 12.257/2011.

Portanto, a Lei de Acesso à Informação atua como um instrumento legal que viabiliza e concretiza o direito à informação previsto na Constituição Federal, proporcionando meios efetivos para que os cidadãos tenham acesso às informações governamentais e possam exercer seu controle sobre a administração pública.

A Lei de Acesso à Informação busca promover a transparência, o controle social e o combate à corrupção, permitindo que os cidadãos exerçam seu direito de acesso às informações governamentais.

3 A LGPD E SEUS EFEITOS NO SETOR PÚBLICO

A Lei Geral de Proteção de Dados também se aplica ao setor público, estabelecendo diretrizes e regulamentações para o tratamento de dados pessoais por órgãos governamentais. A lei trouxe importantes implicações para as entidades públicas, que precisaram se adequar às novas exigências.

Uma lei de proteção de dados possui implicações econômicas e políticas internas e externas e não apenas as empresas precisam se adequar, mas também o Poder Público, o que envolve todas as instituições que tratam de dados pessoais (LEMOS; PASSOS, 2021, p. 88).

No contexto do setor público, as organizações governamentais são responsáveis pelo tratamento de uma grande quantidade de dados pessoais, como informações de cidadãos, registros administrativos, dados de saúde, entre outros.

A LGPD estabelece que os órgãos do setor público devem tratar os dados pessoais de forma adequada, respeitando os todos seus princípios fundamentais. Os órgãos públicos devem obter o consentimento dos titulares dos dados, exceto quando existir uma base legal para o tratamento sem consentimento.

A lei também estabelece a necessidade de transparência no tratamento de dados pessoais pelo setor público. Isso implica informar os indivíduos sobre como seus dados

estão sendo coletados, usados e compartilhados, além de fornecer mecanismos para que os indivíduos exerçam seus direitos de privacidade.

Os órgãos públicos devem ter um propósito legítimo para coletar e processar os dados pessoais, devem coletar apenas as informações necessárias para alcançar esse propósito, devem garantir a segurança dos dados e devem adotar medidas para evitar qualquer forma de discriminação ou abuso no tratamento dos dados.

É de responsabilidade dos órgãos públicos, garantir a transparência no tratamento de dados pessoais. Isso implica informar os indivíduos sobre como seus dados estão sendo coletados, usados e compartilhados, bem como, fornecer mecanismos para que os indivíduos exerçam seus direitos de privacidade.

A divulgação de informações públicas deve ser pautada pela relevância e pela inteligibilidade. A informação deve esclarecer adequadamente os seus destinatários, em um nível de detalhamento apropriado. Informações prestadas em linguagem técnica, ou de forma complexa ou desordenada, ou em ato isolado, fora de seu contexto podem ser incompreensíveis para os destinatários, frustrando o exercício do direito à informação e o exercício do controle social (BARCELLOS, 2008).

A LGPD no setor público busca, assim, conciliar a eficiência administrativa com a proteção da privacidade e dos direitos dos cidadãos. Ao adotar práticas de tratamento de dados pessoais em conformidade com a LGPD, os órgãos governamentais podem estabelecer uma relação de confiança com os cidadãos e contribuir para a construção de uma sociedade digital mais segura e respeitosa.

Ademais, a conformidade com a LGPD é fundamental para que os órgãos do setor público evitem sanções administrativas e garantam a confiança dos cidadãos no tratamento de seus dados pessoais.

Da mesma forma que o setor privado precisou passar por uma mudança cultural para adequação dos requisitos da LGPD, o setor público também precisou adotar novas diretrizes de acerto nos seus procedimentos internos.

4 LGPD NO SETOR PÚBLICO: ANONIMIZAÇÃO OU TRANSPARÊNCIA?

Conforme abordado neste artigo, a LGPD é uma legislação brasileira que tem como objetivo proteger os direitos individuais e a privacidade das pessoas em relação ao tratamento de seus dados pessoais, tanto no setor público quanto no setor privado.

Quando se trata do setor público, a LGPD estabelece que o tratamento de dados pessoais pelos órgãos governamentais deve estar em conformidade com os princípios previstos no artigo 6º da Lei.

Quanto à anonimização ou transparência dos dados no setor público, a LGPD não estabelece uma abordagem específica. No entanto, o princípio da transparência é mencionado como um dos princípios fundamentais para o tratamento adequado dos dados pessoais.

Isso significa que os órgãos do setor público devem adotar medidas para garantir a transparência em relação ao tratamento de dados pessoais. Isso inclui informar os indivíduos sobre como seus dados estão sendo coletados, usados e compartilhados, bem como fornecer mecanismos para que os indivíduos exerçam seus direitos de acesso, retificação, exclusão e portabilidade de dados.

Contudo, o acesso à informação é fundamental para o exercício do controle social. O controle social consiste na *"possibilidade de o povo exercer algum tipo de controle não jurídico"* sobre a ação da Administração (BARCELLOS, 2008, p. 81).

O controle social refere-se à participação ativa dos cidadãos na tomada de decisões e na fiscalização das ações do governo e das instituições públicas. Para que os cidadãos possam desempenhar efetivamente esse papel, eles precisam ter acesso às informações relevantes e necessárias para entender as políticas, programas e ações governamentais.

O acesso à informação permite que os cidadãos estejam informados sobre as atividades do governo, incluindo o uso dos recursos públicos, a implementação de políticas públicas, as decisões administrativas, os contratos firmados, entre outros aspectos. Com acesso a essas informações, os cidadãos podem avaliar e monitorar as ações do governo, identificar possíveis irregularidades ou abusos, e atuar de forma consciente e participativa na gestão pública.

Choo (2003, p. 99) afirma que *"A busca da informação é o processo humano e social por meio do qual a informação se torna útil para um indivíduo ou grupo"*.

Além disso, o acesso à informação também contribui para promover a transparência e a responsabilização dos órgãos governamentais. Quando os cidadãos têm acesso aos dados e informações, eles podem cobrar maior transparência dos governantes, exigir prestação de contas e participar ativamente do processo de tomada de decisões.

Nesse contexto, é importante ressaltar que o acesso à informação não se restringe apenas aos dados governamentais, mas também abrange informações sobre políticas públicas, serviços, direitos e demais aspectos que afetam a vida dos cidadãos.

A anonimização dos dados também pode ser uma prática adotada pelo setor público para proteger a privacidade das pessoas. A anonimização envolve a remoção ou

alteração de elementos que possam identificar um indivíduo, tornando os dados irreversivelmente anônimos. Dessa forma, os dados anonimizados não são considerados dados pessoais e não estão sujeitos às mesmas restrições e obrigações da LGPD.

De acordo com Pinheiro (2018, p.44-43): "*o tratamento de dados pessoais deve seguir um propósito certo e funcional, mas que não supere a liberdade de informação e expressão, a soberania, segurança e a defesa do Estado*".

Em resumo, a LGPD no setor público busca conciliar a proteção da privacidade e o direito à transparência.

CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação possuem abordagens distintas, mas complementares, em relação à proteção de dados pessoais e ao acesso à informação no setor público.

A LGPD estabelece princípios e regras para o tratamento de dados pessoais, incluindo os dados pessoais de servidores públicos e cidadãos em geral, com o intuito de garantir a proteção da privacidade e dos direitos dos indivíduos em relação aos seus dados pessoais, estabelecendo limites para a coleta, o armazenamento, o processamento e o compartilhamento desses dados. A LGPD prevê a necessidade de consentimento do titular dos dados ou uma base legal para o tratamento, além de impor obrigações de segurança e transparência às organizações públicas que realizam o tratamento de dados pessoais.

Por outro lado, a Lei de acesso a informação estabelece o direito de acesso à informação no setor público, permitindo que os cidadãos solicitem e obtenham informações de interesse público. Ela promove a transparência e a responsabilização no governo, garantindo que os órgãos públicos forneçam informações claras e acessíveis aos cidadãos. A LAI define as regras e os procedimentos para a solicitação de informações, estabelecendo prazos para a resposta e prevendo exceções quando o acesso à informação pode ser restrito por razões legais.

Quanto à questão da anonimização ou transparência, é importante destacar que ambas as leis têm o objetivo de equilibrar a proteção da privacidade com a necessidade de transparência no setor público.

A LGPD exige que o tratamento de dados pessoais seja realizado de forma adequada e segura, garantindo a proteção da privacidade dos indivíduos. Permitindo a anonimização dos dados pessoais, ou seja, a remoção de elementos que possam identificar uma pessoa, desde que o processo de anonimização seja feito de forma eficaz e irreversível, de modo que os dados não possam ser novamente associados a um indivíduo identificado ou identificável.

Enquanto que a Lei de acesso a informação busca promover a transparência no setor público, permitindo o acesso às informações de interesse público. Estabelecendo ainda, que as informações devem ser divulgadas de forma clara e acessível, permitindo que os cidadãos possam exercer o controle social, fiscalizando as ações governamentais e contribuindo para uma gestão pública mais transparente e responsável.

Portanto, a LGPD e a LAI buscam conciliar a proteção de dados pessoais com a transparência no setor público. Enquanto a LGPD estabelece regras específicas para o tratamento de dados pessoais, a LAI assegura o acesso à informação de interesse público.

Os órgãos do setor público devem adotar medidas para garantir a transparência no tratamento de dados pessoais, ao mesmo tempo em que podem utilizar a anonimização como uma medida para proteger a privacidade das pessoas, desde que seja feita de forma eficaz e irreversível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, L. P. M.; MARQUES, R. M. **Uma análise da transparência ativa nos sites ministeriais do Poder Executivo Federal brasileiro**. Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação, Brasília, v. 12, n. 2, 2019. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/RICI/article/view/9236>>. Acesso em: 30 Mar. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação**. RDE: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v.3, n.12, p.77-105, out./dez. 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 Set. 2022.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 10 Ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 15 Out. 2022.

CHOO, C. W. **A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2003.

LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; PASSOS, Edilenice. **A adequação das bibliotecas à Lei Geral de Proteção de Dados.** Cadernos de Informação Jurídica, Brasília, v. 7, n. 1, p. 85-103, 18 ago. 2021.

NONES, Fernanda. **LGPD: o que diz a lei de proteção de dados e como ela pode impactar a sua estratégia de marketing e vendas.** 2022. Disponível em: <<https://resultadosdigitais.com.br/marketing/o-que-e-lgpd/>>. Acesso em: 15 Mai. 2023.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais – Comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD).** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOARES, Rafael Ramos. **Lei de Proteção de Dados – LGPD: Direito à Privacidade no Mundo Globalizado, 2020** (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

VIEGAS, Weverson da Silva. **O direito à informação como pressuposto para a participação popular no Estatuto da Cidade.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 4/5, n. 4/5, Campos dos Goytacazes – RJ: 2003/2004. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Discente/09.pdf>>. Acesso em: 23 Mar. 2023.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE COMO ATENUANTE INOMINADA DO ART. 66 DO CP: UMA ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

ANNA CAROLINE SERRA DE ÁVILA: Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM)

RESUMO: A Teoria da Culpabilidade foi desenvolvida e apresentada no Brasil através dos estudos de Eugenio Raúl Zaffaroni com a proposta de revelar que a responsabilidade por determinado delito, além de recair sobre o autor do fato, deve também ser compartilhada com o Estado e a sociedade, na medida em que estes deixaram de proporcionar melhores condições de vida a uma certa parcela da população brasileira considerada mais vulnerável. O presente artigo visa realizar uma análise da aplicação da teoria da culpabilidade pelo Tribunal de Justiça do Amazonas, através da proposta da atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal, fazendo um estudo dos fundamentos utilizados pelos desembargadores, assim será utilizado a metodologia bibliográfica e empírica. O problema desta pesquisa é descobrir se a justiça estadual amazonense reconhece a aplicação da Teoria como atenuante inominada do art. 66 do CP. As hipóteses se manifestam pelo não reconhecimento da teoria, pois seria uma forma de "premiação" ao autor do delito no entendimento dos desembargadores, ou o reconhecimento da aplicação da teoria desde que comprovado que houve omissão estatal. Verifica-se a importância da pesquisa a partir da ausência de uma perspectiva regional relacionada ao estado do Amazonas.

Palavras-chave: Culpabilidade. Responsabilidade. Atenuante. Vulnerável. Inominada.

1 INTRODUÇÃO

Desde o início do século XXI, o direito penal tem evoluído com a finalidade de aprimorar e estruturar a aplicação da norma penal de forma humanitária e respeitando as bases e noções do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, surge a Teoria da Culpabilidade sendo ligada intrinsecamente à falha do Estado em cumprir as ideias do contrato social firmado com a sociedade, a qual abdica de sua liberdade, submetendo-se aos ditames, regras e determinações estatais e o Estado, leviatã, garante que defenderá o homem e dará condições para que este se desenvolva. Entretanto, quando o pacto é quebrado, temos uma falha sistemática do Estado, o que motiva o surgimento da teoria da culpabilidade.

O estudo sobre a aplicação da Teoria da Culpabilidade se mostra de suma importância visto que faz parte da argumentação defensiva de várias pessoas que se encontram sob o poder punitivo do Estado. Dessa forma, a culpabilidade surge para denunciar circunstâncias que o próprio Estado deixou de oferecer de forma igualitária e proporcional a todas as pessoas, como o gozo de direitos sociais e econômicos, os quais se encontram expressamente previstos na Constituição Federal de 1988.

A aludida teoria exige que o poder público assuma responsabilidade indireta perante a própria inadimplência e negligência em conceder condições materiais para reduzir desigualdades sociais entre os cidadãos. Ela é principalmente defendida tendo em vista o evidente sistema seletivo do poder punitivo do Estado, nos quais os principais ofendidos tendem a ser aqueles pertencente aos grupos vulneráveis do ponto de vista social e econômico, como: pobres, pretos, pessoas com deficiência, homossexuais, travestis e transgêneros.

Desse modo, essa teoria exigiria do Estado um freio na aplicação da norma, o que ocasiona uma reduzida culpabilidade do ato ilícito praticado pelo agente marginalizado socialmente. Ocorre que, o ordenamento jurídico brasileiro não possui expressa previsão legal para corroborar a aplicação dos conceitos desenvolvidos pela Teoria da Culpabilidade, o que é fruto de um direito penal com viés punitivista, que ignora a onda de ressignificação, bases e princípios trazidos pelos direitos humanos no período pós-2ª guerra, os quais ao serem ignorados atingem notadamente camadas mais vulneráveis da sociedade.

Diante disso, parte da doutrina brasileira tem se inclinado pela recepção dessa teoria na forma da atenuante genérica inominada do art. 66 do Código Penal, o que considerando situações fáticas anteriores de desigualdade material e social que envolvem o acusado de determinado delito, podem levar à atenuação do preceito secundário na segunda fase da dosimetria da pena.

Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é realizar, primeiramente, uma análise histórica acerca do conceito de culpabilidade, apresentando sua origem e evolução histórica, sua relação com os princípios e direitos dispostos na Constituição Federal de 1988 e averiguar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Em segundo momento, e objetivo central desse artigo, analisar-se-á a posição do Tribunal de Justiça do Amazonas sobre a aplicação da culpabilidade como atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, a fim de realizar um estudo num parâmetro mais regional. Para tanto, serão analisados 18 (dezoito) acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Amazonas entre os anos de 2014 a 2022.

Busca-se, portanto, entender o posicionamento do Tribunal de Justiça do Amazonas e os argumentos legais e juri-filósofos utilizados pelos desembargadores para justificar a

aplicação ou a não da Teoria da Culpabilidade, na forma defendida pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni.

2 EVOLUÇÃO TEÓRICA DO ELEMENTO CULPABILIDADE SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS JURÍDICAS

Para uma melhor compreensão acerca do tema da Teoria da Culpabilidade, seu conceito e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário, antes de tudo, entender o elemento da culpabilidade.

A culpabilidade, de acordo com a teoria tripartite do crime, junto com o fato típico e a antijuricidade, integram os elementos que definem o crime à luz de um conceito analítico. Assim, conforme a posição adotada pela doutrina majoritária, tem-se configurado o delito quando o agente pratica uma conduta típica, ilícita e culpável.

No entanto, há um outro conceito analítico de crime, o qual já foi adotado inclusive por Damásio de Jesus, no sentido de que a culpabilidade é meramente um pressuposto de aplicação da pena, não se integrando aos demais elementos que definem o crime, ou seja, o crime seria bipartido, com apenas integrando os seus elementos a conduta típica e antijurídica. Rogério Greco, por outro lado, afasta esse conceito, pois compreende que, assim como a culpabilidade, o fato típico e a antijuridicidade também são pressupostos para aplicação da pena, mas que não deixam de caracterizar o crime (GRECO, 2022).

Nesse mesmo sentido, expõe Cezar Roberto Bitencourt:

[...] podemos afirmar que a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime. Não nos convence o entendimento que foi dominante na doutrina brasileira, no último quarto do século passado, segundo o qual a culpabilidade, a partir do finalismo welzeliano, deveria ser tratada como mero pressuposto da pena, e não mais como integrante da teoria do delito. (BITENCOURT, 2022, p. 1091).

Há ainda doutrinadores como Basileu Garcia e Muñoz Conde que acrescentam aos elementos constituintes do crime, a partir de uma concepção analítica, a punibilidade (TAVARES, 2020, p. 123). Contudo, conforme entende Juarez Tavares, a punibilidade é tão somente a consequência do crime, não elemento definidor deste:

A punibilidade é matéria relativa à imposição da pena e aos seus efeitos. Assim, pode haver delito sem que haja imposição de pena, de modo que baste para o processo criminalizador um juízo de culpabilidade, pelo qual se reconheça o fato, seu autor e a responsabilidade por seu cometimento (TAVARES, 2020, p. 123).

Para conceituar a culpabilidade, no entanto, é necessário realizar um estudo acerca da evolução histórica deste elemento da teoria do crime, a partir de um exame das teorias da culpabilidade: teoria psicológica, teoria psicológico-normativo, teoria normativa pura e, por fim, novas concepções funcionalistas da culpabilidade.

Von Liszt e Beling foram os principais desenvolvedores da teoria psicológica da culpabilidade durante a segunda metade do século XIX, logo após o advento do sistema clássico. Sua contribuição para o estudo da dogmática jurídico-penal foi fundamental, pois estabeleceu um marco histórico ao separar a antijuridicidade da culpabilidade. Assim, através da teoria psicológica, a culpabilidade passa a ser apenas um vínculo psicológico que liga o autor do fato ao ato ilícito, de forma que o dolo e a culpa são vistos como espécies de culpabilidade (BITTENCOURT, 2022, p. 1097).

Considerando a insuficiência da teoria psicológica em abranger todos os fenômenos da culpabilidade, como o caso da culpa inconsciente, Reinhard Frank (1907) desenvolveu a teoria psicológico-normativo a fim de levar a concepção de reprovabilidade ao conceito de culpabilidade, de forma que a culpabilidade, além de significar um vínculo psicológico também seria um juízo de reprovação (BITTENCOURT, 2022, p. 1104). André Estefam (2022, p. 760) explica que para analisar a incidência da culpabilidade deve-se atentar para alguns aspectos, como a imputabilidade do agente, se a sua prática constituiu uma conduta dolosa ou culposa e se, dependendo do caso concreto, é possível exigir conduta distinta.

A teoria normativa pura surge a partir do sistema finalista, com ênfase nas lições de Hans Welzel, que se afastam do conceito psicológico da culpabilidade. Em vez disso, a teoria normativa pura relaciona a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa como elementos fundamentais da culpabilidade (ESTEFAM, 2022, p.760). É a partir do sistema finalista que o dolo e a culpa deixam de ser considerados elementos da culpabilidade, passando a ser entendidos como elementos do tipo, sendo o tipo doloso como elemento subjetivo e tipo culposos como elemento normativo, assim, se não é possível auferir dolo ou culpa, o fato é atípico (JESUS; ESTEFAM, 2020, p. 593).

Além das teorias anteriormente mencionadas, a partir do funcionalismo, foram constituídos outros conceitos de culpabilidade que os relacionam com a ideia de responsabilidade e o fim social da pena, sendo Claus Roxin seu principal expoente, na defesa de uma aplicação de pena que vislumbra uma preocupação com a realidade social do país. Nesses termos, temos nas palavras de André Estefam (2022):

[...] Roxin constrói um conceito material de culpabilidade, não se contentando com a simples constatação de que o agente “podia agir de outro modo” ou, em outras palavras, de que praticou um comportamento reprovável. Além disso, com vistas à imposição de um limite ao poder punitivo do Estado, defende que devem ser constatadas necessidades

públicas de prevenção. Sem estas, muito embora (formalmente) reprovável, o fato não merecerá punição estatal (ESTEFAM, 2022, p. 761).

Günther Jakobs desenvolve o chamado “conceito funcional de culpabilidade” (ESTEFAM, 2022, p. 761), o qual vai de encontro com todos os demais conceitos mais garantistas de aplicação da pena, ao afirmar que a pena é necessária para que os cidadãos não percam a confiança no Direito e na norma violada, mesmo que o agente seja inimputável ou semi imputável. Nesse sentido, esclarece Cezar Roberto Bitencourt:

Esse esvaziamento do conceito material de culpabilidade, com a retirada de referentes valorativos tangíveis e estáveis, apresenta como principal aspecto negativo a excessiva formalização do conceito de culpabilidade, através do qual é possível reabrir as portas do Direito Penal, escancaradamente, à instrumentalização do indivíduo em função das expectativas sociais que são, certamente, difíceis de controlar e limitar a partir de critérios racionais (BITENCOURT, 2022, p. 1166).

A partir da análise desse parâmetro de evolução do conceito da culpabilidade, é possível conceituá-la como o juízo de reprovação que se faz sobre o agente que pratica determinado fato típico e ilícito, no qual é possível exigir-lhe comportamento diferente, tendo como pressupostos a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (QUEIROZ, 2015, p. 361). Entre os fundamentos do estudo da culpabilidade, tem-se que ela é importante para estabelecer uma pena justa, atuando como um limite da imposição da pena, e, também, é importante pois atua na prevenção de novos crimes (BITENCOURT, 2022, p. 1086).

Desse modo, a Teoria da Cculpabilidade desenvolve-se como um novo estudo para analisar a culpabilidade como elemento integrante da teoria do delito, tendo em vista que a teoria normativa pura desconsidera várias situações relevantes socialmente. Nesse aspecto, explica Milleny Lee Cabral Marins (2022):

A insuficiência da culpabilidade normativa para definir elementos objetivos para aferição correta do terceiro elemento do ilícito fez com que a doutrina reelabora-se o conceito de cculpabilidade, com a finalidade de diminuir o caráter seletivo do sistema punitivo. (MARIS, 2022).

É possível inferir, conforme os elementos já exarados a complexidade do elemento culpabilidade nas teorias penais no decorrer dos séculos, com a cculpabilidade surgindo como uma alternativa às arbitrariedades perpetradas pelo Estado-Juiz na aplicação da norma penal. Assim, é fundamental o não desprezo por essa alternativa em face de uma construção penal mais severa, mormente quando o destinatário da norma não detém as mesmas condições isonômicas que os indivíduos com consideráveis construtos financeiros

e econômicos, e que se encontram com maior poder aquisitivo na sociedade econômica brasileira.

3 A TEORIA DA COCULPABILIDADE SOB A ÓTICA DA VULNERABILIDADE SOCIAL

3.1 Origem histórica da teoria da coculpabilidade

Eugenio Raúl Zaffaroni, responsável por desenvolver a teoria da coculpabilidade na América Latina, remete a origem desse instituto a um dos líderes da Revolução Francesa, Jean-Paul Marat, ao afirmar que a referida teoria faz parte da ordem jurídica do Estado Social de Direito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 525).

Além disso, conforme exposto por Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 234), Jean-Paul Marat entendia que o indivíduo não estava obrigado a cumprir as leis da sociedade se esta não retribuísse com a garantia de direitos, visto que quando o Estado descumpriu a sua atribuição, houve o rompimento do contrato social, voltando ao seu estado natural (MARAT, 2008, p. 75):

Numa terra em que tudo é possessão de outro e na qual não se pode apropriar-se de nada, resta apenas morrer de fome. Então, não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar a lei? Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, voltam ao estado natural e quando reclamam à força direitos dos quais não podem prescindir senão para proporcionar-lhes melhorias, toda autoridade que se oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não é mais que um vil assassino. (MARAT, 2008, p. 75).

Outrossim, acrescenta o autor que “a natureza estabeleceu grandes diferenças entre os homens e a fortuna” (MARAT, 2008), e é dever da justiça considerar essas circunstâncias que podem agravar ou atenuar a condição do autor diante do Estado-Juiz.

Dessa forma, é inegável a influência do Iluminismo, movimento ocorrido nos séculos XVII e XVIII, e da Revolução Francesa, em 1789, para o surgimento de um novo Estado, pautado nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, baseado, também, na igualdade dos direitos dos cidadãos e na consolidação do liberalismo político, as quais constituem a origem histórica do princípio da corresponsabilidade estatal (MARÇAL; FILHO, 2011).

Nesse sentido, Grégore Moura (2015, p. 68) defende que a coculpabilidade teve força durante o iluminismo, devido a um individualismo exacerbado, que gerou aprofundamento das desigualdades sociais e o uso do Direito como forma de controlar as classes sociais ditas inferiores. Complementa, ainda, que, segundo Zaffaroni, quanto menor for o estado de vulnerabilidade, maior será o esforço empreendido pelo sujeito, mas

quanto maior for a condição social de vulnerável, menor será a sua atuação para se colocar em vulnerabilidade (2015, p. 135).

Ainda, em relação à proporcionalidade da pena, a pena mais justa seria a de Talião, desde que a sociedade fosse justa, já que a aplicação igualitária da mesma pena a todos os infratores apenas seria justa em uma sociedade em que todos vivessem as mesmas condições, o que não ocorre (GUILHERME, 2019, p. 114).

Assim, percebe-se o construto que a visão reducionista trazida ao ordenamento jurídico pátrio, que a criminalidade é ligada exclusivamente a fatores sociais, posto que, no resultado do crime, outros aspectos incidem. Nestes termos:

A observação mostra que todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições- de um lado, a natureza individual do delinquente, e, de outro, as relações exteriores, sociais e especialmente as relações econômicas que o cercam (VON LIZST, 1899, p.122).

Considerando estes aspectos, é possível perceber que a construção de normas punitivistas no decorrer dos séculos contribuiu para uma construção de estado social falha com indivíduos consideravelmente vulneráveis socialmente. Tais construções refletem como necessária a teoria da coculpabilidade nesse cenário, considerando a falha do estado em proporcionar melhores oportunidades a esses cidadãos.

3.2 A noção da teoria da coculpabilidade e seus reflexos mais a construção de uma sociedade isonômica

A Teoria da Coculpabilidade foi desenvolvida pelos estudos do jurista e magistrado argentino Eugenio Raúl Zaffaroni com a finalidade de trazer uma nova perspectiva acerca do conceito de culpabilidade como elemento do crime, a partir do conceito analítico da teoria do delito.

A Coculpabilidade, de acordo com o jurista em questão, trata-se de compartilhar a responsabilidade do autor de determinado delito com o Estado e a sociedade, tendo em vista que estes deixaram de cumprir com a sua missão constitucional de promover políticas públicas que alcancem a todos de modo proporcional, principalmente aqueles mais vulneráveis do ponto de vista econômico e social.

A teoria deve ser invocada, desta maneira, em certos casos em que o autor do crime teve a sua "autodeterminação" limitada pelo fato de não ter sido contemplado, durante a sua vida, com o gozo de diversos direitos sociais que garantem as mínimas condições a uma vida digna, como o direito à educação, saúde, moradia, trabalho, alimentação, saúde,

entre outros. Nessa acepção, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli defendem que:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarrega-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se fazer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 525).

Percebe-se que a Teoria da Cculpabilidade está relacionada com várias problemáticas sociais que abrangem o país e que se perpetuam com o tempo, fazendo com que uma parcela da população viva à margem da sociedade, encontrando-se sem acesso aos serviços públicos de qualidade que deveriam ser garantidos a todos pelo Estado e sendo, por isso, as pessoas mais suscetíveis a sofrer o poder punitivo do Estado. Dessa forma, expõe Rogério Greco:

A teoria da cculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos.” Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade. (GRECO, 2022, p. 1027).

Para conceituar o instituto da cculpabilidade, André Estefam esclarece que a responsabilidade do crime é compartilhada com o Estado, tendo em vista sua omissão em conceder oportunidades isonômicas na vida do agente delitivo vulnerável:

Por cculpabilidade entende-se o juízo de reprovação feito ao Estado, que seria corresponsável pelo delito, nos casos em que se apurasse não ter fornecido ao agente condições de igualdade e oportunidade mínimas para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. (ESTEFAM, 2022, p. 1150).

O termo cculpabilidade é sinônimo de culpabilidade por vulnerabilidade, posto que o Estado divide a responsabilidade de forma indireta, isso é identificável devido ao prefixo “co”. O sufixo “culpabilidade” traz a noção que o Estado, em razão da sua ausência

em cumprir direitos básicos à população, deve analisar com menor grau de reprovabilidade àqueles que estão em situação vulnerável, desde que tal fragilidade social os tenha levado a perpetrar o fato criminoso (MOURA, 2019, p. 63). Ainda, complementa que tal circunstância não pode inverter ou desprezar o fato criminoso em jogo, busca-se apenas reduzir o grau de sua culpabilidade. Logo, o agente não deixa de ser um criminoso, apenas a análise da sua culpabilidade é realizada com maior parcimônia e cuidado.

Rogério Greco (2011, p. 422), de forma exemplificativa, menciona um caso de possível incidência dessa teoria, sendo a circunstância em que dois indivíduos, que são moradores de rua, realizam relações sexuais embaixo de um viaduto, mas acabam sendo autuados pela polícia pelo art. 233 do Código Penal, crime de ato obsceno. Diante desse fato, o magistrado ao analisar o caso responsabilizaria os dois de maneira atenuada, com base na teoria da coculpabilidade, visto que por serem hipossuficientes e não possuírem condições de ter o seu direito constitucional à moradia plenamente garantido, não seria razoável considerá-lo, de forma isonômica a outros indivíduos que pratiquem o mesmo fato, mas possuem o seu direito constitucional à moradia garantido, ao contrário desses dois indivíduos.

Zaffaroni (2010, p. 259-260) ainda afirma que a culpabilidade vive uma crise de esvaziamento, pois não seria cabível a verificação da culpabilidade sem considerar a seletividade arbitrária que vive o direito penal. É possível notar que essa teoria busca debater a necessidade de um olhar crítico da aplicação do direito penal excludente, bem como a necessidade de incentivar a discussão de uma justiça penal efetiva, que leve em conta o grau de esforço perpetrado pelo autor do fato para, com isso, analisar o grau de punição e o impacto que a vulnerabilidade contribui para a ocorrência do fato (ZAFFARONI, 2010, p. 276).

Ademais, complementa que o risco da ocorrência de um fato criminoso entre pessoas com maior poder aquisitivo é reduzido e isso é inversamente proporcional a aqueles indivíduos que não detém um aparato social que lhe proteja. Outrossim, o referido autor menciona que há dois tipos de fatores para a vulnerabilidade: estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade.

O estado ou posição de vulnerabilidade se refere à posição ocupada pelo indivíduo na sociedade, bem como os estereótipos eventualmente a ele atribuídos. Por sua vez, a culpabilidade pelo esforço resulta do juízo de reprovação autodeterminado pelo agente interligado ao quão próximo da vulnerabilidade aquele agente se encontra (ZAFFARONI, 2010, p. 275).

Por fim, imprescindível ressaltar que a coculpabilidade não legitima a prática de crimes por pessoas hipossuficientes. Na verdade, o que se busca é o reconhecimento de

que tal vulnerabilidade extrema contribui, em algum grau, para a ausência de autodeterminação do agente delitivo (GUILHERME, 2019, p. 130).

Apesar de não ser um princípio explicitamente previsto pela Constituição Federal de 1988, os elementos que caracterizam a coculpabilidade têm seus resquícios defendidos pela Carta Magna em diversos artigos.

De acordo com o art. 3º da CRFB/88, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e promover o bem de todos, sem preconceitos (BRASIL, 1988). Nota-se, contudo, que o poder punitivo do Estado é altamente seletivo, de modo que as pessoas que se encontram em maior grau de vulnerabilidade, em razão de sua cor, raça, etnia, identidade de gênero, orientação sexual e/ou questões econômicas, são as mais propícias a receber toda a força punitivista do Estado. E, é dessa forma, que surge o conceito de coculpabilidade, uma vez que o Estado não desempenha as suas atribuições constitucionais e se omite em proporcionar condições mínimas de vida a uma grande parcela da população.

Além disso, o constituinte originário estabeleceu diversos direitos sociais que devem ser proporcionados pelo Estado, a fim de garantir uma justiça social efetiva, e que todos tenham acesso a serviços públicos de qualidade. Essas prestações positivas, estão, em boa parte, previstas no art. 6º da CRFB/88: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988). A Constituição Federal prevê, dessa forma, certos compromissos para que o Estado realize a concretização de políticas públicas, de forma a atender a toda a população, sem realizar qualquer distinção, e garantir a todos o alcance de seus direitos.

Nesse mesmo sentido, entende o autor Grégore Moura que a coculpabilidade é um princípio constitucional implícito, na forma do art. 5º, §2º da CRFB/88:

Aceitar a coculpabilidade como princípio constitucional implícito ‘obriga’ o legislador a modificar o nosso Estatuto Repressivo principalmente porque, só assim, o indivíduo atingirá a plenitude da cidadania, com o respeito ao devido processo legal e ao direito de justiça, que é elemento essencial para aplicação de todos os demais direitos.

(...)

O reconhecimento do princípio da coculpabilidade é importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto um direito fundamental do cidadão,

mediante sua concretização no Direito Penal e no Processo Penal, tendo como fundamento o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. (MOURA, 2019, p. 113).

O Art. 5ª da Constituição Federal, preleciona que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (BRASIL, 1988). Esse artigo prevê, além da igualdade formal, a igualdade material, noção desenvolvida pelo viés aristotélico em 325 a.c., que visa dar tratamento diferenciado aos que se encontram em posições distintas no estrato social. Rui Barbosa (1997, p. 26) considera que a verdadeira lei da igualdade está nessa perspectiva, ao tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Outrossim, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no art. 1ª, inciso III, da CRFB/88. A interpretação deste axioma exara que o dever estatal prisma em dar o mínimo existencial a um indivíduo de modo que tenha condições materiais a viver dignamente. Nesse sentido, podemos inferir que, ao ignorar o básico aos cidadãos, o estado pode influenciar na capacidade de autodeterminação do agente perpetrador de uma conduta criminosa (GUILHERME, 2019, p. 139-140).

Logo, é possível afirmar que a teoria da coculpabilidade está diretamente ligada aos princípios e direitos fundamentais defendidos pela Constituição, uma vez que evidencia a disparidade de tratamento do poder punitivo estatal, em relação as pessoas que se encontram à margem da sociedade. Dessa forma, a teoria visa reafirmar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, conforme:

A coculpabilidade visa à aplicação do princípio da isonomia em seu sentido material, visto que o tratamento penal não pode ser o mesmo para aqueles (maioria) que não são brindados pela sociedade com as mesmas oportunidades que são conferidas à minoria. (GUILHERME, 2019, p. 21)

Desse modo, uma alternativa para amenizar essas vulnerabilidades latentes seria o uso da teoria da coculpabilidade na proteção dos hipossuficientes e vulneráveis, reconhecendo a incapacidade do Estado em dirimir as exclusões sociais decorrentes da ausência de oportunidades e de não ter realizado a sua inclusão social (MOURA, 2019, p. 92).

3.3 A aplicação da Teoria da Coculpabilidade como atenuante inominada do art. 66 do Código Penal

Há autores que defendem a incidência da referida teoria como circunstância judicial aplicável na primeira fase da aplicação da pena. No entanto, embora prevista no

anteprojeto da reforma do Código Penal, é inócua a sua aplicação nesses moldes, considerando que se a pena base for fixada acima do mínimo legal, as circunstâncias judiciais não poderão trazer a pena aquém do mínimo (MOURA, 2019, p. 12). Tal perspectiva, também viola entendimento sumulado do STJ:

Súmula 231: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (BRASIL, 1999).

Por sua vez, Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 525) sustentam que a coculpabilidade pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro durante a dosimetria da pena como circunstância atenuante genérica de pena, na forma do art. 66 do Código Penal: "A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei" (BRASIL, 1984).

Antes de tudo, o Código Penal estabelece no art. 65 um rol exemplificativo de circunstâncias genéricas que atenuam a pena no momento da dosimetria, mas logo depois, através do art. 66, expõe que outros motivos relevantes podem atenuar a pena. É que, conforme explica André Estefam (2022, p. 1150), é decisão discricionária do magistrado adotar qualquer ato relevante, anterior ou não ao fato criminoso, para atenuar a pena, desde que não se assemelhe ao rol disposto no art. 65 do Código Penal.

Rogério Greco ainda defende que, dependendo da situação fática, além de ser aplicada como atenuante inominada, a teoria da coculpabilidade também poderá levar à absolvição do agente, em razão da exclusão de culpabilidade (GRECO, 2022).

Diante disso, nada impede que o legislador insira mais uma alínea no art. 65, III, do Código Penal, de modo a positivar a aplicação do princípio da coculpabilidade como atenuante genérica. No entanto, tal obrigatoriedade acabaria limitando a liberdade de interpretação do magistrado, posto que o Estado-Juiz detém tal liberdade de analisar o caso concreto (MOURA, 2019, p. 128), embora privilegie o legislador.

Contudo, a posição mais aceita pela doutrina brasileira, e defendida neste trabalho, é de que a coculpabilidade pode ser aplicada como atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, conforme foi proposto por Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 525).

Há ainda autores como Guilherme de Souza Nucci e André Estefam que, apesar de reconhecerem que o Estado pode ser muitas vezes omissivo em proporcionar condições mínimas de vida a determinadas indivíduos, entendem não ser cabível a aplicação da teoria da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro como atenuante inominada, pois acreditam que seria uma forma de justificar o cometimento de delitos:

Essa visão não nos parece a melhor, pois, embora se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, em muitos sentidos, não é por isso que nasce

qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando em fator de atenuação necessária da pena. Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros “coculpáveis” na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal, vulgarizando-a. Esses exemplos narrados podem ser considerados como fatores de impulso ao agente para a prática de uma infração penal qualquer, mas, na realidade, em última análise, prevalece a sua própria vontade, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuante. (NUCCI, 2014, p. 261).

Diante das análises expostas, esse trabalho defende a aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica, considerando que as circunstâncias fáticas e o contexto socioeconômico, influenciam de forma notória para que um agente pratique um delito, devendo ser considerada sua menor culpabilidade durante a dosimetria da pena, considerando seu baixo poder de autodeterminação.

4 A TEORIA COCULPABILIDADE E A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acerca da aplicação da Teoria da Coculpabilidade como atenuante inominada do art. 66 do CP, há divergência entre as posições adotadas pelas Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

A 6ª Turma entende não ser possível aplicar a teoria, pois seria uma justificativa para a prática de crimes. Ainda, argumenta ser uma tese que não foi aceita pela jurisprudência e que não há provas suficientes, que demonstrem serem as condições sociais do agente capazes de o motivarem a perpetração de fatos criminosos, conforme o HC nº 63.251/ES:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.2. Carece de fundamento a negatização da conduta social, motivos, circunstâncias e consequências do crime, quando lastreada em afirmações genéricas, vagas e descontextualizadas, ou quando fundadas em fatos já constitutivos do tipo penal incriminado.3. **Não procede a pretendida valoração favorável ao condenado por omissão estatal na adequada persecução criminal do tráfico, pois co-culpabilidade não é admitida na jurisprudência e porque pretensão de aproveitamento da torpeza própria.**4. A impressão pessoal do julgador, por ocasião do interrogatório do acusado, não serve como fundamento para admitir personalidade desviada, tendente ao crime.5. Feitos

criminais sem condenação não podem motivar o trato negativo da vetorial pertinente aos antecedentes do acusado.⁶ Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas impostas (Grifo nosso).

Por outro lado, a 5ª Turma, no HC nº 411.243/PE, tem admitido a aplicação da Teoria da Culpabilidade na dosimetria da pena através da valoração da atenuante genérica do art. 66 do CP:

ATENUANTE GENÉRICA. ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. COCULPABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. WRIT NÃO CONHECIDO. **1. A atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal pode se valer da teoria da culpabilidade como embasamento, pois trata-se de previsão genérica, que permite ao magistrado considerar qualquer fato relevante - anterior ou posterior à prática da conduta delitiva - mesmo que não expressamente previsto em lei, para reduzir a sanção imposta ao réu;**2. No caso destes autos não há elementos pré-constituídos que permitam afirmar que a conduta criminosa decorreu, ao menos em parte, de negligência estatal, de modo que a aplicação do benefício pleiteado depende de aprofundado exame dos fatos e provas coligidos ao longo da instrução para que se modifique o entendimento da Corte de origem acerca da inaplicabilidade da atenuante. Tal providência, porém, não se coaduna com os estreitos limites do habeas corpus .3. Habeas corpus não conhecido. (HC nº 411.243/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 19/12/2017, grifo nosso)

Analisando os julgados acima, é possível identificar que uma das razões usadas como justificativa para denegar a culpabilidade, é no sentido de que ela não pode ser usada como um escudo por indivíduos que usam da criminalidade como um meio de vida. Outro argumento é que se utilizar da teoria seria uma forma de influenciar a prática de delitos pelos mais vulneráveis.

Por outro lado, diante do que foi averiguado, observa-se que o STJ, embora tenha julgados diversos acerca da temática, reconhece implicitamente a possibilidade de aplicar a teoria caso se comprove que as condições sociais do agente o tenham levado a praticar o fato delituoso. Do mesmo, o tribunal também compreende cabível a aplicação da teoria como circunstância atenuante inominada do art. 66 do Código Penal.

5 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

5.1 Análise Quantitativa

A fim de compreender a posição do Tribunal de Justiça do Amazonas quanto à aplicação (ou não) da Teoria da Culpabilidade e os argumentos defendidos pelos

desembargadores, foram analisados 18 (dezoito) acórdãos proferidos entre os anos de 2014 a 2022.

Para a pesquisa, foram utilizadas as expressões “coculpabilidade” e “cocalpabilidade” em consulta à jurisprudência no *website* do TJAM (<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>).

Dentre os 18 (dezoito) acórdãos analisados, 16 (dezesesseis) foram em sede de apelação criminal, enquanto os outros 02 (dois) ocorreram em processos de habeas corpus e embargos de declaração.

Sobre o órgão julgador, a Primeira Câmara Criminal foi a responsável por proferir 13 (treze) acórdãos relacionados ao tema da coculpabilidade e a Segunda Câmara Criminal responsável pelos demais 05 (cinco) acórdãos.

Acerca do número de decisões proferidas em relação aos desembargadores relatores, em ordem decrescente, tem-se: Sabino da Silva Marques (5); Jomar Ricardo Saunders Fernandes (4); José Hamilton Saraiva dos Santos (3); João Mauro Bessa (2); Jorge Manoel Lopes Lins (2); Carla Maria Santos dos Reis (1); Djalma Martins da Costa (1).

No que diz respeito às Comarcas de origem dos processos, Manaus foi a comarca com maior número de acórdãos sobre o tema, somando 12 (doze) decisões; posteriormente, tem-se Benjamin Constant com 02 (duas) decisões; e por fim, as comarcas de Itacoatiara, Humaitá, Parintins e Iranduba apresentaram somente 01 (uma) decisão.

Dos acórdãos analisados, sobre os casos concretos, a teoria da coculpabilidade foi utilizada na defesa de condenados pelos crimes de tráfico de drogas (4), furto e furto qualificado (4) e roubo e roubo majorado (10).

Com o intuito de ilustrar o número de acórdãos, o ano em que foram julgados, a comarca de origem dos processos e os crimes os quais foram relacionados, apresenta-se a tabela abaixo:

Processo nº	Ano de Julgamento	Comarca de Origem	de Delito
0635256-95.2022.8.04.0001	2022	Manaus	Furto Qualificado

0000611- 08.2015.8.04.4700	2022	Itacoatiara	Tráfico de Drogas
0000198- 51.2017.8.04.4400	2022	Humaitá	Tráfico de Drogas
0242084- 61.2011.8.04.0001	2020	Manaus	Roubo
4006416- 64.2019.8.04.0000	2020	Manaus	Tráfico de Drogas
0660800- 27.2018.8.04.0001	2020	Manaus	Tráfico de Drogas
0253364- 24.2014.8.04.0001	2019	Manaus	Roubo
0604025- 26.2017.8.04.0001	2018	Manaus	Roubo
0642204- 63.2016.8.04.0001	2018	Manaus	Roubo
0004747- 15.2017.8.04.0000	2017	Parintins	Roubo Majorado
0005818- 52.2017.8.04.0000	2017	Manaus	Furto Qualificado
0231323- 29.2015.8.04.0001	2017	Manaus	Roubo

0212151- 67.2016.8.04.0001	2017	Manaus	Roubo
0211220- 64.2016.8.04.0001	2016	Manaus	Roubo Majorado
0002716- 56.2016.8.04.0000	2016	Irlanduba	Roubo
0001000- 91.2016.8.04.0000	2016	Benjamin Constant	Furto Qualificado
0001001- 76.2016.8.04.0000	2016	Benjamin Constant	Roubo
0220759- 93.2012.8.04.0001	2014	Manaus	Furto

Fonte: Tabela elaborada pela autora.

5.2 Análise Qualitativa

A Teoria da Culpabilidade, dentre os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Amazonas e analisados nesta pesquisa, apesar de variados os motivos, não foi aplicada como circunstância atenuante inominada do art. 66 do CP por nenhuma decisão do órgão julgador, seja da Primeira ou Segunda Câmara Criminal.

Há acórdãos que, embora o Relator não considere ser inaplicável a Teoria da Culpabilidade como atenuante genérica inominada, na forma prevista no art. 66 do CP, deixa de reconhecer a sua aplicação em virtude de, no caso concreto, não estar comprovada a situação de efetiva vulnerabilidade social do acusado e, mesmo que venha a reconhecer esse estado, a vulnerabilidade não foi determinante para a prática do delito, principalmente nas situações em que o condenado possui maus antecedentes ou é reincidente, ou não estiver comprovado que o Estado deixou de oferecer as mínimas condições para que o acusado tivesse uma vida digna.

Em contrapartida, há acórdãos em que o órgão colegiado desconhece, desde logo, a aplicação da Teoria da Culpabilidade, em conformidade com entendimento dos Tribunais Superiores, posto que entende ser uma forma de “premiação” ao agente delitivo que escolheu seguir o caminho da criminalidade, bem como considera ser uma forma de estímulo para que o acusado cometa novos crimes.

Há ainda decisões em que se aplica a Súmula nº 231 do STJ, no sentido de que não deve ser admitida a aplicação da Teoria da Culpabilidade como atenuante inominada na segunda fase da dosimetria da pena, tendo em vista que a pena-base já foi fixada no mínimo legal.

Depreende-se que, mesmo nas decisões em que não há a rejeição completa da aplicação da Teoria da Culpabilidade como atenuante inominada do art. 66 do CP, deve-se já estar comprovado nos autos o grau de vulnerabilidade social que se encontra o acusado e que foi conferido a ele desde o seu nascimento, deve-se também demonstrar que a vulnerabilidade social foi condicionante para o cometimento do delito, bem como que o Estado não proporcionou os direitos sociais mínimos ao acusado.

Dessa forma, nota-se a dificuldade de ser reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial, pela justiça estadual amazonense, a Teoria da Culpabilidade, mesmo que evidente a omissão estatal em promover inclusão social de uma grande parcela da população brasileira.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Culpabilidade funda-se na ideia de que o Estado e a sociedade têm uma certa parcela de culpa pelo injusto penal cometido pelo autor que, durante a sua vivência, não foi prestigiado com o alcance de certos direitos sociais mínimos que deveriam ser a ele oportunizados pelo Estado, sendo este o responsável por garantir a efetivação de direitos fundamentais, conforme a Constituição Federal de 1988.

A doutrina se divide quanto à aplicação da Teoria da Culpabilidade no ordenamento pátrio brasileiro. Alguns doutrinadores acreditam que reconhecer a aplicação da Teoria seria uma forma de evidenciar a falha do sistema penal brasileiro, no que diz respeito à ampla seletividade do poder punitivo estatal que escolhe os mais desamparados para cumprir a pena em contraste com os demais que obtiveram do Estado várias oportunidades para usufruir de uma vida digna. Há, no entanto, outro entendimento por diversos doutrinadores no sentido de que reconhecer a aplicação da Teoria da Culpabilidade, mesmo como atenuante genérica inominada na aplicação da pena, seria uma forma de bonificar o autor do ilícito penal, além de estimular o cometimento de mais crimes.

Nesse mesmo sentido, vem sendo adotada pelo Tribunal de Justiça do Amazonas, os seguintes posicionamentos: por um lado, há o entendimento de que a Teoria da Culpabilidade pode ser, de fato, aplicada no ordenamento jurídico brasileiro como circunstância atenuante inominada, nos termos do art. 66 do Código Penal, desde que haja comprovação do grau de vulnerabilidade social vivenciado pelo acusado e de que isso o levou ao cometimento do delito. No entanto, e de forma majoritária, tem-se a posição de que a culpabilidade não é uma teoria adotada pela justiça brasileira, nem mesmo como atenuante inominada, visto que significaria uma forma de o acusado utilizar dessa premissa como um “escudo” para justificar o cometimento de novos crimes.

Assim, é incontestável que o Poder Judiciário Amazonense não sabe lidar com o problema de desigualdade social que assola o Estado, ao utilizar-se de uma perspectiva punitivista e revanchista para punir os perpetrados de um fato típico e ilícito, sem considerar todas as questões sociais que envolvem a prática do injusto penal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/3/67EAF6D4D04FB_Oracao-aos-Mocos.pdf Acesso em: 20 abr. 2023.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de janeiro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 jan. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231. **A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1999]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

COELHO, Ícaro Gomes; SOARES FILHO, Sidney. **A aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal à luz da jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 11, n. 3, p. 1029-1056, 2016.

ESTEFAM, A. **Direito penal. 11. ed.** São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

GASPAR, Marcela Goulart; BAYER, Diego. **Coculpabilidade e a responsabilização do Estado.** In: Temiminós Revista Científica, v. 4, n. 2, p. 109-122, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 6. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade Penal: Uma Questão Social.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral.** 37. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARAT, Jean Paul. **Plano de Legislação Criminal.** São Paulo: Quartier Latim, 2008.

MARÇAL, Fernanda Lira; FILHO, Sidney Soares. **O princípio da co-culpabilidade e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro.** PublicaDireito, 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acesso em: 14 mar. 2023.

MARINS, Milenny Lee Cabral. **A Teoria da Coculpabilidade na Justiça Estadual Mineira: um Estudo Empírico-quantitativo.** Revista Avant, Florianópolis, v. 6, n.1, p. 147-174, junho, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/235762>. Acesso em: 14 mar. 2023.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito.** 2. ed. São Paulo: Tirant, 2020. *E-book*.

VON LISZT, Fran. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro. F. Briguiet e Cia, 1899.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** V.1. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ESTUDO DE CASO: O TRÁFICO DE DROGAS NA COMARCA DE DIANÓPOLIS/TO E SUA RELAÇÃO COM O PERÍODO PANDÊMICO

NAIARA CAVALCANTI PIRES:

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS, Campus Dianópolis /TO²¹

JAQUELINE DE KASSIA RIBEIRO DE PAIVA²²

(orientadora)

RESUMO: O artigo analisa a existência de relação entre a crise sanitária e econômica trazida pela Covid-19 e o tráfico de drogas a fim de verificar se, em razão da pandemia, houve aumento na prática criminosa. Objetiva o exame dos procedimentos criminais disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins e os confrontam com dados gerais para comparação. Foi apresentada a legislação aplicável a essas hipóteses, em especial a incidência da Lei n.º 11.343/2006 no processo penal brasileiro. Os dados utilizados para caracterização do contexto geral foram extraídos da Polícia Federal, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, Departamento Penitenciário Nacional e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública. A pesquisa foi realizada com abordagem qualitativa-quantitativa, por meio do método indutivo. O procedimento foi o estudo de caso com caráter descritivo-exploratório a partir do rol de processos disponibilizados. Além disso, foi elaborado um banco de dados para agrupamento e organização das informações disponíveis de modo a auxiliar na comparação entre os anos estudados (2019 a 2021), e permitir o combate à prática pelos órgãos especializados. Conclui-se que, a despeito da diminuição geral do crime nessa época, ocorreu aumento dos casos de tráfico de drogas noticiados na Comarca a partir de 2020, com nítida relação, embora não exclusivamente, com o período pandêmico e suas implicações.

Palavras-chave: Banco de Dados; Covid-19; Tipos de Sentença; Tráfico de Drogas.

CASE STUDY: DRUG TRAFFIC IN THE DISTRICT OF DIANÓPOLIS/TO AND ITS RELATION WITH THE PANDEMIC PERIOD

²¹. E-mail: cavallarinaiaara@gmail.com

²² Professor do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS, Câmpus Dianópolis/TO.
E-mail: jakpaiva1@hotmail.com

ABSTRACT: The article analyzes the existence of a relationship between the health and economic crisis brought about by Covid-19 and drug traffic in order to verify whether, due to the pandemic, there was an increase in criminal practice. It aims to examine the criminal proceedings made available by the Court of Justice of the State of Tocantins and confront them with general data for comparison. The legislation was applicable to these hypotheses was presented, in particular the incidence of Law n.º 11.343/2006 in the Brazilian criminal procedure. The data used to characterize the general context were extracted from the Federal Police, the United Nations Office on Drugs and Crime, the National Penitentiary Department and the Brazilian Yearbook of Public Security. The research was carried out with a qualitative-quantitative approach, through the inductive method. The procedure was a case study with a descriptive-exploratory character from the list of available processes. In addition, a database was prepared for grouping and organizing the available information in order to assist in the comparison between the years studied (2019 to 2021), and allow specialized bodies to combat the practice. It is concluded that, despite the general decrease in crime at that time, there was an increase in cases of drug trafficking reported in the Comarca from 2020 onwards, with a clear relationship, although not exclusively, with the pandemic period and its implications.

Keywords: Database; Covid-19; Sentence Types; Drug Traffic.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisa a relação da prática do crime de tráfico de drogas na Comarca de Dianópolis, situada no Estado do Tocantins, com a pandemia causada pelo novo coronavírus, dado o contexto pandêmico que alterou o modo como as relações sociais ocorrem, nas quais está abrangido o crime.

Diante das alterações trazidas pela pandemia, surge o seguinte questionamento: houve alteração nos índices quantitativos do crime de tráfico de drogas durante a pandemia da Covid-19 na Comarca de Dianópolis/TO?

O estudo e a compreensão do tema se fazem necessários, visto que é de grande relevância social e profissional para operadores do Direito ao produzir conhecimento técnico especializado acerca do assunto e auxiliar no desenvolvimento de projetos que propõem o combate ao tráfico de drogas na Comarca de Dianópolis/TO, o que será possível a partir da obtenção de dados relevantes como ponto de partida.

Para responder à questão é necessário analisar os processos relacionados à Lei n.º 11.343/06, distribuídos nos anos de 2019 a 2021 na Vara Criminal, de Violência Doméstica e Juizado Especial Criminal de Dianópolis/TO, e, com eles, criar um banco de dados.

No que tange aos objetivos específicos, estes consistem em fazer um levantamento das normas penais aplicáveis ao consumo e comércio de drogas, estabelecer relação entre a pandemia da Covid-19 e a incidência do tráfico de drogas, bem como levantar os dados estatísticos dos processos relacionados à Lei n.º 11.343/06 na Comarca de Dianópolis e compará-los.

Neste estudo foi utilizada a metodologia qualitativa-quantitativa. Segundo Appolinário (2007), a abordagem quantitativa se caracteriza pelo conjunto de técnicas e procedimentos utilizados na sumarização, tabulação, organização e apresentação gráfica de dados.

Já o enfoque qualitativo, de acordo com Coutinho (2014), visa analisar o propósito da ação, estudando-a enquanto inserida em um contexto. Para Teixeira (2013), na pesquisa qualitativa, o pesquisador tem a finalidade de diminuir a distância entre os dados e a teoria.

Para isso, utilizou-se o estudo de caso, procedimento este que consiste em coletar e analisar dados sobre um determinado assunto (CRESWELL, 2014).

Ademais, o presente trabalho tem caráter descritivo-exploratório ante o comparativo de variáveis, de modo que a pesquisa em si possa ser concebida com uma maior compreensão e precisão. Em relação ao método abordado, foi utilizado o indutivo, pois a partir da confirmação das premissas menores pode-se chegar a conclusões gerais (LAKATOS; MARCONI, 2003).

Com a intenção de alcançar os objetivos propostos, este trabalho é estruturado em três seções.

A primeira delas trata de forma sucinta da pretensão punitiva estatal, aborda o sistema acusatório disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aponta alguns dos princípios utilizados no direito processual penal, bem como elucida o processo e o procedimento adotado no Brasil. Ainda salienta os principais apontamentos da legislação especial aplicável ao tráfico de drogas.

O segundo capítulo aborda a existência de relação entre o estado de calamidade pública originado pelo Covid-19 e sua relação com a prática delituosa, em especial com o consumo e tráfico de drogas, baseado em elementos fornecidos por associações e

organizações mundiais voltadas ao levantamento e estudo de dados sobre a apreensão de drogas e sua evolução.

Por fim, na terceira seção são trazidos, explicados e comparados os dados relativos aos procedimentos previstos na Lei Antidrogas conforme sua autuação na Comarca de Dianópolis. A análise dos dados é realizada por meio do recorte entre inquéritos policiais e ações penais, a distinção entre os locais em que ocorreram os delitos, se houve prisão preventiva ou liberdade provisória após o auto de prisão em flagrante eo resultado do julgamento de cada ação penal. O capítulo ainda traz o levantamento da quantidade de processos distribuídos por ano na comarca como mecanismo de comparação se houve acréscimo ou decréscimo na autuação.

Ante o exposto, passa-se a apresentação mais detalhada do desenvolvimento da pesquisa a partir da estruturação mencionada.

2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO TRÁFICO DE DROGAS

Quando o Estado, através do Poder Legislativo, cria leis penais e estabelece as sanções para aqueles que cometerem crimes, surge o direito de punir de forma abstrata, genérica e impessoal. No momento em que alguém pratica um crime, esse direito de punir se materializa e se transforma em um poder de punição concreto, conhecido como *ius puniendi in concreto*.

Dessa forma, nasce a pretensão punitiva, que representa o poder do Estado de exigir que o autor do delito seja submetido às consequências da sanção penal.

Apesar de o Estado ser detentor do direito de punir, não é permitido impor a sanção de forma imediata, sem a realização de um processo regular. Isso garante que a lei penal seja aplicada ao caso específico, seguindo as formalidades estabelecidas por lei e sempre por meio dos órgãos judiciais.

O sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório (CRFB, art. 129, I), o qual se baseia na separação das funções, onde atribui ao Ministério Público a função de acusar, ao Poder Judiciário a função de julgar e às partes a função de defender seus interesses.

O juiz deve ser imparcial na condução do processo, a fim de garantir o cumprimento das normas legais e assegurar os direitos fundamentais das partes.

Ademais, vale mencionar que o sistema acusatório no Brasil sofre influências do sistema inquisitório, principalmente em relação à fase investigativa.

No processo penal há diversos princípios e garantias elencados pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dentre os principais, faz-se necessário destacar, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, o direito ao silêncio, ao contraditório e a ampla defesa, e a irretroatividade da norma penal mais grave.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2021), enquanto o direito de ação regula-se pelo direito de se exigir do Estado o exercício da jurisdição, a ação, por sua vez, é o ato jurídico por meio do qual perfaz a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

A ação penal, disposta no Código Penal (arts. 100 a 106) e no Código de Processo Penal (arts. 24 a 62), é o termo utilizado no âmbito do direito para se referir ao conjunto de medidas e procedimentos que visam apurar a responsabilidade penal de uma pessoa suspeita de ter cometido um crime.

Para que a ação penal seja válida e processada pelo sistema de justiça criminal, é imprescindível a presença das condições da ação que exerce a função de filtro processual.

As condições da ação são analisadas pelo juízo de admissibilidade durante a análise da denúncia ou queixa-crime. Se alguma das condições estiver ausente, a ação penal poderá ser rejeitada ou extinta (CPP, art. 395).

De acordo com a doutrina majoritária, no âmbito processual penal elas subdividem-se em condições genéricas (legitimidade e interesse de agir) e específicas (procedibilidade).

Além disso, o ato praticado pelo acusado deve se enquadrar em uma conduta descrita como crime na legislação penal, o que caracteriza-se a possibilidade jurídica do pedido, bem como a justa causa, consistente na existência de indícios suficientes de autoria ou participação do acusado no crime.

A doutrina costuma classificar a ação penal a partir da legitimação ativa. Dessa forma, há a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação) e a ação penal privada (personalíssima ou subsidiária da pública).

Enquanto o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição, o procedimento é o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo do processo atuar em juízo (LIMA, 2021).

Na esfera penal, o procedimento pode ser comum, os quais se repartem em ordinário, sumário, sumaríssimo ou especial (CPP, art. 394).

A Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas) estabelece um procedimento especial para os crimes relacionados ao tráfico de drogas e uso de substâncias ilícitas. Esse procedimento tem como objetivo agilizar a persecução penal nesses casos, dada a gravidade e o impacto social desse tipo de delito.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, drogas são substâncias capazes de modificar as funções do organismo do ser humano quando introduzidas, alterando o comportamento e a consciência das pessoas.

O parágrafo único do art. 1º, da Lei n.º 11.343/2006 traz o conceito de droga: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

É importante ressaltar que os crimes previstos na Lei de Antitóxicos constituem tipos penais em branco. Portanto, exigem a complementação de outra norma para determinar quais substâncias são consideradas drogas para fins penais.

O ente responsável pela inclusão e alteração da relação de substâncias definidas como drogas é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), por meio da Portaria SVS/MS 344/1998, as quais, de consequência, passam a ser abarcadas e combatidas pela legislação brasileira.

Assim, foi criada a Lei n.º 11.343/06 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, dispondo de medidas para prevenir o uso indevido, bem como para atender e ressocializar os usuários e dependentes de drogas.

Além disso, foram estabelecidas diretrizes para reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de entorpecentes e definições de crimes relacionados.

A criminalização das drogas ilícitas se tornou um importante mecanismo de ampliação do poder punitivo, abrangendo a responsabilização legal dos envolvidos na produção, comércio e consumo dessas substâncias (KARAM, 2013).

Entretanto, para os usuários de drogas, a Lei n.º 11.343/06, regulamentou em seu art. 28, a punição de forma mais branda. Vejamos:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Ademais, “para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (Lei n.º 11.343/06, art. 28, §2º).

A premissa do trabalho é a incidência do tráfico de drogas, o qual é disposto no art. 33, da Lei n.º 11.343/06 e caracteriza-se pelas seguintes condutas:

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.

Cediço que o tráfico de drogas é um dos crimes mais repugnantes do ordenamento jurídico pátrio, do qual se originam diversos outros, como aqueles que deturpam contra o patrimônio e a pessoa.

Outrossim, subtrai do cidadão a capacidade de autogoverno, cria um exército de dependentes químicos, consumidores de drogas e causa nítido abalo na paz social.

Embora o crime de tráfico de drogas não esteja previsto no rol taxativo da Lei n.º 8.072/1990, este é equiparado a crime hediondo ante o tratamento jurídico severo.

Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal (2022), a classificação da narcotraficância como infração penal equiparada a hedionda decorre da previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal:

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;

O rito processual nos casos relativos ao tráfico de drogas encontra-se previsto nos arts. 55 e seguintes da Lei n.º 11.343/06, o qual estabelece a notificação do acusado para oferecer defesa prévia antes do recebimento ou não da denúncia, bem como prevê a fase instrutória e o julgamento.

Nesse sentido, a lei estabelece penas que variam de 5 a 15 anos de prisão, além de multas para os envolvidos no comércio ilegal de entorpecentes, visando combater e desmantelar as organizações criminosas voltadas para essa atividade ilícita.

3. A PANDEMIA E SUA RELAÇÃO COM O TRÁFICO DE DROGAS

Conforme o Ministério da Saúde, a Covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global, sendo reconhecida como pandemia pela Organização Mundial da Saúde em março de 2020.

Com isso, para evitar a disseminação do vírus, os países começaram a impor medidas sanitárias, como o distanciamento social, uso de máscara e álcool em gel e recomendações para trabalhar em casa. No Brasil, foi decretada pelo governo federal a situação de calamidade pública, que permitiu a adoção de medidas extraordinárias para contenção de danos.

Em muitas cidades do país foi determinado pelos respectivos governos a adoção de quarentena e isolamento total, que culminou no funcionamento apenas dos setores essenciais da comunidade e fechamento do comércio, bares, boates, restaurantes e estabelecimentos congêneres.

A saúde pública entrou em colapso com a alta contaminação e conseqüente congestionamento dos hospitais diante da crescente e inesperada demanda de um vírus, até então, sem tratamento adequado.

De se destacar que o consumo e a comercialização de drogas atingem dois dos setores mais impactados com a pandemia: saúde e segurança pública.

Cediço que a utilização de substâncias psicoativas possui forte relação com o ambiente social no qual indivíduo está inserido, de modo que a utilização de drogas é resultado dessa interação entre droga, ambiente e indivíduo (QUEIROZ; ROSENBERG, 2004).

A esse respeito, a mudança de ambiente pôde potencializar, em certos contextos, a prática delitiva, pois os traficantes poderiam se utilizar da prática criminosa sob a prevalência da situação de calamidade pública vivenciada por todos. É dizer: a incidência de um ambiente de caos e enclausuramento domiciliar foi fator determinante para o aumento na criminalidade, pois os indivíduos estavam mais confortáveis para a prática delitiva diante da sensação de impunidade.

Nesse contexto, os níveis de criminalidade foram afetados desde o início da pandemia em muitos países, dentre eles o Brasil. A conjuntura de uma crise facilitar a prática criminosa é de conhecimento, inclusive, do legislador brasileiro.

Isso em virtude da previsão do Código Penal, na alínea “j” do inciso II do artigo 61, de aumento de pena quando um crime for cometido em situação de calamidade pública, circunstância na qual se insere o cenário causado pelo novo coronavírus.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do AgRg no HC 657.673/SP, decidiu à época que “a incidência da agravante do art. 61, II, j, do Código Penal exige demonstração de que o agente se valeu do contexto de pandemia para a prática do delito”. Ou seja, que a circunstância de calamidade pública permitiu ou facilitou o cometimento do crime.

A previsão de aumento abrangeu, além do Brasil, o Estado do Tocantins, o qual, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021), apresentou aumento quanto ao crime de tráfico de entorpecentes em 2020.

Dentre as possíveis causas para o aumento, para além da sensação de impunidade, Soraes e Moraes (2022) defendem que a pandemia gerou perda de renda para a população marginalizada e dificultou o acesso à educação, aos hospitais e também aos direitos básicos, que passaram a ser reduzidos.

Esses fatores, segundo as autoras, trouxeram uma conclusão paradoxal, qual seja, apesar de a circulação de pessoas e mercadorias ter diminuído, a apreensão de drogas aumentou.

O Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2021) confirma essas informações na medida em que, alimentado por dados da Polícia Federal brasileira, relaciona a crise econômica e o aumento da pobreza com o aumento da narcotraficância.

Ademais, o relatório relaciona a saúde mental e permanência por longos períodos em casa, ambos influenciados pelo distanciamento social e o caos mundial na área da saúde, também ligados ao crescimento da mortalidade do vírus, como responsáveis pelo aumento no consumo de substâncias ilícitas.

Ribeiro et al. (2021) também relacionam o aumento da vulnerabilidade econômica e social decorrentes da pandemia com o aumento da criminalidade e dominância do mercado de drogas no território brasileiro.

Contudo, há de se ressaltar que, apesar do aumento da criminalidade, este não corresponde necessariamente ao aumento das prisões dentro de seus limites legais na realidade do combate ao tráfico.

Beier (2022) advoga que muitas das prisões ocorridas em virtude do tráfico de drogas decorre da ausência de elementos concretos aptos a distinguir o usuário e o traficante, dado que a distinção é baseada, principalmente, na destinação da droga, se para uso pessoal (consumo) ou para a mercancia.

Outro fator de destaque é que, diante da necessidade de distanciamento social, ocorreram mudanças nas abordagens policiais durante a crise sanitária, o que pode ter contribuído para uma sensação de impunidade pelos traficantes.

O acréscimo da apreensão de drogas foi tamanha durante os anos que se seguiram à pandemia que os veículos midiáticos, como o jornal BBC News (2020), noticiaram recordes na apreensão. Recordes que nada mais são que reflexos da crise sanitária que envolveu o mundo e mudanças no modo como a traficância era realizada.

Quinderé et al. (2022) trazem, além do tráfico em si, a ampliação do consumo de drogas pelos usuários como forma de minimização do sofrimento e das angústias oriundas da pandemia, bem como a alteração significativa da relação das pessoas com as drogas.

Diante das informações e dados apresentados, verifica-se que houve um aumento do crime no período pandêmico, com especial destaque para as situações que envolvem a mercância e o consumo de drogas.

Isso em razão de a vulnerabilidade econômica, social e sanitária ocorrida nos anos de 2020 e 2021 ter fomentado a demanda, a oferta e a distribuição de drogas, em total oposição à determinação governamental de distanciamento físico para evitar a propagação do vírus.

4. A EVOLUÇÃO DOS PROCESSOS RELACIONADOS AO TRÁFICO DE DROGAS NA COMARCA DE DIANÓPOLIS

Diante do elevado índice de criminalidade, são promulgadas leis com o objetivo de combater essa problemática (SÁNCHEZ, 2013).

Segundo Maria Lucia Karam (2017), um dos principais fatores que impulsionam o crescimento do poder punitivo estatal na sociedade contemporânea é a criminalização de condutas relacionadas às drogas ilícitas.

De acordo com as informações prestadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, referentes ao semestre compreendido entre julho e dezembro de 2020, os crimes imputados na Lei de Antitóxicos no Brasil correspondem a 29,91% da totalidade criminosa. Tal percentual é inferior apenas aos crimes contra o patrimônio (BRASIL, 2021).

No âmbito estadual, no Tocantins, a incidência do tipo penal mencionado foi de 38,94% de todos os crimes praticados, percentual maior que a realidade nacional.

Para realização do presente artigo foi requerido ao Juiz de Direito da Vara Criminal de Dianópolis a autorização e disponibilização de dados referentes aos processos criminais que possuem a autuação relacionada ao tráfico de drogas. Foi solicitado ainda a relação dos processos distribuídos nos anos de 2019, 2020 e 2021, bem como a estatística dos tipos de sentenças proferidas (apêndice A).

Após o deferimento do magistrado (anexo 1), os dados foram fornecidos pela Coordenação de Gestão Estratégica, Estatística e Projetos do Tribunal de Justiça do Estado

do Tocantins, através da Informação Nº 4924 / 2023 - PRESIDÊNCIA/DIGER/COGES/ASEST, no dia 10/02/2023 (anexo 2).

Preliminarmente, o trabalho se resumiu ao levantamento quantitativo dos dados. Após, houve a realização da etapa de análise qualitativa dos processos, a fim de coletar informações.

Foi aplicada a técnica estatística descritiva de dados, com a utilização de planilha para compilação, estruturação e organização dos dados, que possui as seguintes variáveis: vara; competência; processo; data da distribuição; classe; assunto; situação; encaminhamento; e local do fato.

O objetivo da presente pesquisa foi interligar a discussão teórica realizada nos dois primeiros capítulos com um objeto empírico, de forma a ampliar a análise e verificar na prática a aplicação da legislação especial nos processos.

Para identificar e isolar apenas os dados referentes ao tráfico de drogas foi utilizada a ferramenta “filtro” dentro da planilha, a qual, por meios dos assuntos “associação para a produção e tráfico e condutas afins”, “posse de drogas para consumo pessoal”, “tráfico de drogas e condutas afins”, apontou a existência de 230 (duzentos e trinta) processos.

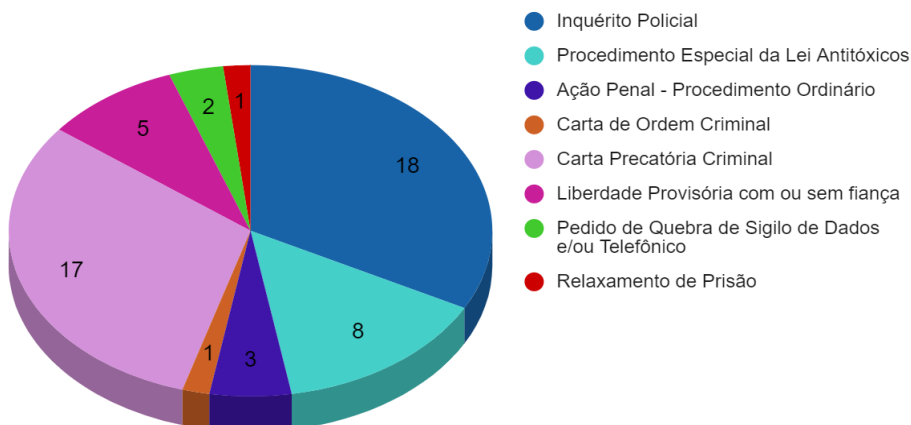
Convém ressaltar que até agosto de 2021, a Comarca de Dianópolis abrangia os municípios de Novo Jardim, Rio da Conceição e Taipas do Tocantins. Todavia, com a desinstalação da Comarca de Almas, que englobava os municípios de Almas e Porto Alegre do Tocantins, estes passaram a fazer parte do distrito de Dianópolis.

É importante salientar que a Comarca possui um total de 39.971 habitantes, conforme aponta o censo de 2021 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Em 2019 foram distribuídos 1.029 (mil e vinte e nove) processos na Vara Criminal de Dianópolis, destes 55 (cinquenta e cinco) possuem relação com o tráfico de drogas e estão subdivididos nas classes: Ação Penal - Procedimento Ordinário, Carta Precatória Criminal, Carta de Ordem Criminal, Inquérito Policial, Liberdade Provisória com ou sem fiança, Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico, Relaxamento de Prisão e Procedimento Especial da Lei Antitóxicos.

Gráfico 1. Classe da ação referente aos processos do ano de 2019

Classe da Ação



Fonte: Própria autora, 2023.

Os inquéritos policiais correspondem a 32,7% do acervo processual, equivalente a 18 (dezoito) processos, dos quais 16 (dezesseis) deles foram instaurados por auto de prisão em flagrante. O Código de Processo Penal conceitua, em seu artigo 302, que a prisão é flagrante é aquela que ocorre nas seguintes condições:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Conforme dispõe o art. 310, do Código de Processo Penal, após receber o auto de prisão em flagrante, será realizada, no prazo máximo de até 24 horas, a audiência de custódia.

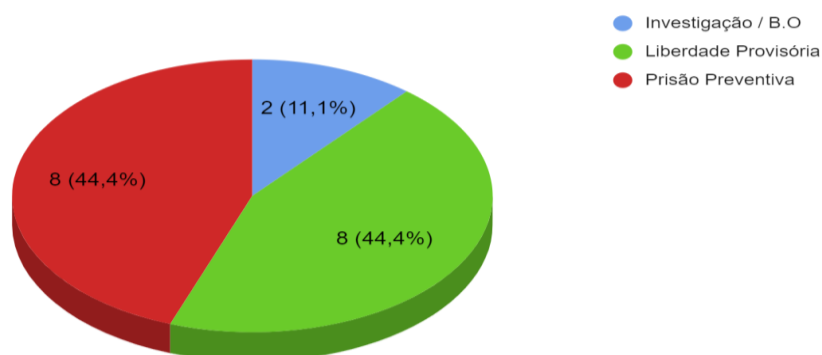
Em sequência à realização da audiência, o juiz deverá relaxar a prisão, se ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 e 313, do mesmo diploma legal; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A partir da análise de cada inquérito policial, constatou-se que metade deles tiveram decisão de concessão de liberdade provisória e, na outra metade, houve a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Os outros 02 (dois) inquéritos foram autuados por registro de Boletim de Ocorrência, a fim de apurar os fatos.

Gráfico 2. Inquéritos Policiais relacionados ao ano de 2019

Inquéritos Policiais



Fonte: Própria autora, 2023.

A conclusão do Inquérito Policial é feita pela Autoridade Policial responsável no prazo de 30 (trinta) dias para réu preso e 90 (noventa) dias para réu solto, por meio de relatório final, conforme preconiza o art. 51, da Lei n.º 11.343/06.

Após seu encerramento, os autos são remetidos ao Ministério Público, que, no prazo de 10 (dez) dias, deve requerer seu arquivamento, requisitar as diligências que entender necessárias ou oferecer denúncia.

Desse modo, foi possível contabilizar que, do acervo analisado, 16 (dezesseis) inquéritos tiveram oferecimento de denúncia e 02 (dois) foram arquivados por ausência de provas.

Pelos processos analisados verificou-se que a maioria envolve apenas um réu, o qual é majoritariamente do sexo masculino. No que se refere à condição da ação policial, grande parte das situações envolve a prisão em flagrante decorrida de operação regular da polícia.

Em 2019, foram distribuídas 11 (onze) ações penais. Ao levantar os artigos que compõem as denúncias oferecidas pelo Ministério Público, constatou-se que 81,8% delas envolve apenas o tipo penal do artigo 33 (tráfico), 9,1% pelo art. 33 em conjunto com o art. 35 (associação) e 9,1% corresponde ao art. 28 (posse de drogas para consumo pessoal).

As sentenças no âmbito criminal possuem alguns requisitos a serem preenchidos, conforme dispõe o art. 381, do CPP. Esses requisitos garantem a adequada fundamentação da decisão judicial diante das provas produzidas em cada caso concreto.

Em relação aos tipos de sentenças, elas se dividem em condenatória e absolutória.

A sentença condenatória, disposta no art. 387, do CPP, é aquela em que se julga procedente a pretensão punitiva estatal, dado o reconhecimento de culpabilidade do réu pelo crime imputado. Nela, é estabelecida a pena a ser cumprida pelo réu de acordo com as circunstâncias judiciais (CP, art. 59).

Já a sentença absolutória, preconizada no art. 386, do CPP, consiste na improcedência da acusação, uma vez que o réu é considerado inocente.

A falta de provas suficientes sobre a autoria ou a materialidade do crime é uma das motivações mais comuns para uma sentença absolutória.

A apreensão de drogas e a constatação da natureza entorpecente da substância por laudo toxicológico são imprescindíveis para demonstrar a materialidade do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343 /2006.

Nesse sentido, há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que considera a falta do laudo toxicológico como motivo ensejador do reconhecimento da ausência de materialidade:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. FALTA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, pacificou o entendimento no sentido de que a falta do laudo toxicológico definitivo implica em absolvição do acusado, por ausência de materialidade do delito, tal como verificado na espécie. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 1167139 GO 2017/0240052-5, Relator: Ministro JORGE

MUSSI, Data de Julgamento: 05/04/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2018)

Em um processo criminal, a acusação deve apresentar provas que demonstrem de forma convincente que o réu cometeu o crime alegado.

Se houver dúvidas razoáveis sobre a autoria do crime (ou seja, se não for possível comprovar de forma inequívoca que o réu foi o autor) ou sobre a materialidade do crime (ou seja, se não for possível comprovar que o crime realmente ocorreu), o juiz pode absolver o réu com base nessa falta de provas.

A presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo* são fundamentais nesses casos, a fim de garantir que o réu não seja condenado sem provas sólidas e conclusivas contra ele.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que se exige a existência de fundada suspeita baseada em um juízo de probabilidade, este firmado em elementos concretos que indiquem a prática delitiva. Veja-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE "ATITUDE SUSPEITA". INSUFICIÊNCIA. INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS INDICATIVOS DA FLAGRÂNCIA. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE NA AUTORIZAÇÃO. FORTE APARATO POLICIAL COM CARÁTER NITIDAMENTE INTIMIDADOR. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS A PARTIR DA BUSCA PESSOAL. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. No julgamento do RHC 158.580/BA, Relator o Ministro ROGERIO SCHIETTI (DJe 25/4/2022), esta Turma fixou entendimento de que devem ser apresentados elementos concretos para que se proceda à busca pessoal, tendo em vista que não basta a informação de que o indivíduo estava em "atitude suspeita" sem que haja a descrição de mínimos elementos acerca da sua conduta, os quais ensejariam a abordagem policial.

(...)

5. Consoante decidido no RE 603.616/RO pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária certeza quanto à prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada justa causa para a medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para situação de flagrância.

(...)

8. Conforme a atual jurisprudência desta Corte Superior, como forma de não deixar dúvidas sobre a sua legalidade, a prova da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe ao Estado, devendo ser realizada com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato.

9. Pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, deve ser reconhecida a ilegalidade na apreensão das drogas desde a busca pessoal, pois é nula a prova derivada de conduta ilícita, já que evidente o nexo causal entre a ilícita busca pessoal e o ingresso em domicílio perpetrado pelos policiais militares. 10. Concessão da ordem de habeas corpus. Absolvição do paciente (arts. 157, § 1º e 386, II e VII - CPP), determinando-lhe a soltura imediata, se por outro motivo não estiver preso.

(STJ - HC: 728920 GO 2022/0071312-6, Data de Julgamento: 14/06/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2022)

Em síntese, a classificação das sentenças se dá pelo julgamento da pretensão punitiva estatal.

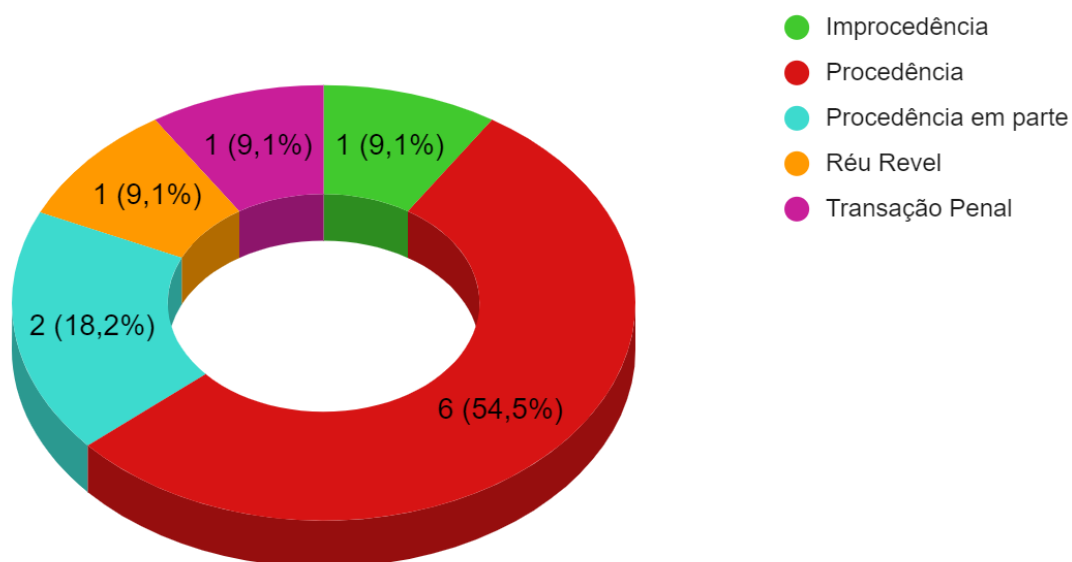
No presente artigo, as sentenças foram classificadas em "procedência" quando condenatória, "improcedência" quando absolutória, e "procedência em parte" quando há desclassificação ou absolvição e ao mesmo tempo condenação de algum dos crimes imputados ao réu.

Para 54,5% dos réus as sentenças foram integralmente condenatórias nos termos da denúncia, para 18,2% foram parcialmente condenatórias e para 9,1% foram integralmente absolutórias.

Assim, verifica-se a concreta incidência da conduta delituosa descrita no art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

Gráfico 3. Encaminhamento processual referente aos processos do ano de 2019

Encaminhamento Processual



Fonte: Própria autora, 2023.

Outrossim, cabe informar que 63,6% dos processos já foram baixados, o que significa que houve trânsito em julgado. Dos 27,3% de processos suspensos estão presentes os institutos jurídicos de transação penal e réu revel.

Além disso, apenas 9,1% desses autos continuam em andamento, aguardando julgamento de recursos (anexo 3).

No que tange ao local, foram registradas as cidades em que ocorreu a ação.

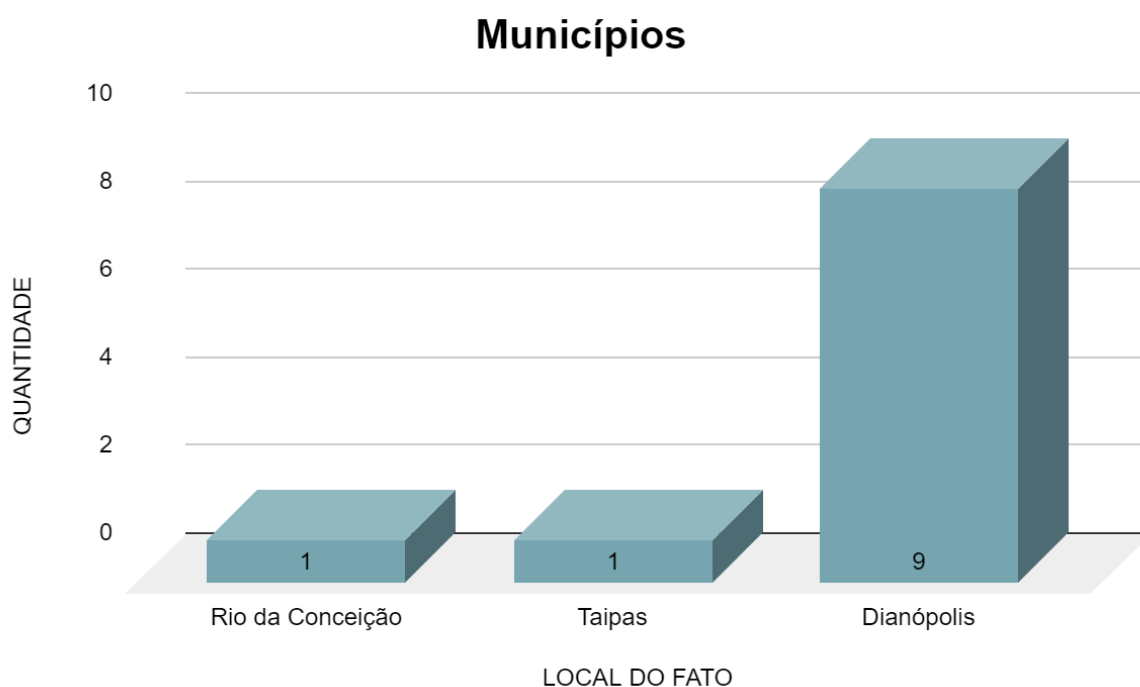
Conforme já mencionado, atualmente a Comarca de Dianópolis abrange os seguintes municípios: Almas, Porto Alegre do Tocantins, Taipas do Tocantins, Dianópolis, Novo Jardim e Rio da Conceição.

Constatou-se que 09 (nove), das 11 (onze) ações penais distribuídas em 2019, ocorreram no município de Dianópolis.

Merece atenção essa informação, uma vez que Dianópolis é a que cidade em que predomina os órgãos de justiça, entre eles, a Delegacia Regional de Polícia Civil, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Fórum e o Batalhão de Polícia Militar.

No entanto, embora tal fato seja curioso, não é possível fazer qualquer valoração sobre o local ter relação com venda de drogas, uma vez que seria necessário um estudo psicossocial aprofundado.

Gráfico 4. Relação dos municípios em que ocorreram os crimes no ano de 2019

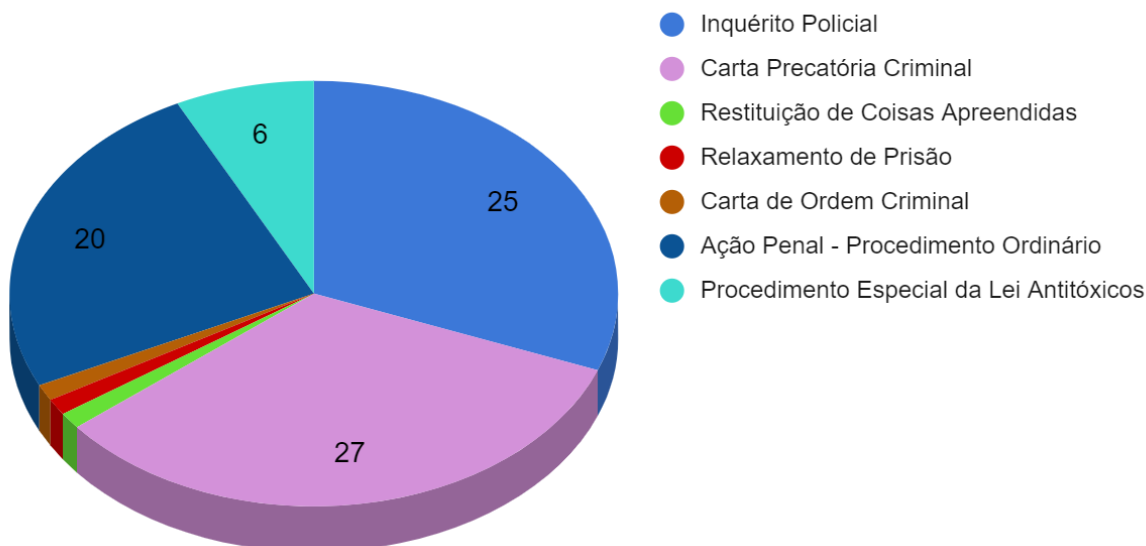


Fonte: Própria autora, 2023.

No ano de 2020, a Vara Criminal de Dianópolis recebeu um total de 779 (setecentos e setenta e nove) processos, dos quais 81 (oitenta e um) estão relacionados ao tráfico de drogas. Esses casos estão subdivididos em diferentes classes, são elas: Ação Penal - Procedimento Ordinário, Carta Precatória Criminal, Carta de Ordem Criminal, Inquérito Policial, Restituição de Coisas Apreendidas, Relaxamento de Prisão e Procedimento Especial da Lei Antitóxicos.

Gráfico 5. Classe da ação referente aos processos do ano de 2020

Classe da Ação



Fonte: Própria autora, 2023.

Em março de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou publicamente a situação de pandemia oriunda da alta contaminação do vírus Covid-19, dado os níveis de contágio e mortalidade da doença.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável pela fiscalização e normatização do Poder Judiciário, emitiu a Recomendação n.º 62/2020, com o objetivo de orientar os Tribunais e magistrados sobre a aplicação de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

A recomendação destaca a importância da adoção de práticas alternativas à prisão, como medidas cautelares diversas da prisão preventiva, penas restritivas de direitos e penas alternativas, a fim de reduzir o uso excessivo da prisão e promover a ressocialização dos infratores.

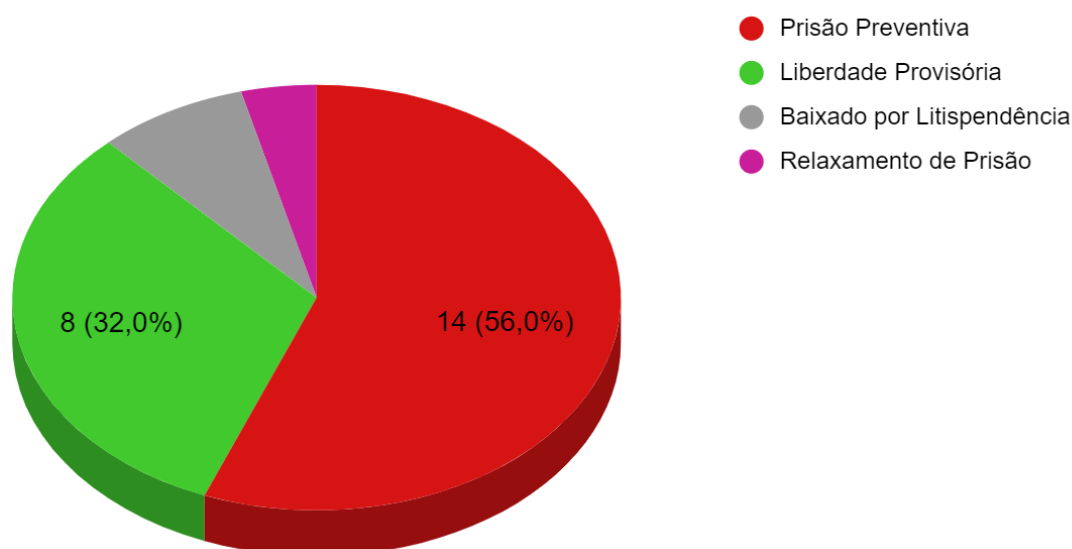
Os inquéritos policiais correspondem a 30,9% do rol amostral, equivalente a 25 (vinte e cinco) processos cujo assunto é "tráfico de drogas", os quais foram instaurados por auto de prisão em flagrante.

Verifica-se que, na Vara Criminal de Dianópolis, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva foi a medida adotada em 56,0% dos inquéritos policiais, enquanto apenas 32,0% deles tiveram decisão de concessão de liberdade provisória.

Quanto ao relaxamento de prisão, que ocorre quando uma prisão é considerada ilegal, o percentual foi de apenas 4%. Ademais, convém informar que todos os inquéritos foram baixados pelo oferecimento da denúncia.

Gráfico 6. Inquéritos Policiais relacionados ao ano de 2019

Inquéritos Policiais



Fonte: Própria autora, 2023.

Para justificar o motivo da aplicação da medida de conversão do flagrante em prisão preventiva, seria necessário um estudo visando a identificação dos perfis dos réus, uma vez que a principal causa, provavelmente, esteja ligada à reincidência, maus antecedentes, quantidade de droga apreendida e a própria gravidade do crime em concreto.

Todavia, não é possível a afirmação específica nesse contexto, dado que não foi objeto de pesquisa deste trabalho.

Ainda em 2020 foram distribuídas 26 (vinte e seis) ações penais, dentre as quais 96,2% foram tipificadas no crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006 (tráfico de drogas) e 3,8% preconizadas no art. 33 cumuladas com o art. 35 (associação), do mesmo diploma legal.

É importante ressaltar que, embora os dados tenham sido fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Tocantins, há uma margem de erro, visto que os dados são selecionados por filtros. O que significa dizer que, se o processo foi autuado equivocadamente, em divergência às Tabelas Processuais Unificadas, ele não foi incluído no relatório.

As atualizações das Tabelas Processuais Unificadas (TPUs), são usadas pelos órgãos do Judiciário para classificar o enorme volume de processos que tramitam e divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com diversas alterações para criação de classes, assuntos e movimentações, entre outras.

No entanto, já é possível afirmar um aumento de criminalidade envolvendo o comércio de drogas em relação ao ano anterior, 2019.

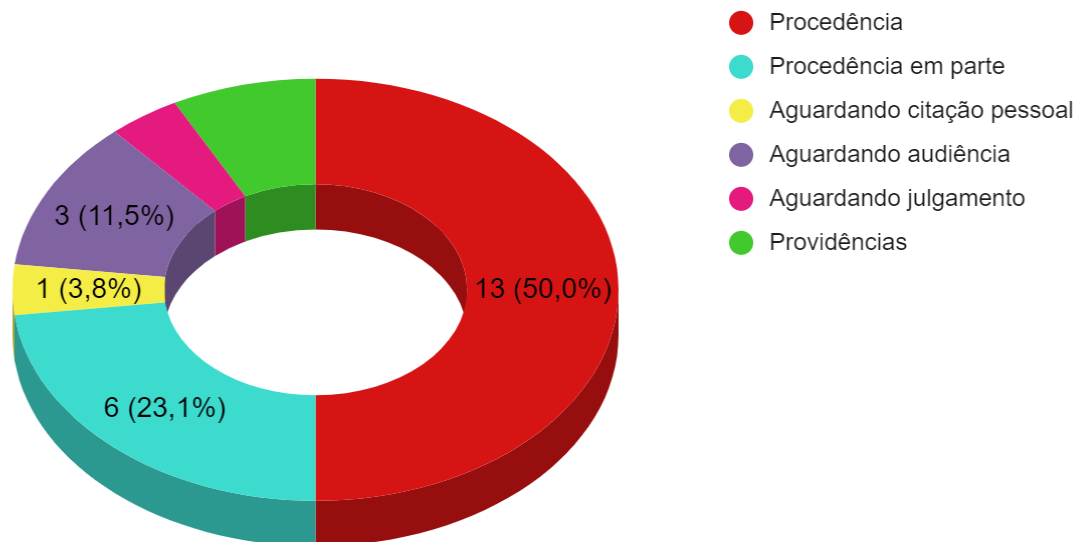
No que se refere ao encaminhamento processual, 73,1% foram julgados. Desses, 50,0% tiveram sentenças condenatórias nos termos postulados pelo Ministério Público na denúncia e 23,1% tiveram procedência em parte, o que significa a desclassificação ou absolvição de algum outro crime imputado ao réu.

Desse modo, verifica-se em um juízo de razoabilidade é possível afirmar que foi assegurado o princípio da celeridade processual nas ações penais.

Além disso, insta frisar que 53,8% dos processos já foram baixados. Ou seja, tiveram trânsito em julgado, e 46,2% estão em andamento, conforme se verifica no anexo 4.

Gráfico 7. Encaminhamento processual referente aos processos do ano de 2020

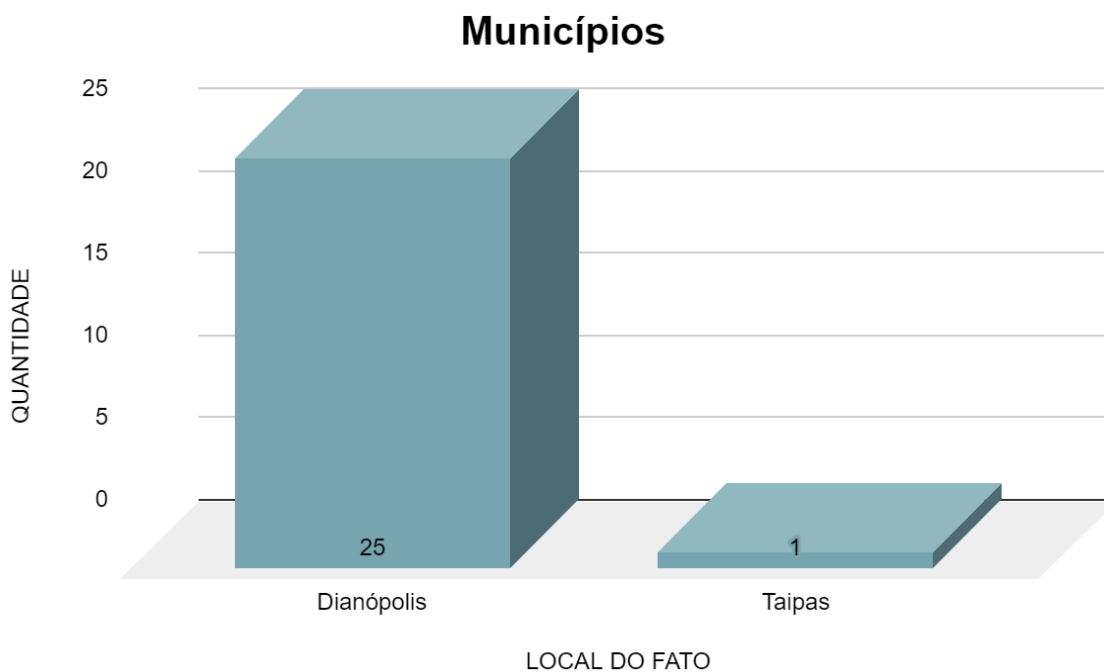
Encaminhamento Processual



Fonte: Própria autora, 2023.

No que diz respeito ao local do cometimento do delito, constatou-se que 25 (vinte e cinco) das 26 (vinte e seis) ações penais distribuídas em 2020 ocorreram no município de Dianópolis.

Gráfico 8. Relação dos municípios em que ocorreram os crimes no ano de 2020

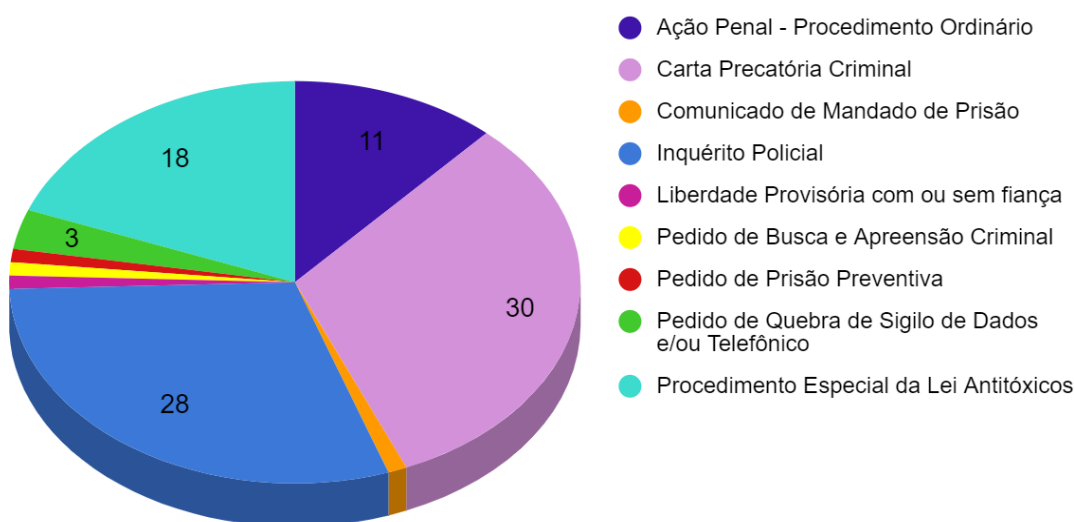


Fonte: Própria autora, 2023.

Por fim, em 2021, foram distribuídos 728 (setecentos e vinte e oito) processos na Vara Criminal de Dianópolis. Destes, 94 (noventa e quatro) possuem relação com o tráfico de drogas e estão subdivididos nas classes: Ação Penal - Procedimento Ordinário, Carta Precatória Criminal, Comunicado de Mandado de Prisão, Inquérito Policial, Liberdade Provisória com ou sem fiança, Pedido de Busca e Apreensão Criminal, Pedido de Prisão Preventiva, Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico e Procedimento Especial da Lei Antitóxicos.

Gráfico 9. Classe da ação referente aos processos do ano de 2021

Classe da Ação



Fonte: Própria autora, 2023.

Os inquéritos policiais correspondem a 31,9% do rol amostral, equivalente a 28 procedimentos cujo assunto é "tráfico de drogas", dentre os quais 26 foram instaurados por auto de prisão em flagrante.

Por meio da análise individual dos inquéritos policiais, constatou-se que 67,9% deles tiveram a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva e somente em 17,9% houve a concessão de liberdade provisória.

Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a existência de três requisitos, quais sejam: os fundamentos, pressupostos e condições de admissibilidade.

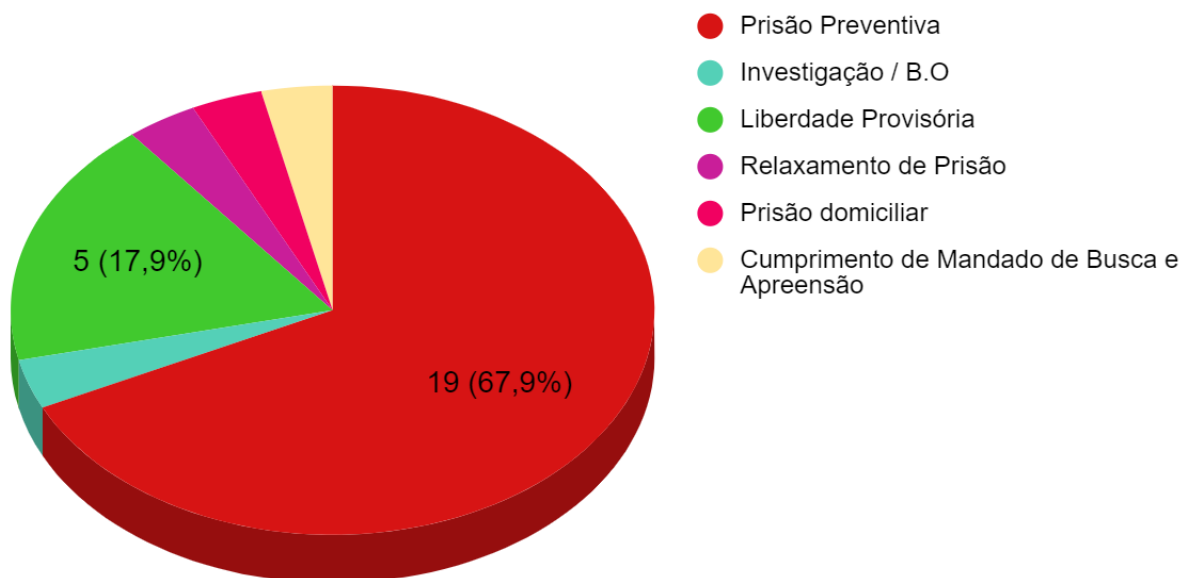
Os fundamentos são aqueles previstos no *caput* do art. 312 do CPP, são eles, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, necessidade de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal.

Os pressupostos são caracterizados pela exigência de materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria.

Já as condições de admissibilidade estão elencadas no art. 313 do CPP, são elas: crimes dolosos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, reincidência em crime doloso, crime em contexto de violência doméstica e familiar e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa.

Gráfico 10. Inquéritos Policiais relacionados ao ano de 2021

Inquéritos Policiais



Fonte: Própria autora, 2023.

Quanto à situação dos inquéritos, 78,6% foram baixados por oferecimento de denúncia, 14,2% estão em andamento, alguns desses em fase de cumprimento de Acordo de Não Persecução Penal, e 7,2% deles foram arquivados.

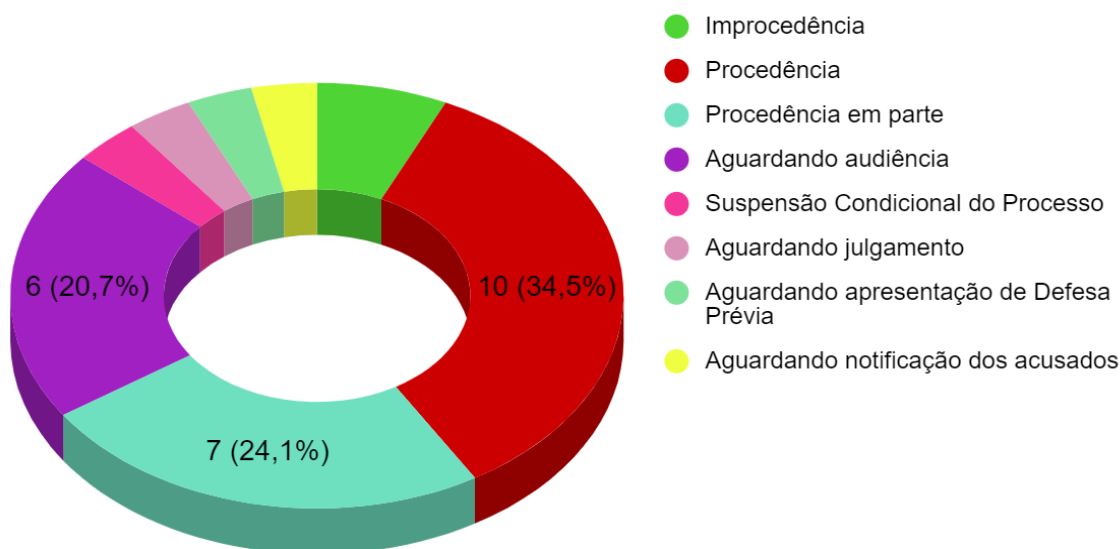
Em relação às ações penais, foram distribuídas 29 (vinte e nove) em 2021, nas quais o Ministério Público na denúncia imputou aos acusados, na totalidade das ações, somente o delito preconizado no art. 33, da Lei de Drogas (tráfico).

A situação processual desses processos é a seguinte: 31,0% deles foram baixados com trânsito em julgado e 69,0% estão em andamento (anexo 5)

Do total de processos distribuídos, só foram julgados 65,5%, onde 34,5% tiveram sentenças condenatórias, 6,9% tiveram sentenças absolutórias e 24,1% sentença parcialmente procedente (desclassificação ou absolvição parcial).

Gráfico 11. Encaminhamento processual referente aos processos do ano de 2021

Encaminhamento Processual

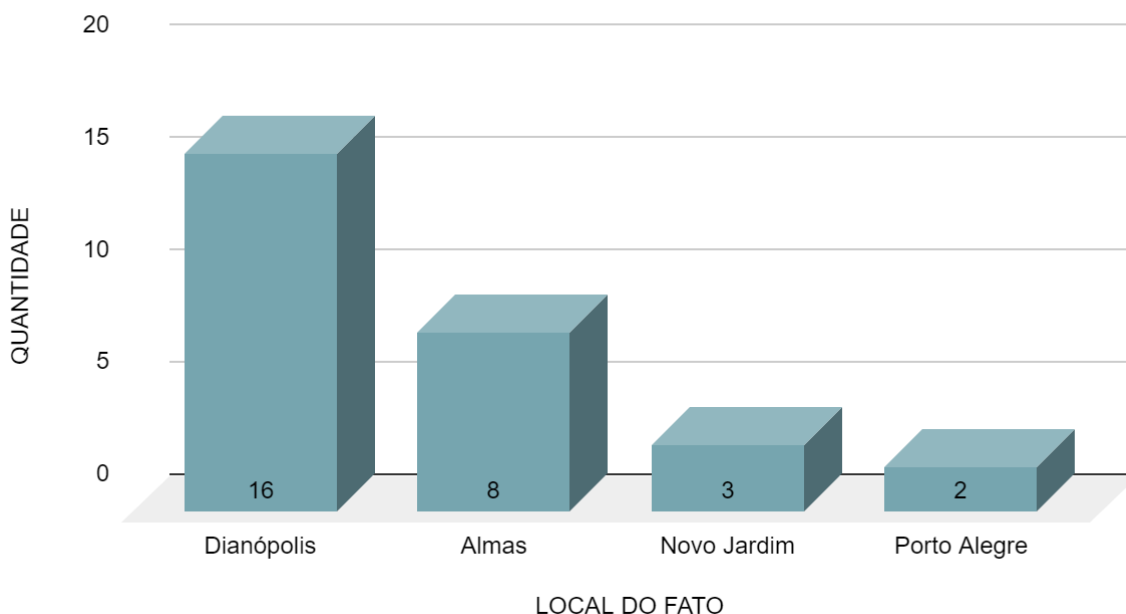


Fonte: Própria autora, 2023.

É interessante salientar que 2021 foi o ano em que mais houve diversificação quanto aos municípios em que ocorreram os fatos. Entretanto, Dianópolis segue sendo a cidade com maior índice da incidência dos tipos penais relacionados ao tráfico.

Gráfico 12. Relação dos municípios em que ocorreram os crimes no ano de 2021

Municípios



Fonte: Própria autora, 2023.

Desse modo, dos 1.029 processos distribuídos na Comarca de Dianópolis em 2019, 5,34% eram relacionados ao tráfico de drogas. Já em 2020, após o início da pandemia, houve queda na distribuição de processos criminais, que caiu para 779. Contudo, desses 779 processos, 10,40% versavam sobre procedimentos da Lei Antidrogas. Por fim, em 2021, o número de processos de tráfico em relação aos distribuídos cresceu para 12,18%.

Assim, é possível afirmar que, desde a situação de calamidade pública causada pelo coronavírus, apesar de a criminalidade na totalidade ter diminuído na Comarca de Dianópolis, a prática da traficância tem aumentado exponencialmente, o que se revela no crescente percentual desse tipo penal diante da redução de novos processos e procedimentos investigativos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, o embasamento fornecido pela pesquisa possibilita a discussão e a construção de políticas públicas relacionadas às drogas, a fim de formalizar mecanismos de combate ao tráfico de drogas, dado o impacto das práticas jurídicas na realidade social.

Constata-se que o tráfico de drogas é tratado com especial rigor e diferenciação pela legislação penal, que instituiu medidas de repressão para coibir o comércio de drogas, isso em razão do grande potencial lesivo que essa prática criminosa possui para com a

sociedade. O combate ao tráfico é, portanto, uma questão tanto de saúde quanto de segurança pública.

Justamente por ter seu caráter entrelaçado entre essas duas grandes áreas da atuação governamental, a situação de calamidade pública mundial trazida com a propagação do novo coronavírus em 2020 impactou direta e profundamente o narcotráfico.

Ambas as áreas entraram em colapso e, em todo o Brasil, no qual a crise sanitária teve grande mortalidade e sérios danos, gerou o aumento da criminalidade relacionada ao consumo e comércio de drogas.

Em comparação com os dados obtidos em todo o território nacional, a presente pesquisa demonstrou que, na Vara Criminal da Comarca de Dianópolis, também ocorreu o aumento dos casos de tráfico de drogas, traduzidos na autuação de 47,27% a mais de processos entre os anos de 2019 e 2020, e acréscimo em 11,11% deles de 2020 a 2021.

Ainda pelos dados pode-se ver que o índice de procedimentos da Lei Antidrogas em relação ao acervo geral de crimes também tem crescido de ano a ano. Em 2019, pouco mais de 5% do acervo tratava da temática. Já em 2020 esse percentual dobrou para 10% e, em 2021, houve aumento percentual de 2%, de modo que alcançaram 12% de todo o acervo.

Dessa forma, diante do objetivo do trabalho, ao realizar uma análise perfunctória, constatou-se um aumento dos crimes dispostos na Lei n.º 11.343/06, especialmente o tráfico de drogas, na Comarca de Dianópolis durante a pandemia da Covid-19.

No entanto, embora exista uma relação, não se pode afirmar que o período pandêmico foi o único fator que contribuiu para essa incidência, uma vez que esta pesquisa não se concentrou em analisar as causas econômicas e sociais do problema.

REFERÊNCIAS

APPOLINÁRIO, Fabio. **Dicionário de metodologia científica: um guia para a produção do conhecimento científico**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

AQUINO, Rosana; et al. **Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil**. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10502020> Acesso em: 17 fev 2023

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JR., Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BBC, News Brasil. **Por que a apreensão de drogas é recorde em 2020 — e o que isso significa**. 2020. Brasília. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55264932> Acesso em: 21 fev 2023.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BEIER, Maiara Pedroso. **A atuação do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul durante a pandemia de COVID-19 nos habeas corpus em casos de tráfico de drogas**. Disponível em: <https://repositorio.unipampa.edu.br/bitstream/riu/7804/1/Maiara%20Pedroso%20Beier%20-2022.pdf> Acesso em: 19 mai 2023. Acesso em: 17 fev 2023

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Atualização: 2021. Disponível em: [Anuário 15 - Fórum Brasileiro de Segurança Pública \(forumseguranca.org.br\)](https://forumseguranca.org.br)

BRASIL. **Censo Demográfico 2021**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/to/panorama> Acesso em: 22 de mar 2023

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

BRASIL. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. DEPEN. **Levantamento Nacional de informações Penitenciárias**. Atualização: 2020. Disponível em: [Microsoft Power BI](https://www.microsoft.com/powerbi) Acesso em: 22 mar 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 1167139 GO 2017/0240052-5**, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/04/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/04/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/574636867> Acesso em: 05 mai 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC: 657673 SP 2021/0100778-5**, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 08/06/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/06/2021 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1232851969> Acesso em: 05 mai 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 728920 GO 2022/0071312-6**, Data de Julgamento: 14/06/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2022 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1549532173> Acesso em: 05 mai 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 214.747 São Paulo**, Primeira Turma. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Publicado em 05/05/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763743771> Acesso em: 05 mai 2023

BRASIL.[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTILHO, Auriluce Pereira; HENKES, Siviana. **O combate ao uso e ao tráfico de drogas: uma análise da (in)efetividade das leis e políticas públicas brasileiras**. Disponível em: publicadireito.com.br/artigos/?cod=c2c1fc225872c8f4 Acesso em 17 fev 2023

COUTINHO, Clara Pereira. **Metodologia de investigação em ciências sociais e humanas: teoria e prática**. Coimbra: Almedina, 2014.

CRESWELL, John W. **Investigação qualitativa e projeto de pesquisa: escolhendo entre abordagens**. Tradução: Sandra Mallmann, 3. Ed. Porto Alegre, 2014.

DEL OLMO, Rosa. **A Face Oculta da Droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Talas, 2016.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

KARAM, Maria Lucia. **Considerações sobre as políticas criminais, drogas e direitos humanos**. In: VECCHIA, Marcelo Dalla. et al. (Org.). **Drogas e direitos humanos: reflexões em tempos de guerra às drogas**. 1. ed. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial**. Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

LISBOA, Renata Valéria Pinto Cardoso. **Crime de Tráfico de Drogas: Caracterização Quanti-quali a partir das sentenças condenatórias da Vara de Combate ao Crime Organizado de Belém-Pará**. Disponível em: [Microsoft Word - 01 - Dissertação RENATA VALÉRIA PINTO CARDOSO LISBOA \(ufpa.br\)](#) Acesso em: 19 fev 2023

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **Tráfico de drogas ou porte para consumo próprio? “de cara” com o ministério público da Bahia**. Disponível em: [LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS DROGAS COMO POLÍTICA CRIMINAL DE LA EXCLUSIÓN \(mpba.mp.br\)](#) Acesso em: 19 fev 2023

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PAULA, André Henrique Pereira. **Mecanismos de combate ao tráfico de drogas sob ótica jurisprudencial**. Disponível em: [TCC ANDRÉ HENRIQUE PEREIRA PAULA.pdf \(pucgoias.edu.br\)](#) Acesso em: 17 fev 2023

PEREIRA, Luana Rebeca Silva. **Tráfico de Drogas, Direito Penal do Inimigo e seletividade penal na definição entre usuários e traficantes: um estudo em sentenças da 1ª Vara de Tóxicos da comarca de Salvador no ano de 2016**. Disponível em: [02 TCC- Luana \(ufba.br\)](#) Acesso em: 11 de mar 2023

QUEIROZ, Sueli de; ROSENBERG, Conérlio P. (2004). **Ambiente familiar e condições de risco para o uso de drogas em estudantes universitários**. Disponível em: [Ambiente familiar e condições de risco para o uso de drogas em estudantes universitários | Journal of Human Growth and Development \(usp.br\)](#) Acesso em: 19 fev 2023

QUINDERÉ, Paulo Henrique Dias; et al. **O consumo de drogas na pandemia de covid-19. Psicologia e a pandemia de Covid-19 no Brasil**, 2022.

RIBEIRO, Luane Santana; GONZAGA, Daniel de Medeiros; et al. **O tráfico de drogas responde à pandemia**. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/2675> Acesso em: 11 mar 2023

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOARES, Carolayne Kelly da Cruz; MORAES, Maria Eduarda Gomes de Sousa. **Covid-19, desemprego e tráfico de drogas: as implicações econômicas, sociais e jurídicas da pandemia no tráfico de drogas**. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/235769/191-212 Artigo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/235769/191-212%20Artigo.pdf?sequence=1&isAllowed=y) Acesso em 19 fev 2023

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª edição. Brasília: Editora Juspodivm, 2017.

TEIXEIRA, Elizabeth. **As três metodologias: acadêmica, da ciência e da pesquisa**. 10. ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). World Drug Report 2021: Covid-19 and Drugs: Impact Outlook. Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_5.pdf Acesso em 09 mai 2023.

DIREITO CIVIL: NEGÓCIO JURÍDICO

JOSÉ PEDRO FIRMINO DE SOUZA:
graduando em Direito pela Universidade
Brasil - Fernandópolis

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o trâmite legal em relação aos negócios jurídicos e os requisitos indispensáveis para que ele ocorra e, sendo assim, veremos que o negócio jurídico é constituído com requisitos de existência e validade, bem como as suas classificações. A evolução do negócio jurídico no Brasil ocorreu durante o longo dos anos, e ainda evolui a cada dia, com o surgimento de novas atualizações na legislação, novas interpretações, doutrinas e classificações. Existem diversas modalidades de negócio jurídico em nosso país, ou seja, várias formas para que ela aconteça, contudo é necessário que a pessoa tenha legitimidade, e tenha preenchidos os requisitos básicos, para que haja a existência, bem como a sua validade no âmbito jurídico.

Palavras-Chave: Negócio Jurídico; Procedimento; Requisitos de existência e validade; Classificações.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal process in relation to legal transactions and the essential requirements for it to occur and, therefore, we will see that the legal transaction is constituted with requirements of existence and validity, as well as their classifications. The evolution of the legal business in Brazil occurred over the years, and still evolves every day, with the emergence of new updates in legislation, new interpretations, doctrines and classifications. There are several modalities of legal business in our country, that is, several ways for it to happen, however it is necessary that the person has legitimacy, and has fulfilled the basic requirements, so that there is existence, as well as its validity in the legal sphere.

Keywords: Legal Business; Procedure; Existence and validity requirements; Ratings.

1. INTRODUÇÃO

A todo momento, por mais longe em que se olhe no passado, veremos o negócio jurídico representado pelas mínimas condições legais exigidas em sociedade, seja em unidade estatal, no estado primitivo ou em tribos. Sempre haverá normas regulamentadoras ou regras de conduta, para pautar as relações entre os indivíduos.

A ordem jurídica tem como objetivo, impor essas regulamentações, determinando limites ou restrições, aos quais todos os indivíduos, indistintamente devem se submeter, em busca da vivência social.

Posto isso, surge a expressão negócio jurídico, como forma de regulamentar os atos de uma ou mais pessoas, que tem por objetivo produzir efeitos jurídicos, sejam elas, modificações nas relações jurídicas, sociais ou privadas.

O termo “negócio jurídico” é empregado como uma subdivisão dentre os atos jurídicos lícitos e não no sentido comum de transação ou operação comercial. O código civil de 1916 trazia o ato jurídico de forma ampla sem mencionar as suas espécies, como o negócio jurídico. Mas, foi na Alemanha e na Áustria em que foi concebido e desenvolvido inicialmente, apenas posteriormente deu-se à sua entrada em vigor.

No código civil alemão, deu-se o primeiro tratamento ao negócio Jurídico, conferindo-lhe um regime jurídico específico. O referido regime, possibilitou a formulação de seu conceito, conjuntamente com a sua entrada em vigor.

De lá pra cá, vários doutrinadores conceituaram de diferentes formas, trazendo uma enorme gama de definições, visando sempre o aprimoramento de seu sentido, sem mencionar as variadas atualizações legislativas sobre o campo do negócio jurídico.

2.CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO

O conceito de negócio jurídico é amplo, malgrado dentro da modalidade relação jurídica, sendo essa, por sua vez, um vínculo entre dois ou mais sujeitos, seguindo normas previstas pelo ordenamento jurídico, gerando direito e obrigações para ambos. Nesse sentido, Miguel Reale conceitua da seguinte forma:

Negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. Tais atos, que culminam numa relação intersubjetiva, não se confundem com os atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há acordo de vontade, como, por exemplo, se dá nos chamados atos materiais, como os da ocupação ou posse de um terreno, a edificação de uma casa no terreno apossado etc. Um contrato de compra e venda, ao contrário, tem a forma específica de um negócio jurídico. (REALE, Miguel. 2001; p. 195).

Seu conceito tradicional é composto por um único ato ou uma sequência de atos, entre duas ou mais pessoas, com o objetivo de produzir modificações nas relações jurídicas.

Não muito diferente deste conceito, Karl Larenz traz o seguinte:

Negócio jurídico é um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do Direito Privado. (LARENZ, Karl. 2019; p. 340).

O negócio jurídico, por sua vez, é a ponte entre a autonomia privada e a atividade criadora, ocasionando para que ocorra, aquisição, modificação, extinção ou conservação de direitos.

Nessa linha, Renan Lotufo, dá à luz a seu conceito:

Negócio jurídico é o meio para a realização da autonomia privada, ou seja, a atividade e potestade criadoras, modificadoras ou extintoras de relações jurídicas entre particulares. (LOTUFO, Renan. 2019; p. 340)

Portanto, o negócio jurídico compõe-se em um fato jurídico entabulado entre as partes, em que surge através da declaração de vontade de um indivíduo legitimamente capaz, produzindo efeitos entres os mesmos pactuantes. Ato contínuo, cumpre salientar, que os efeitos necessitam estar atrelados aos pressupostos de validade, existência e critérios trazidos pela legislação vigente.

3.TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Nasceu, no século XVIII, a teoria do negócio jurídico, desenvolvida pelos doutrinadores alemães, sendo atribuído a Nettelblatt, em 1749, a adoção da terminologia "negócio jurídico". No entanto, foi atribuído a Savigny, o responsável por sua explicitação, classificando-o como "espécies de fatos jurídicos que são apenas ações livres, mas em que a vontade dos sujeitos se dirige imediatamente à constituição ou extinção de uma relação jurídica",

A formação do negócio jurídico, como figura autárquica, foi recebida no Código Civil alemão, conferindo um regime específico, sob autoria de Rechtsgeschafte. Consequentemente, as doutrinas portuguesas, espanholas e italianas, aderiram a essa denominação acolhendo um regime específico ao negócio jurídico. Por outro lado, O código civil brasileiro de 1916, seguiu a doutrina francesa, cuja doutrina, não faz distinção entre ato jurídico e negócio jurídico.

Clovis Bevilacqua, na época da elaboração do código civil, não contava com os subsídios dos doutrinadores alemães, para distinguir os atos jurídicos lícitos, faltava uma linha divisória, com maior precisão entre essa categoria.

Outrora, o código civil de 2002, adotara a posição dualista, recategorizando expressamente os negócios em geral e os atos jurídicos lícitos. No atual código civil, houve a substituição do termo “ato jurídico” empregado no art. 81 anteriormente, pela expressão negócio jurídico, sendo todos esses preceitos contidos no livro III da parte geral. Em relação aos atos jurídicos lícitos, abriu-lhes um título, com um único artigo, determinando a orientação adotada no art. 295 do Código Civil português de 1966, em que, se apliquem quando for necessário às disposições disciplinadoras do negócio jurídico.

No negócio jurídico, há um regramento bilateral de condutas, uma composição de interesses, como ocorre na celebração de contratos. Em regra geral, a manifestação de vontade, possui finalidade negocial, possibilitando o indivíduo criar, adquirir, modificar, transferir ou extinguir direitos e etc.

Todavia, há algumas espécies de negócios jurídicos unilaterais, em que seu aperfeiçoamento ocorre com uma única manifestação de vontade, como por exemplo, a instituição de fundação, o testamento, a renúncia da herança, a confissão de dívida, a procuração e etc. Visto que, o agente, nesses casos, procura obter determinados feitos jurídicos, ou seja, com apenas a sua manifestação de vontade, criar situações jurídicas.

Presta-se à produção de vários efeitos, o testamento, não só para o testador dispor de seus bens após sua morte, como também, eventualmente, reconhecer algum filho fora do casamento, nomear testamenteiro, nomear tutor para filho menor e etc.

A doação, sendo um contrato, a título de exemplo, é um negócio jurídico bilateral e não unilateral, pois perfeição o encontro de duas vontades. No entanto, a doutrina classifica como contato unilateral quanto aos efeitos, pois gera obrigação apenas para o doador.

4.INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURIDICO

Às vezes, o contrato nem sempre traduz a exata vontade das partes, muitas vezes, o texto mostra-se ambíguo e obscuro, apesar do cuidado quanto a precisão e a clareza asseverada pela pessoa encarregada de redigir o contrato, em virtude das dificuldades e complexidades do negócio. Por essa razão, os negócios jurídicos e as normas jurídicas devem ser interpretadas.

A execução de um contrato, exige a compreensão correta das intenções das partes, concatenando todas suas vontades e positivando em um contrato, exteriorizando por meio de símbolos, sinais, palavras e etc.

A interpretação do negócio jurídico consiste em necessariamente, precisar o sentido e o alcance da declaração de vontade, buscando apurar a concreta vontade objetiva e o conteúdo das partes, conseqüentemente, as normas que nascem de sua declaração.

Nos negócios escritos e nos contratos, o texto analisado conduz, em regra, a intenção dos pactuantes, partindo da declaração escrita para chegar à verdadeira vontade dos contratantes. No entanto, quando determinada cláusula, aponta-se passível de dúvida e obscura, alegando que um dos pactuantes não representa a fidedigna vontade manifestada na celebração do negócio jurídico, tal alegação deverá ser considerada verdadeira, pois o art. 112, do Código Civil apresenta que, "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

O intérprete deve presumir que os contratantes agem com lealdade e que a proposta de aceitação bem como a aceitação contidas no contrato, foram formulados com base na boa-fé, caso contrário, a má-fé deve ser provada. Em se tratando de interpretação, a boa-fé exerce um papel valioso para compreensão exata do contrato e de suas cláusulas. Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, em seu Art.47, proclama: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

5. REQUISITOS DE EXISTÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Os requisitos de existência dos negócios jurídicos, são os elementos fundamentais para sua subsistência, ou seja, faltando-lhe qualquer um destes elementos, o negócio jurídico torna-se inexistente. São eles: a declaração de vontade, a finalidade negocial e a idoneidade do objeto.

5.1 Declaração De Vontade

O pressuposto básico do negócio jurídico é à vontade, sendo imprescindível para existência e validade do negócio jurídico. Do ponto de vista legal, apenas a vontade que é exteriorizada é suficiente para compor o plano fático do negócio jurídico. Se a vontade permanecer interna, como acontece com a reserva mental, não serve para demonstrar aquilo que deseja, pois torna-se impossível a sua apuração. Portanto, a declaração de vontade é o instrumento da manifestação da vontade.

A vontade, assume um papel especial no negócio jurídico, sendo um elemento de caráter subjetivo, que se revela através da declaração, constituindo como requisito essencial do negócio jurídico. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, "a vontade interna ou

real é que traz a força jurígena, mas é a sua exteriorização pela declaração que a torna conhecida, o que permite dizer que a produção de efeitos é um resultado da vontade, mas que esta não basta sem a manifestação exterior”.

Pelo princípio da autonomia da vontade, os indivíduos possuem liberdade, em conformidade com a lei, para celebrar negócios jurídicos, contraindo obrigações e criando direitos. Tal princípio, sofre limitações pelo princípio da supremacia da ordem pública, pois, embora seja de interesse social e em nome da ordem pública, o Estado interfere nas manifestações de vontades, como forma de evitar opressões econômicas dos mais fortes em relação aos mais fracos. Contudo, em nome desse respectivo princípio surgiram diversas normas jurídicas: Código de defesa do consumidor, Lei do inquilinato, Lei da economia popular e etc.

Uma vez manifestada, a vontade, obriga o contratante a cumprir o direito ou contrair as obrigações, de acordo com o princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), ou seja, O contrato faz lei entre as partes, não podendo ser modificado pelo poder judiciário. De modo geral, destina-se, a dar segurança aos negócios. Por outro lado, opõe-se a ele o princípio da onerosidade excessiva e o da revisão dos contratos, baseado na teoria da imprevisão e na cláusula (*rebus sic stantibus*) que permite o recurso ao poder judiciário para revisar os contratos, em decorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários.

No entanto, a manifestação da vontade pode ser feita de três formas: expressa, tácita e presumida. A expressa é realizada por meio da fala, utilizando a palavra, falada ou escrita, com gestos, mímicas ou sinais, possibilitando passar de forma clara o conhecimento imediato do agente. A tácita é a declaração de vontade revelada pelo comportamento do agente. É a conduta que se verifica, por exemplo, na parte de aceitação de herança, na prática de atos personalíssimos na qualidade herdeiro e na aquisição de coisa móvel pela ocupação. Mas, em relação aos contratos, a manifestação de vontade só poderá ser tácita quando a norma jurídica não exigir que seja feita expressamente. A presumida é o tipo de declaração de vontade não realizado expressamente, pois a lei vai deduzir certos comportamentos do indivíduo, ou seja, a vontade presumida vai ser estabelecida por lei.

5.2 Finalidade Negocial

A finalidade negocial é o desejo de adquirir, conservar, extinguir ou modificar direitos. Se não tiver esse propósito a manifestação de vontade pode desencadear um efeito diverso do pretendido, preestabelecido no ordenamento jurídico como ato jurídico em sentido estrito.

Para de fato, dar a existência de um negócio jurídico, obrigatoriamente dependerá de uma manifestação com uma finalidade negocial, ou seja, um intento para produzir efeitos supramencionados na vontade. No entanto, permite-se que a vontade negocial, dentre a espécies, proponha variações quanto a sua disseminação e intensidade. Por exemplo, em uma compra e venda, os pactuantes podem estabelecer condições e termos, renunciar certos efeitos, limitá-los e por fim, estabelecer outras questões. Sendo todas essas faculdades inseridas no tópico da finalidade negocial.

Ademais, ressalta-se a importância da responsabilidade civil e o interesse contratual positivo e negativo. Com efeito, a responsabilidade civil procura estabelecer condições e parâmetros, afim de regular relações entre as pessoas, responsabilizando o indivíduo pelo dano sofrido por outrem, na medida que está obrigado a repará-lo

Posto isso, do ponto de vista da responsabilidade contratual, em que estipula e obriga o devedor a cumprir as condições do contrato junto ao credor, pode se dar o interesse contratual negativo, em que há uma violação de condições ou deveres negociais, gerando dano e a falta de interesse contratual a outrem, fazendo jus "in casu", ao ressarcimento, indenização ou desfazimento do contrato, pois nem todo caso é indenizável.

Lado outro, no tocante ao interesse contratual positivo, surge-se quando do cumprimento das condições do contrato junto ao credor. Desde o início do contrato, as partes o fazem pensando em cumpri-lo, sem nenhuma violação de cláusulas, condições ou inadimplemento, cumprindo integralmente ao contrato inicial.

Por fim, as explanações a respeito do interesse positivo e negativo estão diretamente correlacionadas as relações contratuais, seja na falta de interesse contratual ou vício na manifestação de vontade, gerando consequências indenizatórias. No entanto, seja também pela livre manifestação de vontade e o legítimo interesse contratual, ocasionando o integral cumprimento do contrato entre as partes.

5.3 Idoneidade do Objeto

A idoneidade do objeto, é um requisito imprescindível para a realização de um negócio jurídico. O objeto do negócio jurídico deve ser adequado, ou seja, honesto. Assim, ao comprar e vender um celular, se houver roubo ou furto, ele perderá sua idoneidade e não poderá configurar-se como objeto do negócio jurídico.

A princípio, Francisco Amaral, preleciona: "O objeto jurídico deve ser idôneo, isto é, deve apresentar os requisitos ou qualidades que a lei exige para que o negócio produza os efeitos desejados".

Portanto, a idoneidade do objeto seria a aparência ou a exposição das qualidades ou requisitos em que a lei determina, a fim de produzir um negócio jurídico com os efeitos almejados, válido e dentro das normas legais.

6. REQUISITOS DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

O negócio jurídico deve preencher determinados requisitos, como o de sua validade, para que produza efeitos, possibilitando a extinção, modificação ou aquisição de direitos. Se o respectivo negócio jurídico, possuir todos esses quesitos, ele se torna válido, podendo dele decorrer os efeitos mencionados e almejados pelo agente. Porém, faltando-lhe algum requisito, o negócio é inválido, não produzindo efeito em questão.

De modo geral, os requisitos de validade elencados no Código Civil em seu Art. 104, são: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

6.1 Capacidade Do Agente

Sendo uma condição subjetiva, a capacidade do agente, é a capacidade de exercício ou de fato necessária, para que um indivíduo possa exercer os atos da vida civil por si só.

Agente capaz é aquele que tem a capacidade de exercer os seus direitos ou uma aptidão para contrair obrigações na ordem civil. Sendo esta, adquirida após o indivíduo completar os seus 18 anos, ou com a sua emancipação, malgrado no Código Civil, art. 5°.

Por outro lado, a incapacidade, é a restrição baseada na lei, ao exercício da vida civil, sendo dividida em duas espécies: relativa e absoluta.

A relativa, respaldada no art. 4°, do Código Civil, acarreta a anulabilidade do ato, salvo em caso especiais (Arts. 228, I, 666, 1.860 etc.) e também quando o agente incapaz é assistido por seu representante legal. A absoluta, acarreta a total proibição do exercício, sob pena de nulidade (art. 166, I, CC). Segundo Francisco Amaral: “A capacidade, é requisito necessário à sua validade e eficácia, bem como ao poder de disposição do agente”.

6.2 Objeto Lícito, Possível, Determinado ou Determinável

Como condição objetiva, a validade do negócio jurídico intenta, ainda, objeto lícito, possível determinável ou determinado.

O objeto lícito é aquele que está de acordo com a lei, a moral e os bons costumes. Quando o objeto do contrato é imoral, os órgãos julgadores aplicam o princípio de que

ninguém pode se valer da própria torpeza ou quando ambas as partes agirem com torpeza, impossibilitando um possível pedido de devolução da importância de que pagou. Também, o objeto deve ser possível, pois quando for impossível, o negócio se torna nulo, podendo a impossibilidade ser física ou jurídica. A impossibilidade física segue as leis naturais e física propriamente dita. Deve ser absoluta, ou seja, alcançar todos, indistintamente, por exemplo, colocar toda água de um rio em uma bacia.

A impossibilidade jurídica do objeto é quando as normas jurídicas, bons costumes e a própria moral, proibem expressamente determinados tipos de negócios, bem como, a título de exemplo, a herança de pessoa viva.

Por último, o objeto do negócio jurídico, necessita ser determinável ou determinado, sendo suscetível a determinação no momento de sua execução. Salvo, a venda de coisa incerta e venda alternativa, indicada ao menos pela quantidade e gênero, que será determinado pela escolha.

6.3 Forma

O terceiro requisito indispensável, em se tratando de validade negócio jurídico, é a forma, que é o meio de revelação da vontade, devendo ser prescrita em lei.

Como requisito de validade do negócio jurídico, o mesmo, possui dois sistemas quanto a forma, são eles: formalismo ou da forma obrigatória e o consensualismo, da liberdade de forma. Preliminarmente, os romanos e os alemães eram formalistas, mas com a influência do cristianismo e do movimento comercial da idade média, mudaram para o princípio da liberdade da forma.

Sob o direito brasileiro, via de regra, a forma é livre, podendo as partes celebrar o contrato público, por escrito ou particular ou eventualmente verbal, salvo, quando a lei exigir que o contrato seja de forma pública, escrita ou particular, para conseqüentemente, dar maior seriedade e segurança ao negócio.

Há casos em que o negócio jurídico se tornará nulo, sob égide de sua forma, diz o Código Civil, em seu art. 166, IV e V: "for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade" e "não revestir a forma prescrita em lei". Excepcionalmente, a lei reclamará sob a ótica da publicidade de determinados negócios, mediante o sistema de Registros Públicos.

No entanto, há três espécies de formas que podem ser distinguidas: forma contratual, forma livre e forma especial ou solene. A forma contratual é aquela que decorre de um contrato, convencionado pelas partes. Por ventura, a forma livre, é a que mais predomina no direito brasileiro, sendo qualquer meio ou ato de manifestação da vontade, não imposto obrigatoriamente pela lei. Por último, a forma especial ou solene, é exigida

por lei como forma de validar determinados negócios, via de regra, é uma exigência para a prática de determinado ato, com a observância solene das determinações legais, para assegurar a autenticidades dos negócios jurídicos em questão.

7. DOS DEFEITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Este tópico, trata-se das possibilidades em que, a vontade manifestada com algum vício, tornará o negócio anulável. Contudo, o Código Civil, trespasa seis defeitos ou vícios passíveis de anulação: dolo, coação, erro, fraude contra credores, estado de perigo e a lesão. Sobre a anulação, dispõe o art. 178 do Código Civil: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

Os defeitos supracitados acima, exceto fraude a credores, são chamados de vícios de consentimento, pois a manifestação de vontade provocada, não corresponde com o verdadeiro querer do indivíduo, criando uma divergência e um conflito entre a real intenção de quem manifestou e a vontade manifestada

Embora a fraude contra credores não seja denominada como vício de consentimento, sua referida denominação é considerada um vício social, pois a intenção do agente é exteriorizada com a finalidade de prejudicar terceiros.

Portanto, os defeitos dos negócios jurídicos são achaques que nele ou dele podem surgir, em decorrência de irregularidade na formação da declaração de vontade bem como na sua manifestação.

7.1 Dolo

Com astúcia de quem prega, o dolo, em regra, é empregado para induzir algum indivíduo a prática de um ato que o prejudica e o autor se aproveita ou beneficia terceiro, ou seja, consiste manobras maliciosas ou atos anômalos, a fim de conseguir uma vontade em que traga proveito pra si ou para terceiro

Contudo, o dolo é diferente de erro, pois o erro é espontâneo, ou seja, a vítima se engana sozinha, por outro lado, o dolo é intencionalmente provocado pela outra parte ou terceiro, fazendo com que a mesma se abstrua.

Para Pontes de Miranda “dolo, causa de não-validade dos atos jurídicos, é o ato positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantêm, ou se confirma outrem em representação errônea”.

Outrora, o dolo civil não se pode confundir com o dolo criminal, pois no dolo civil, o indivíduo em sua intenção, tem conhecimento de que tal ato possui contrariedade a lei. Em sentido amplo, o dolo civil é utilizado para enganar alguém, distinguindo de dolo processual, em que a decorre de conduta reprovável, contrariando a boa-fé. Todavia, no direito penal, trata-se de crime doloso, o crime em que o agente assumiu o risco de produzi-lo ou quis o resultado propriamente dito.

7.2 Coação

Toda pressão injusta ou ameaça exercida sobre um indivíduo com o objetivo de força-lo contra sua vontade a prática de um ato ou de um negócio, denomina-se coação. A caracterização da coação, é simplesmente, o emprego da violência para determinar a vontade de algum indivíduo. O temor que ela inspira é o causador do vício, tornando-se defeituosa a manifestação de vontade do agente.

No entanto, a coação é o vício mais grave em que se pode afetar o negócio, pois impede a manifestação de vontade autônoma, ou seja, de forma livre. Ela difere do dolo, pois este se insere sobre a inteligência do indivíduo.

Para que ela aconteça, são necessários pré-requisitos, no qual dispõe o Código Civil em seu art. 151: "A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação".

Assim, a coação para ser caracterizada, deve conter apenas alguns pré-requisitos: A) ser a causa determinante do ato, ou seja, deve haver uma espécie de causalidade entre o ato realizado e a coação, sendo caracterizado no negócio um típico caso de violência ou grave ameaça, em que provocou na vítima um receio de dano pra si quanto para sua família consequentemente. B) deve ser grave, como o próprio nome já diz, a coação precisa ser de tal intensidade que faz com que a vítima tenha grande temor em relação ao bem patrimonial quanto a sua fidedigna moral. C) deve ser injusta, sendo de certa forma ilícita, contrariando a lei, o direito propriamente dito ou evidenciando sua forma abusiva.

7.3 Fraude contra credores

No rol dos defeitos dos negócios jurídicos, inclui-se, no atual código civil, a fraude contra credores, caracterizada como vício social, sendo causa de nulidade absoluta.

A fraude contra credores, é caracterizada como uma vontade que realmente corresponde o seu desejo primário, mas ela é exteriorizada com a intenção de prejudicar os credores, ou seja, os terceiros. Em suma, considerada um vício social.

Esse instituto, se assenta no princípio do direito e das obrigações, o qual, o patrimônio do devedor é que responderá por suas obrigações, e no princípio da responsabilidade patrimonial, sendo uma forma de sanção ao devedor, onde o credor pode ter satisfeito o seu direito, com a responsabilização patrimonial do devedor.

A garantia real dos credores é o patrimônio do devedor, portanto, a fraude contra credores, é todo ato passivo de diminuir ou onerar o seu patrimônio, praticado por devedor insolvente ou por ele reduzido a insolvência.

Há dois elementos constitutivos no conceito de fraude contra credores, são eles: o objetivo (*eventus damni*), no qual a própria insolvência constitui ato em que prejudica o credor, e o subjetivo (*consilium fraudis*), em que a má-fé do devedor é utilizada para prejudicar terceiros.

Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, o “*consilium fraudis*” nem sempre se apresenta cristalino, até porque quem dele participa procura ocultar sua verdadeira intenção. Mas emerge do conjunto de indícios e circunstâncias a revelar que o negócio subjacente, na verdade, foi o meio utilizado pelas partes para drenar os bens do devedor em detrimento de seus credores”. (JTJ, Lex, 201/19)

Para anular o negócio jurídico celebrado em fraude contra credores, foi criada ação paulina ou revocatória, fazendo um adendo ao Paulo, introdutor da referida ação no direito romano. Esta ação, tem por objetivo, impugnar atos fraudulentos de seus devedores, visando prevenir a lesão ao direito dos credores, causada pelos devedores, subtraindo em seu patrimônio através do princípio da garantia real, reduzindo seu patrimônio ou tornando-o insolvente.

7.4 Estado de perigo

O estado de perigo, se constitui em uma situação de extrema necessidade, conduzindo um indivíduo a celebrar um negócio jurídico assumindo uma desproporcional obrigação. Ilustra Moacyr Oliveira, “o fato necessário que compele à conclusão de negócio jurídico, mediante prestação exorbitante”.

O negócio jurídico celebrado em estado de perigo, encontra-se respaldo nos dispositivos do Código de processo Civil, bem como malgrados nos princípios da probidade e boa-fé, condicionando a liberdade de contratação nos negócios jurídicos.

A princípio, Teresa Ancona Lopez leciona sobre o negócio jurídico, relacionado com o estado de perigo:

Evidentemente se o declarante se aproveitar da situação de perigo para fazer um negócio vantajoso para ele e muito oneroso para a outra parte não há como se agasalhar tal negócio. Há uma frontal ofensa à justiça comutativa que deve estar presente em todos os contratos. Ou, no dizer de Betti, deve haver uma equidade na cooperação. (LOPEZ, Teresa. revista do advogado. n. 68; p. 36).

Portanto, no estado de perigo, o indivíduo contratante encontra-se na situação em que tem que optar entre duas opções malélicas, ou seja, sofrer as consequências do perigo para si ou sua família, ou efetuar o pagamento em uma quantia exorbitante para o seu “salvador”, tonando o negócio desvantajoso.

No entanto, o negócio é viciado na própria oferta, em se tratando de estado de perigo, em razão do comprometimento da liberdade do agente, colocando em risco momentâneo, a integridade física e psicológica do indivíduo pactuante.

7.5 Lesão

Caracterizado como vício de consentimento, a lesão, de forma expressa, se enquadra na modalidade dos defeitos do negócio jurídico, pois, ela ocorre quando uma pessoa por inexperiência ou necessidade, de forma desproporcional, se obriga a efetuar a prestação.

Desta forma, dispõe o art. 157 do Código Civil:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

A lesão é o prejuízo entre a desproporção existente nas prestações de um contrato, no seio de sua celebração, através de uma necessidade ou inexperiência de um dos pactuantes, no entanto a proporção há de ser exclusivamente expressa.

Outrora, malgrado nos institutos defeituosos dos negócios jurídicos, em seu ato, ocorre a inobservância do princípio da igualdade em relação a prestação e a contra prestação, revelando a falta de equidade e provocando um desequilíbrio contratual.

No direito romano, a lesão já era uma velha conhecida, nestes casos, o ordenamento jurídico da época já previa uma ação de rescisão para venda de imóveis em que a parte vendedora recebesse menos da metade do preço justo estimado.

A lesão se distingue dos demais vícios de consentimento, pois, no dolo o agente induz a parte pactuante mediante algum artifício ardiloso. A coação, por outro lado, é quando a vontade é imposta mediante grave ameaça, fazendo com que a vítima aja livremente. Também se distingue do estado de perigo e do erro, pois o primeiro configura-se quando a vítima ou alguém de sua família corre risco de vida, onde o agente se aproveita do estado calamitoso da outra parte. Por último, o erro, destaca-se quando o agente tem uma falsa realidade ou o mesmo é ignorado no contrato, mas se a vítima tivesse a ideia verdadeira do mesmo, não efetuaría o negócio.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desfecho do presente artigo, que no qual possui o intuito de abordar os procedimentos do negócio jurídico em nosso país, podemos observar que o negócio jurídico existe desde os primórdios do direito Romano, e tinha como objetivo, equalizar as relações comerciais da época. Contudo, no decorrer dos anos, este instituto foi sendo globalizado para outras civilizações, dando oportunidades para as mesmas, dar um realce de equidade para os negócios locais.

Dessa forma, temos a certeza de que no âmbito social e nas relações comerciais, existem várias formas de proclamar um negócio jurídico, possuindo uma série de regramentos jurídicos, a fim de legalizar tal ato e validar o negócio propriamente dito, para que no futuro não sofra invalidações, ou que o torne sem efeito.

Os requisitos de existência indispensáveis do negócio jurídico são trazidos pelo código civil, sendo necessário ter a declaração de vontade das partes, finalidade negocial e a idoneidade do objeto. No entanto, para que o negócio seja válido, e que o negócio produza efeitos, o negócio jurídico necessita ter requisitos indispensáveis, bem como: o agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Devido ao grande número de defeitos nos negócios jurídicos em geral, o código civil trouxe como forma apassivadora e de maneira preventiva as espécies dos defeitos, são eles o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores, bem como sua prevenção e a invalidação, caso ocorra respectivamente.

Ante o exposto, sabemos que muitos indivíduos leigos, não sabem as características, elementos de validade e eficácia dos negócios jurídicos propriamente ditos.

Muitas vezes, celebram negócios que em sua própria essência já nascem invalidados ou configuram vícios em seu fim. Portanto, nossa missão é proporcionar uma entrega de conhecimento, capaz de auxiliar várias pessoas a pactuar negócios válidos e eficazes, propiciando uma maior celeridade nas relações humanas.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 – Parte Geral.** 17°. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

BRASIL. LEI Nº 13.103, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25°. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001; p. 195

KARL, Larenz. **Derecho Civil. Parte General.** 1°. Ed. Editora Ediciones Olejnik, 2019; p. 421

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado.** 2°. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004; p. 291

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol.: 1.** 3° ed. Editora Forense, 2017; p. 307-308.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil - Introdução.** 10°. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018; p. 394.

OLIVEIRA, Moacyr de. **Enciclopédia. Saraiva do Direito,** São Paulo, Saraiva, 1977, p. 504.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Revista Do Advogado.** n. 68; p. 36.

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE REINCIDÊNCIA E RESSOCIALIZAÇÃO

TAYLON ALVES FONTOURA.

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG²³.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES.²⁴

(orientador)

RESUMO: A realidade do sistema prisional brasileiro tem sido como um dos grandes problemas do Brasil e constantemente associado ao aumento da criminalidade, uma vez que muitos presos aperfeiçoam as práticas criminosas dentro desses locais, reincidindo novamente no mundo do crime. Entre os problemas encontrados nos presídios, tem-se a superlotação carcerária, a falta de higienização, de alimentação adequada, dentre outros. Num esclarecimento mais amplo em relação ao assunto, destaca-se a ressocialização – que têm suas diretrizes fixadas na Lei de Execução Penal, normatizada pela Lei nº 7.210/84 – que num sentido abstrato representa a reeducação social, onde o apenado poderá reingressar à sociedade sem ter o caráter delituoso. Nesse contexto o presente estudo teve a finalidade de discorrer sobre o atual sistema penitenciário brasileiro e seu impacto na reincidência e no processo de ressocialização. Para realizar o presente trabalho os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados ficou claro constatar que a educação e o trabalho ainda são o melhor caminho para que o apenado seja ressocializado de forma efetiva e que não venha a reincidir novamente.

Palavras-chave: Reincidência. Ressocialização. Prisão. Trabalho. Educação.

BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: AN ANALYSIS OF RECIDIVISM AND RESOCIALIZATION

ABSTRACT: The reality of the Brazilian prison system has been considered as one of the great problems of Brazil and constantly associated with increased crime, as many prisoners improve criminal practices within these places, recurring again in the world of crime. Among the problems encountered in prisons, there is prison overcrowding, lack of sanitation, proper nutrition, among others. In a broader clarification in relation to the subject, it stands out resocialization-which have their guidelines set forth in the Law of

23 E-mail: taylonafontoura@unirg.edu.br.

24Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: joseaugusto@unirg.edu.br.

Criminal Execution, regulated by Law nº. 7.210/84-which in an abstract sense represents social re-education, where the inmate may reign to society without having the criminal character. In this context, the present study had the purpose of discussing the current Brazilian penitentiary system and its impact on recurrence and the process of resocialization. To perform the present work the materials used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results it is clear that it is clear that education and work are still the best way for the inmate to be effectively resocialized and that it will not recur again.

Keywords: Recurrence. Resocialization. Prison. Work. Education.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sistema prisional brasileiro: realidade fática. 3. Reincidência e ressocialização: descrição dos institutos. 4. Consequências jurídicas e sociais. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A situação dos presídios brasileiros é alarmante. Diversas pesquisas apontam um quadro onde a criminalidade dentro dos presídios é bastante atuante, e tem como consequência o aumento da criminalidade dentro e fora desses estabelecimentos. Por conta disso, nota-se que a finalidade da norma penal não é atingida, ou seja, não possui os resultados voltados para a prevenção e ressocialização do apenado.

Frente a essa realidade, o presente trabalho buscou discorrer a respeito do impacto que a realidade do sistema penitenciário brasileiro possui sobre a prática da reincidência e do processo de ressocialização do apenado. É nítido observar que uma prisão pode ser palco para que o apenado ou se ressocialize ou venha a praticar novos (ou mesmo) crimes.

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional que divulgou um relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil, onde foi formulado a partir do estudo de 979 mil presos e tem como linha temporal de análise do período de 2008 até 2021, mostrou que a média de reincidência no primeiro ano no sistema prisional é em torno de 21%, progredindo até uma taxa de 38,9% após 5 anos.²⁵

Com o dado acima, nota-se que o sistema prisional ainda possibilita que o apenado venha a cometer novos delitos, indo contra os preceitos da natureza penal, que é de

25 SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. **Reincidência Criminal no Brasil**. 2022. Disponível em: <file:///C:/Users/BOX/Downloads/Reincid%C3%A2ncia%20Criminal%20no%20Brasil%20%202022.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

prevenir que os indivíduos venham a cometer novos crimes.

Paralelo a isso, tem-se o processo de ressocialização. Nesse ponto, para que a ressocialização seja efetivada, consagra-se a educação e o trabalho. Como acentua Masson (2017), a educação e o trabalho possuem uma enorme importância no processo de ressocialização do apenado, que diante de uma situação deprimente encontrada dentro das penitenciárias, muitas vezes não tem a oportunidade de se ressocializar, e quando conseguem a liberdade, voltam a cometer novos crimes.

Frente a esse contexto, este estudo teve a finalidade de discutir a influência que o sistema prisional brasileiro possui na prática de reincidência e no processo de ressocialização. Buscou-se com esse tema trazer à tona a realidade das prisões brasileiras, e analisar as medidas do trabalho e da educação como forma de mudança a esse cenário.

Na metodologia, sendo uma revisão bibliográfica, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os meses de abril e maio de 2023. Os descritores foram: Sistema Carcerário; Educação; Trabalho; Ressocialização e Reincidência.

2. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: REALIDADE FÁTICA

Para evidenciar a prevenção da reincidência e a eficácia das medidas ressocializadoras, é preciso também descrever o quadro real sobre o sistema penitenciário brasileiro. Isso se faz necessário para dar melhor compreensão sobre o quanto as medidas ressocializadoras são importantes diante da realidade encontrada e relatada em artigos e estudos doutrinários coletados.

Em diversos estudos pesquisados foi possível perceber uma unanimidade em relação à atual situação dos presídios brasileiros. *A priori*, inicia-se com as palavras de Figueiredo Neto et al. (2009, p. 06) ao qual aduzem que “no Brasil as prisões podem ser consideradas como um dos piores lugares em que o ser humano pode viver. Elas estão abarrotadas, sem condições dignas de vida, e menos ainda de aprendizado para o apenado”.

As palavras mencionadas acima não se encontram isoladas, pelo contrário, mostram inicialmente um quadro alarmante sobre o quão precário se encontra os presídios brasileiros. É notável detectar que as prisões brasileiras estão em declínio, não representando mais um local ressocializador ou que venha a ajudar na prevenção da criminalidade.

Os problemas encontrados nos presídios brasileiros são variados. Os que mais

chamam a atenção são: a superlotação, a falta de infraestrutura dos próprios presídios, as péssimas condições de higiene, demora do trabalho da Defensoria Pública aliado à morosidade do Poder Judiciário, dentre outros.

Na questão refere à superlotação, este problema tem sido considerado por vários doutrinadores jurídicos e sociólogos como a origem da maioria dos problemas enfrentados nos presídios. Muitas celas contêm mais presos do que suporta, causando desconforto e má qualidade de vida aos presos.

Dentre os efeitos da superlotação, encontra-se o ensino que o apenado possui a respeito das técnicas da criminalidade. Nesse ponto, "a convivência entre os condenados e aqueles que estão somente cumprindo prisões cautelares favorece o aprendizado das artes e manobras do mundo do crime" (GALDINO, 2014, p. 03).

Da superlotação também se origina os problemas sanitários, uma vez que nas celas superlotadas não existem camas e nem espaço suficientes para todos, "fazendo-se o sistema de rodízio em que muitos são obrigados a dormir no chão na companhia de insetos e roedores que disseminam inúmeras enfermidades" (GALDINO, 2014, p. 03).

Ainda devido à superlotação, pode-se notar a total ausência de privacidade, os problemas psicológicos que acabam por desencadear sentimentos negativos como a indignação e a revolta contra o sistema, fazendo surgir a vontade de delinquir novamente. Na maioria das prisões brasileiras, as condições subumanas a que os presos estão sujeitos, fazem aumentar a violência, o confronto entre gangues e organizações criminosas, o envolvimento com tráfico de drogas, a troca de favores ilícitos, dentre outros aspectos.

Sob essa ótica, expõe-se:

Nenhum preso se conforma com o fato de estar preso e, mesmo quando conformado esteja, anseia por liberdade. Por isso, a falta de perspectiva de liberdade ou a sufocante sensação de indefinida duração da pena são motivos de inquietação, de intranquilidade, que sempre se refletem, de algum modo na disciplina (ZACARIAS, 2016, p. 56).

Para alguns autores a prisão – seja ela feminina ou a masculina – dificilmente trará algum benefício. Ou seja, os presos, sejam eles homens ou mulheres não irão ser ressocializados, pois a situação ao qual passaram nos presídios impossibilita esse garantismo.

No caso das mulheres a situação ainda é pior, porque além de já terem tido a experiência negativa de um presídio, ao saírem ainda serão estigmatizadas pela sociedade e pela própria família.

Com base nesse quadro alarmante, percebe-se claramente que esses problemas ferem diretamente um dos principais princípios do ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Contido no texto constitucional, esse princípio defende amplamente o respeito, a liberdade e a dignidade do indivíduo, além de outras garantias.

Diante da atual realidade carcerária, “os encarcerados não são tratados como humanos, e as condições em que estão depositados nas casas prisionais não oferecem o mínimo para que possa ao menos impedir a degradação do sujeito e sua personalidade” (GALDINO, 2014, p. 04).

Em face disso, a atual situação dos presos brasileiros está longe do ideal previsto em lei, apresentando uma realidade pautada na formação de novos delinquentes, que com a experiência exercida dentro dos presídios acabam por ir contra o principal objetivo da pena: a ressocialização do condenado.

3. REINCIDÊNCIA E RESSOCIALIZAÇÃO: DESCRIÇÃO DOS INSTITUTOS

Antes de se adentrar na discussão central desse trabalho, é preciso estabelecer determinados conceitos a respeito da reincidência e da ressocialização. O primeiro deles diz respeito a reincidência. Ela é tida como uma das circunstâncias agravantes encontradas no texto penal, mais especificamente no art. 61, I, sendo empregada na segunda fase de aplicação da pena (BRASIL, 1940).

O seu conceito pode ser visto no seguinte texto normativo:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

(BRASIL, 1940)

Masson (2017) explica que o réu reincidente que comete delito, cuja pena seja de reclusão deve iniciar o seu cumprimento em regime fechado. Porém, o autor acentua que é possível admitir o regime semiaberto ao reincidente que praticar crime cuja pena seja inferior a quatro anos e as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, conforme teor da súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Greco (2017) acrescenta que a reincidência pode ser classificada em genérica (quando os crimes praticados são de tipos penais diferentes (espécies diferentes), específica (quando os crimes praticados são da mesma espécie – mesmo tipo penal) e ficta, (quando o autor comete um crime novo depois de ter sido condenado, porém sem ter cumprido a pena).

O outro instituto abordado nesse estudo é o da ressocialização. D'Oliveira (2014, p. 19) em seu turno nos explica que "a ressocialização é um termo que está ligado ao sentido de reabilitação, recuperação, readaptação, reinserção, dentre outros".

Nos dizeres de Dick (2021) a ressocialização nada mais é do que o processo pelo qual um apenado passa para poder reintegrar à sociedade sem o intuito de cometer novos delitos. É uma espécie de socialização, reaprender o ato de conviver em sociedade, retomando a coabitação em grupo em harmonia. O supracitado autor ainda acrescenta que a ressocialização é um termo de resultado da soma do prefixo Re (repetição) + Socialização (ato de socializar). (DICK, 2021).

Em outro conceito, Souza e Silveira (2015) explicam que a ressocialização traz a ideia de retorno à sociedade, de reintegração a um ambiente anteriormente vivido. Essa nova inserção social vem como forma de inovação de comportamento, de uma não repetição dos atos delituosos.

Também pode ser entendida como "um agrupamento de tributos que possibilita o indivíduo a se tornar útil para si mesmo e para sociedade" (SOUZA; SILVEIRA, 2015, p. 09). Nota-se que com esses conceitos preliminares, entende-se que a ressocialização é uma nova chance que o indivíduo possui de voltar ao convívio social de modo pacífico e equilibrado.

No âmbito penalista, o presente termo está direcionado a uma reeducação social, onde o apenado poderá reingressar à sociedade sem ter o caráter delituoso. Como explica Costa (2020) são um conjunto de ações que buscam fazer o preso readaptar à sociedade sem o ânimo de cometer novos crimes, podendo assim conviver socialmente de forma positiva.

Costa (2020) ainda aponta que a ressocialização faz com que o preso possa recuperar os seus aspectos psicossociais, profissionais e educacionais. Por meio da

ressocialização, ele poderá estudar, trabalhar e viver em harmonia com os outros.

De acordo com Molina (2014) o processo ressocializador traz ao preso uma oportunidade de reintegrar à sociedade de maneira digna e ativa, sem traumas e limitações. É um conjunto de fatores sociopolíticos, que estão interligados e possuem o objetivo de restituir ao preso seus direitos de cidadão no pós-pena.

A base legal da ressocialização se encontra na Lei de Execução Penal (LEP), instituída pela Lei nº 7.210/1984. É nesta norma jurídica que se encontra as medidas ressocializadoras que irão ajudar o apenado no seu processo de reintegração a sociedade. É esta lei que irá trazer os preceitos e direcionamentos que o Estado terá de executar para que o processo ressocializador seja efetivado com sucesso.

No art. 1º da presente lei, encontra-se a finalidade da Execução Penal, que é efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e criar estruturas sólidas para a integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984).

O foco da LEP “é fazer com que todos os presos tenham seus direitos e garantias respeitados e observados no decorrer do cumprimento da pena, além de conceder condições para que a ressocialização seja cumprida de forma digna e respeitosa” (MARQUES; GRECHINSKI, 2020, p. 10).

Marcão (2015, p. 25) ao discorrer sobre a LEP afirma que é possível notar um “duplo objetivo dessa norma, ao qual primeiro se busca dar sentido e efetivação do que foi decidido criminalmente e também estabelecer condições favoráveis para que o apenado possa voltar a sociedade sem a natureza criminológica”. Esse processo de reintegração por meio da ressocialização é o que se baseia principalmente a norma penalista e a de Execução Penal.

Nesse processo, encontra-se o Estado. Como bem normatiza o art. 10º da Lei nº 7.210/84 é obrigação do Estado prestar assistência ao preso e ao internado em todas as suas formas, sem distinção. Gomes (2016, p. 13) diz que “o Estado é o principal responsável para garantir um retorno à sociedade do preso de maneira segura e eficaz, ao qual só será possível por meio de aplicação de medidas ressocializadoras”.

Sobre a ressocialização e seu processo, a LEP traz em alguns artigos as regras que são base para que ele seja efetivado. Nesse sentido, cita-se, por exemplo, o art. 3º que traz o garantismo do condenado em ter todos os seus direitos respeitados; cita-se também o art. 11 que detalha a execução da assistência estatal (material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa); o art. 25 ao qual enfatiza a orientação e apoio ao condenado são as bases para uma assistência positiva; o art. 27 que coloca o serviço de assistência social

como auxiliador do condenado na reinserção ao mercado de trabalho, etc.

Além da LEP, importante mencionar o órgão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) que instituiu as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil através da Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994.

Dessa forma, entende-se que a Lei nº 7.210/84 juntamente com a Resolução nº 14/1994 são as duas principais normas jurídicas que normatizam o processo de ressocialização no sistema penitenciário brasileiro, buscando proteger o preso e fazer com que ele volte para o convívio social sem o desejo de cometer novos crimes e que tenha uma boa convivência com os demais.

Com base nessas normas acima citadas, entende-se que é de responsabilidade do poder público a aplicação de medidas que possam ressocializar o apenado. Nesse cenário, também cabe a sociedade auxiliar esse preso a ter uma reintegração efetiva e digna. Ou seja, Estado e sociedade são o alicerce que darão base para que o apenado possa ser plenamente ressocializado e que trilhe um caminho longe da criminalidade (DICK, 2021).

4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

O sistema prisional brasileiro, como já mencionado, não é eficaz na prevenção e ressocialização do apenado. Dentre das prisões, o apenado ainda continua praticando crimes, se distanciando do processo ressocializador ao qual possui direito.

O que se tem verificado, é que, por exemplo, a reincidência é mais comum do que se imagina. Como mencionado na introdução deste estudo, o Departamento Penitenciário Nacional divulgou o relatório sobre a reincidência criminal no Brasil.²⁶

Além dos dados já citados na parte introdutória desta pesquisa, nesse mesmo relatório apontou que os crimes relacionados a drogas, além de roubo e furto, são os mais frequentes na reincidência criminal. O estudo indicou uma taxa moderada de 37,6% de reincidência criminal no Brasil, similar à de países vizinhos como Argentina, Colômbia e Paraguai.

Apenas com essa informação, verifica-se que o sistema prisional não vem trazendo uma diminuição à prática de crimes. Ao contrário, já no primeiro ano, os apenados iniciam o cometimento de novos delitos. Dessa forma, entende-se que como a reincidência é muito rápida, é preciso atenção especial aos presos logo após a saída da prisão.

²⁶ SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. **Reincidência Criminal no Brasil**. 2022. Disponível em: <file:///C:/Users/BOX/Downloads/Reincid%C3%AAncia%20Criminal%20no%20Brasil%20%202022.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

Da mesma forma, a ressocialização ainda é vista como ineficaz, uma vez que os presos ao saírem voltam para a criminalidade, às vezes, mais 'perigosos' do que quando entraram.

Diante dessa realidade alarmante, algumas medidas devem ser tomadas para que os presos possam ser ressocializados e que não voltem ao cometimento de crimes. Para isso, dar-se ênfase à educação e ao trabalho.

Para que a ressocialização possa conceber frutos positivos é preciso que se aplique medidas ressocializadoras. A própria norma brasileira em seu bojo traz quais são essas medidas: a educação e o trabalho. Essas duas medidas são entendidas como as principais no que concerne à ressocialização.

Como bem esclarece Gomes (2016) a educação e o trabalho são fundamentais para que o apenado possa reintegrar a sociedade de forma competente e que possa ter possibilidades de crescimento e ascensão.

Uma vez que o estudo e o trabalho são condições fundamentais na formação individual, nada mais coerente do que eles serem as medidas centrais no processo ressocializador.

A educação faz parte do desenvolvimento humano. É uma importante ferramenta de crescimento intelectual e social, pois traz ao indivíduo um senso crítico e didático sobre o conteúdo e sobre a sua vivência na prática. A educação acaba por se tornar um aspecto essencial para o homem.

Como afirma Unbehaum (2016) a Educação constitui não apenas um direito fundamental que garante o crescimento de uma nação, mas também representa o desenvolvimento positivo de cada pessoa. Segundo essa autora, a educação permite que cada um aprenda a se preparar para a vida.

Esta área como já mencionada é tão importante que se encontra, para fins desse estudo, na Lei de Execução Penal, normatizada pela Lei nº 7.210/1984. Dentro desse contexto, a educação encontra espaço como sendo uma medida de extrema importância para que o preso possa sair do presídio de modo a não mais reincidir sobre qualquer outro crime e que o mesmo possa se restabelecer ao convívio social de maneira harmônica.

Pêpe (2015, p. 03) menciona que "a educação é um dos principais componentes do processo ressocializador, tendo em vista as condições de indigência escolar da expressiva maioria da população carcerária". A grande maioria dos presos hoje são reflexos de uma má educação social, muitos não tiveram a oportunidade de frequentar escolas (públicas ou

privadas) e acabaram se educando na marginalidade, nas ruas e nos becos, não tendo conhecimento do que é moral ou imoral.

Na opinião de Mayer (2016, p. 21) “mesmo tendo direito à educação, os presos não a consideram prioridade, provavelmente porque eles aprenderam a viver sem ela, porque para eles escola quer dizer fracasso e frustração”. De qualquer forma, “a educação funciona como importante trunfo no processo de ressocialização dos apenados, com alguns resultados pontuais” (HAMZE, 2018, p. 08).

A educação no sistema prisional é tratada nos arts. 17 a 21 e no art. 40, inciso VII da Lei de Execução Penal. Seu objetivo é “qualificar o indivíduo para que ele possa buscar um futuro melhor ao sair da prisão, já que o estudo é considerado um requisito fundamental para entrar no mercado de trabalho” (SILVA, 2017, p. 04).

Para isso deve haver uma educação profissional, onde o apenado mesmo indisposto ou com pouco conhecimento, possa aprender a se comunicar e a socializar, por meio da educação. Unbechaum (2016, p. 03) sustenta que “para se alcançar educação de qualidade é necessário pensar também sobre a qualidade do ensino também dentro dos presídios, para que se chegue o mais próximo possível dos objetivos propostos”.

Na educação profissional, deve-se voltar para as atividades que melhor tirem das aptidões físicas e intelectuais dos apenados, que se ampliem os seus interesses e aperfeiçoe o seu desenvolvimento. Por outro lado, é possível que muitos apenados participem das atividades educativas sem mesmo se interessar pela educação propriamente dita, como por exemplo, sair das suas celas, estar com os companheiros, evitar o trabalho, dentre outros. (MAYER, 2016)

Nas penitenciárias, mesmo refletindo em diferentes correntes sobre os objetivos do sistema de justiça penal, a educação pode três objetivos imediatos; dos quais são:

1. Manter os reclusos ocupados de forma proveitosa;
2. Melhorar a qualidade de vida na prisão;
3. Conseguir um resultado útil, tais como ofícios, conhecimentos, compreensão, atitudes sociais e comportamento, que perdurem além da prisão e permitam ao apenado o acesso ao emprego ou a uma capacitação superior, que, sobretudo, propicie mudanças de valores, pautando-se em princípios éticos e morais. Essa educação pode ou não se reduzir ao nível da reincidência. Já os demais objetivos formam parte de um objetivo mais amplo do que a reintegração social e o desenvolvimento do potencial humano.

(OHNESORGE, 2014, p. 05)

Tendo o entendimento de que a educação é o único caminho para aumentar o potencial dos apenados em competência, capacidade e habilidade, todos os agentes que trabalham nessas unidades (desde o pessoal técnico e operacional até os próprios educadores) devem buscar recursos e esforços para efetivar o trabalho educativo (LIMA, 2018).

Além da educação, encontra-se o trabalho carcerário. O entendimento majoritário da doutrina jurídica é de que a ressocialização pelo trabalho é um meio seguro de equilíbrio na nossa sociedade. Lima (2018, p. 15) defende a ideia de que é “através do trabalho, os indivíduos garantem equilíbrio e melhor condicionamento psicológico, bem como melhor comprometimento social”.

Insta salientar que o trabalho a ser realizado pelo encarcerado é um direito e um dever, uma vez que cumprem tanto as funções educativas quanto produtivas. O trabalho como um direito ajuda o encarcerado a colocá-lo no sistema progressivo de cumprimento da pena. No trabalho como um dever, concerne na reinserção do apenado ao contexto social, principalmente no mercado de trabalho.

O trabalho provoca no homem inúmeros benefícios; assim:

O trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por enveredar, por falta de opção, na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena (ZACARIAS, 2016, p. 30).

A Lei de Execução Penal prevê que “o trabalho do apenado deve ser remunerado, e tal valor não pode ser inferior a três quartos do salário mínimo nacional” (BRASIL, 1984). Também são garantidos aos apenados os benefícios da Previdência Social. Cabe destacar ainda que o trabalho do preso não é ancorado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ainda no contexto do trabalho, há a figura da remição da pena, que de acordo com o previsto no art. 126, parágrafo único da LEP, “a cada três dias trabalhados é remido um dia da pena” (BRASIL, 1984). A respeito disso, Lima (2018, p. 12) entende que “a remição é um estímulo para abreviar o cumprimento da sanção e assim alcançar a liberdade condicional ou definitiva”.

O instituto da remição tem sido um grande avanço para a execução penal, mas não vem a ser o ideal, devido ao fracasso do Estado Democrático de Direito. Remição não pode ser confundida com “remissão”. Remição é ato ou efeito de remir, resgatar uma dívida ou liberação de ônus, de obrigação por ato favorável praticado. Por remissão, deve-se entender apenas como perdão de um ato contrário à norma estabelecida, é a desobrigação ou a incapacidade para punir (LIMA, 2018).

A remição nada mais é que o resgate, pelo trabalho do preso, de parte do tempo de execução da pena. Para Nucci (2018, p. 53) a remição é como “desconto do tempo de pena privativa de liberdade, cumprido nos regimes fechado e semiaberto, pelo trabalho, na proporção de três dias trabalhados por um dia de pena”.

A remição de pena é ofertada ao preso como um estímulo para reeducar-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva.

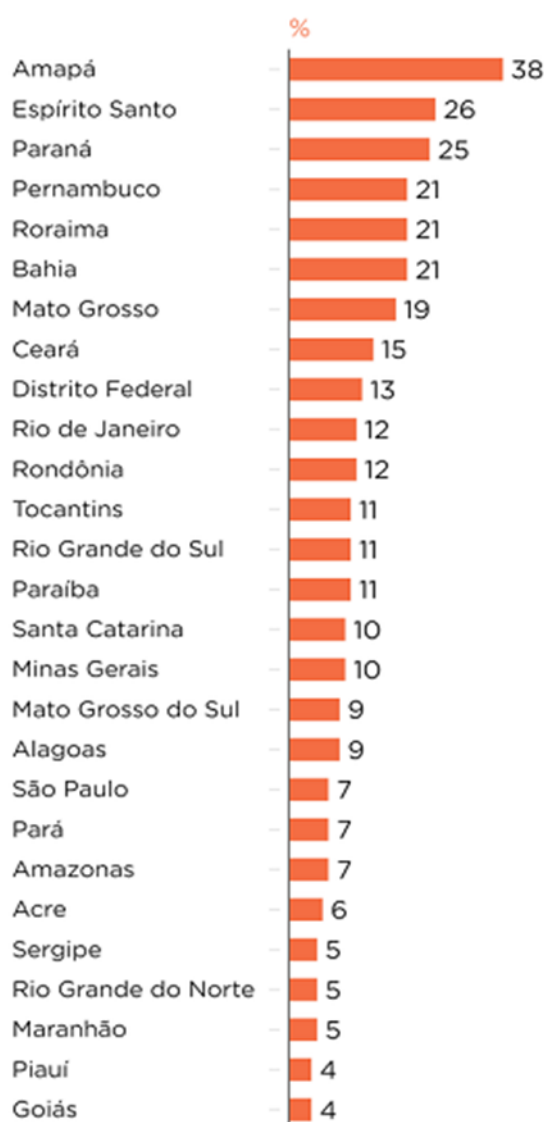
Uma vez estabelecido a importância da educação e do trabalho para o desenvolvimento humano e a sua relevância dentro do cenário carcerário, é necessário analisar de que forma essas medidas tem sido realizadas nos presídios brasileiros e apontar posteriormente quais ações estão sendo feitas para mudar a realidade encontrada.

Inicialmente nos materiais pesquisados, encontraram-se inúmeros dados estatísticos onde mostram que no Brasil há uma enorme defasagem no ensino educativo nos presídios brasileiros.

A priori, de acordo com Oliveira (2017) dos mais de 700 mil presos em todo o país contabilizados no ano de 2017, 8% deles são analfabetos, 70% não chegaram a concluir o ensino fundamental e 92% não concluíram o ensino médio. Não chega a 1% os que ingressam ou tenham um diploma do ensino superior. Apesar do perfil marcado pela baixa escolaridade, diretamente associada à exclusão social, nem 13% deles têm acesso a atividades educativas nas prisões.

Em um dado mais recente aponta que é ínfimo o número de presos que estejam envolvidos em alguma atividade educacional nos estados brasileiros, conforme mostra o Gráfico 1:

Gráfico 1 – Presos envolvidos em educação formal



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (2018) *apud* CHARLEAUX (2018)

O gráfico acima mostra o percentual de presos que têm garantido o acesso à educação formal no Brasil, por Estado. O termo “educação formal”, neste caso, se refere a “alfabetização, ensino fundamental, ensino médio, ensino superior, curso técnico (acima de 800 horas de aula) e capacitação profissional (acima de 160 horas de aula), em suas modalidades presenciais e à distância” (CHARLEAUX, 2018, p. 01).

Nota-se pelo Gráfico 1 que no Piauí e no Goiás apenas 4% dos presos frequentam salas de aula. Só por esse fato já dá pra se ter a exata noção do quanto os presos ainda estão longe das salas de aula dentro dos presídios.

Esse quadro alarmante encontrado no país é reflexo de uma cultura social que quase

nunca pensa sobre a situação dos presos, ao qual muitos não possuem qualquer empatia com eles.

Ao se encontrarem em privação de liberdade, a sociedade de um modo geral possui a visão que essa situação não é suficiente, onde é necessário acrescentar condições deploráveis de detenção, sofrimentos físicos, enquanto não é esse o objetivo da prisão (CORRÊA, 2022).

Se a grande parcela das pessoas civis não se interessa pela condição ao qual um preso se encontra dentro de um estabelecimento prisional, dificilmente irá se preocupar em fornecer ou ajudar a implantar atividades educacionais nesses lugares. Pouco importa se a educação ou o trabalho está sendo efetiva ou não nos presídios.

Para Corrêa (2022, p. 07) “a educação e o trabalho do preso é um direito. Não tem mais o que se discutir sobre isso. No entanto, é tratada como um privilégio, por meio de projetos, e não como parte de uma política pública de educação”.

No Brasil a educação prisional ainda está longe do ideal. Problemas como: pouco espaço apropriado para os estudos e materiais pedagógicos específicos para as necessidades dos alunos presos, falta de professores (aliado ao despreparo de muitos para lidar com esses indivíduos), falta de infraestrutura nas prisões para conceder um lugar para leitura, dentre outros, são facilmente encontrados em quase uma totalidade dos presídios e cadeias no país.

Oliveira (2017, p. 01) salienta que “as prisões brasileiras não foram concebidas enquanto unidades educacionais. Nesses mais de 1.800 “depósitos de gente” construídos no Brasil não há instalações adequadas para sala de aulas”.

E isso é preocupante porque mostra claramente que a educação, conforme estabelece a lei, não está sendo efetiva. E a falta de cumprimento dela gera consequências negativas, não apenas para a sociedade e para o Estado, mas principalmente para esses indivíduos.

Sem uma educação decente, dificilmente os presos irão ter algum trabalho digno. E isso também remete a outro obstáculo enfrentado pela educação prisional: a concorrência desleal que essa área tem com o trabalho, que é obrigatório e oferece remuneração.

Nos estudos coletados ficou evidente destacar que ainda que as duas atividades ofertem remissão da pena, o trabalho é mais incentivado pelos diretores dos presídios. Isso se explica pelo fato de que os diretores de presídios têm o receio de, caso todos os presidiários quisessem estudar e o Estado não conseguir atender, a Justiça ter de libertá-los para estudar lá fora. Na visão de Queiroz (2016 apud OLIVEIRA, 2017, p. 03) “que situação teríamos no sistema carcerário se de repente todos os presos quisessem estudar?”.

Apesar dessa realidade preocupante, diversos estados brasileiros já vêm implantando medidas e ações que visem sanar esse cenário. A título de exemplo, buscando a redução da superlotação de presídios e a ampliação de acesso ao estudo e ao trabalho, o governo de Goiás, por meio da Secretaria de Segurança Pública, assinou o Termo de Cooperação Técnica “Inclusão Social é Educação!”, que tem como objetivo a reintegração dos presos à sociedade, através da implementação de estudo e cursos profissionalizantes e do trabalho (ASCOM, 2019).

Rasmussen (2021) cita por sua vez, que a Polícia Penal do Estado de Goiás, por meio da Superintendência de Reintegração Social e Cidadania, mantém vários projetos de ressocialização no sistema penitenciário goiano. O autor menciona que atualmente trabalham um número correspondente a quase 22% da população privada de liberdade em Goiás. Já na área da Educação, 1.460 custodiados estão matriculados no ensino fundamental e médio e outros 500 frequentam cursos profissionalizantes. Em algumas unidades prisionais, 90% dos presos estão envolvidos em atividades de ressocialização.

O Estado do Paraná que por meio da “Secretaria de Estado da Educação, garante acesso à alfabetização, à escolarização básica e à formação superior a aproximadamente 36% dos presos que cumprem pena nas 33 unidades prisionais do estado” (DUDEQUE, 2019, p. 01).

Nesse estado, encontra-se essa aplicabilidade dessa medida através da escolarização das séries iniciais e finais do Ensino Fundamental e Médio na modalidade Educação de Jovens e Adultos (EJA), qualificação profissional e a possibilidade de cursar uma faculdade à distância (DUDEQUE, 2019).

A educação prisional é realizada da seguinte forma:

Os detentos da Unidade de Progressão da Penitenciária Central do Estado (PCE), em Piraquara (na Região Metropolitana de Curitiba) estão matriculados no Centro Estadual de Educação Básica para Jovens e Adultos Doutor Mário Faraco, que fica dentro do Complexo Penitenciário. O CEEBEJA tem seis salas de aula com carteiras, laboratório de informática com 16 computadores e acesso restrito à internet, sala de leitura e uma biblioteca, além das salas dos professores e pedagogos. A Unidade de Progressão é a única em regime fechado do Complexo Penitenciário que oferece a educação nos três turnos. Funciona assim: quando não estão em sala de aula, os presos estão trabalhando no contraturno. Quem estuda pela manhã, trabalha à tarde, e vice-versa. Já quem estuda à noite, trabalha oito horas em empresas parceiras da unidade. A cada 12

horas de estudos, os presos têm um dia a menos de pena para cumprir. Além disso, a cada livro lido, são reduzidos quatro dias de pena. Mas não basta apenas ler. Eles precisam fazer um resumo e uma análise crítica da obra, que é avaliada pelo professor da sala de remição da pena pela leitura. As leituras também são indicadas de forma que sejam produtivas para o apenado (DUDEQUE, 2019, p 02).

Como verificado acima, o exemplo encontrado no Paraná traz uma luz para a situação geral da educação prisional.

Com os exemplos mostrados, apesar de existir todos os problemas encontrados nos presídios brasileiros além da baixa escolarização dos presos, há um entendimento claro por parte do Poder Judiciário em enfatizar o quão importante é a educação e o trabalho no processo de ressocialização de um preso.

Finaliza-se esse estudo, enfatizando a importância que o trabalho e a educação possuem no contexto discutido. O aumento de oferta de cursos ou de atividades laborativas irá contribuir para o processo de ressocialização dentro das unidades prisionais, pois essas medidas são um direito de todos e auxiliam na reinserção do reeducando na sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto neste estudo, fica claro constatar que a educação e o trabalho são as melhores ações educativas que o apenado possui para poder voltar à sociedade de maneira limpa e digna, evitando que possa cometer novos delitos.

Mas para que essas ações educativas possam dar o efeito desejado é preciso uma coalizão entre o Estado, a família e os profissionais envolvidos diretamente no sistema carcerário. Cabe colocar nesse grupo, a Justiça, uma vez que é por meio dela que não apenas se julga e condena o criminoso, mas também é o principal meio que as leis sejam cumpridas.

O sistema carcerário, a princípio, deveria cumprir uma função ressocializadora. No entanto, é de conhecimento público que, em geral, os presídios têm sistematicamente falhado nesse objetivo, uma vez que pouco preparam o indivíduo para a vida fora da cadeia. Portanto, a ressocialização tem sido objeto das iniciativas voltadas a apoiar os egressos do sistema prisional - ou os indivíduos em liberdade condicional - atuando na minimização dos efeitos negativos provocados pelo encarceramento. Nesse sentido, essas iniciativas focam em prover uma espécie de transição planejada para a vida em liberdade.

Apesar dos inúmeros problemas contidos nos presídios no Brasil, como a falta de higienização, de alimentação adequada e principalmente da superlotação, dentre outros,

as ações educativas ligadas à educação e ao trabalho, podem dar ao apenado a motivação adequada para a sua ressocialização, fazendo com que o mesmo não venha a cometer outros crimes.

O que se deve sempre ter em prioridade é a humanização do apenado, trazendo-o para dentro do sistema carcerário, dando a ele um novo caminho a seguir, fazendo valer o intuito da pena: a prevenção. Assim, é nítido concluir que a ressocialização dos presos no Brasil deve passar obrigatoriamente pela educação profissional e pela habilitação profissional, que são o melhor caminho que um ser humano pode recorrer para se desenvolver e obter sucesso.

Ademais, a solução para que a ressocialização se efetive é uma política carcerária que garanta dignidade ao preso em todos os sentidos, desde a prática de atividade educativa até o acesso ao trabalho profissionalizante. É através da educação e da profissionalização do condenado que se tornará possível oferecer condições para o reingresso no mundo do trabalho e conseqüentemente no convívio social.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CORRÊA, M. **Ressocialização e reintegração: breve debate**. Temáticas, Campinas, SP, v. 30, n. 59, p. 337–362, 2022.

COSTA, Lugan Thierry F. **A relação de reciprocidade entre inclusão e exclusão: o caso do complexo penitenciário de pedrinhas**. Intl. J. Dig. Law (IJDL), v.1, n.2, 2020.

CHARLEAUX, João Paulo. **O acesso dos presos à educação nas cadeias brasileiras**. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/11/08/Oacessodospresos%C3%A0-educac%C3%A7%C3%A3o-nas-cadeias-brasileiras>. Acesso em: 25 mar. 2023.

D' OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. **A história do direito penal brasileiro**. Período Científico Projeção, Direito e Sociedade, v.5, n.2, 2014.

DEMBOGURSKI, Lucas Sena de Souza; OLIVEIRA, Dijaci David de; DURAES, Telma Ferreira Nascimento. **Análise do processo de ressocialização. O método da Associação de Proteção e Assistência a Condenados**. Rev. Cien. Soc., Montevideo, v. 34, n. 48, p. 131-154, jun. 2021.

DICK, Cássio Samuel. **Ressocialização do preso: uma revisão bibliográfica**. Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação, 7(1), 518–528; 2021.

DUDEQUE, Marcia. **Paraná garante acesso à educação no sistema prisional**. 2019. Disponível em: <http://www.educacao.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=8117>. Acesso em: 25 mar. 2023.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; MESQUITA, Yasnaya Polyanna Victor Oliveira de; TEIXEIRA, Renan Pinto; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. **A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301. Acesso em: 25 mar. 2023.

GALDINO, Sabrina Andrade. **Ressocialização do condenado: Propostas à eficácia do sistema punitivo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14151. Acesso em: 26 abr. 2023.

GOMES, Luiz Flavio. **Brasil: duas décadas de populismo penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. Volume 1. Ed. Impetus. 18ª Edição, revista, ampliada e atualizada. 2016.

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

HAMZE, Amelia. **Alfabetização ou Letramento?** 2018. Disponível em: <http://www.educador.brasilecola.com/trabalhodocente/alfabetizacao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2023.

LIMA, Tom. **Educação é a base para a ressocialização de presos no Tocantins**. 2018. Disponível em: <https://portal.to.gov.br/noticia/2018/9/15/educacao-e-a-base-para-a-ressocializacao-de-presos-no-tocantins/>. Acesso em: 28 abr. 2023.

MARQUES, Leonardo Adami; GRECHINSKI, Sílvia Turra. **Análise do sistema carcerário sob os direitos fundamentais e os conceitos de ressocialização**. International Journal of Digital Law (IJDL), v.1, n.2, Ed. Especial, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral - vol. 1**. 11.ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: São Paulo: MÉTODO, 2017.

MAYER, Marc. **Na prisão existe a perspectiva da educação ao longo da vida? Alfabetização e Cidadania**. Revista de Educação de Jovens e Adultos. N.19, Brasília, 2016.

MOLINA, Antonio Pablos Garcia de. **Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos**. São Pulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2018.

OHNESORGE, Rui. **A Educação no sistema penitenciário e sua importância na Ressocialização**. 2014. Disponível em: <http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/aeducacaonosistemapenitenciario-sua-importancia-na-ressocializacao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2023.

OLIVEIRA, Cida de. **Menos de 13% da população carcerária tem acesso à educação**. 2017. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2017/07/mentos-de-13-da-populacao-carceraria-tem-acesso-a-educacao/>. Acesso em: 26 abr. 2023.

PÊPE, Washington. **A eficácia dos métodos de ressocialização nos presídios de Salvador – BA**. 2015. Disponível em: <http://wlpepe.jusbrasil.com.br/artigos/211083379/aeficaciadosmetodosderessocializacao-nos-presidios-de-salvador-ba>. Acesso em: 25 abr. 2023.

RASMUSSEN, Franz. **Polícia Penal de Goiás investe em projetos de reintegração social**. 2021. Disponível em: <https://www.seguranca.go.gov.br/galeria-de-fotos/policia-penal-de-goias-investe-em-projetos-de-reintegracao-social.html>. Acesso em: 24 abr. 2023.

SILVA, Francely Miranda da. **A importância da educação na Formação de cidadãos**. 2017. Disponível em: <https://pedagogiaaopedaleta.com/a-importancia-da-educacao-na-formacao-de-cidadaos/>. Acesso em: 26 abr. 2023.

UNBEHAUM, Sandra. **Qual é a importância da educação?** 2016. Disponível em: <http://www.vidasraras.org.br/site/politicas-publicas/424-qual-e-a-importancia-da-educacao>. Acesso em: 26 abr. 2023.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 9 ed. São Paulo: Tend Ler, 2016.

MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS NAS SUCESSÕES

LINCON RODRIGO BORGES:
bacharel em direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis/SP²⁷.

GLAUCIMARCOS FAKINE MARSOLI
ELOISA DA SILVA COSTA
(orientadores)

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso, tem como objetivo analisar o reconhecimento do instituto da multiparentalidade e suas mudanças na configuração das famílias, que ao longo do tempo levou o direito a reconhecer e amparar juridicamente este instituto, principalmente em relação ao vínculo parental, que antes era admitido apenas no âmbito biológico, mas conforme a evolução social também veio a ser reconhecido como parentesco civil, tornando-se o conhecido vínculo socioafetivo. Hoje esses dois modelos convivem pacificamente em diversas famílias e passou a haver uma demanda para que o Estado reconheça tais situações. Em decisão recente, o STF entendeu que não há hierarquia entre a paternidade/maternidade socioafetiva e a biológica, abrindo espaço para a multiparentalidade.

Palavras-Chave: Biológico; Socioafetivo; Parentesco Civil; Multiparentalidade; Paternidade; Maternidade.

ABSTRACT: This course completion work aims to analyze the recognition of the multiparentality institute and its changes in the configuration of families, which over time led to the right to recognize and legally support this institute, especially in relation to the parental bond, which before it was admitted only in the biological scope, but according to social evolution it also came to be recognized as civil kinship, becoming the well-known socio-affective bond. Today these two models coexist peacefully in several families and there has been a demand for the State to recognize such situations. In a recent decision, the Federal Court of Justice understood that there is no hierarchy between socio-affective and biological paternity/maternity, opening space for multi-parenting.

Keywords: Biological; Socioaffective; Civil Kinship; Multiparentality; Paternity; Maternity.

1. INTRODUÇÃO

A multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro ao analisarmos os principais efeitos jurídicos da parentalidade socioafetiva, consiste na possibilidade de uma

²⁷ E-mails: linconborges@hotmail.com e djmamutemix@gmail.com.

pessoa ter reconhecida sua filiação afetiva aliada à manutenção de sua filiação biológica, ou o inverso. Não há dúvida de que o maior efeito dessa forma de parentalidade, não é apenas a filiação, mas também a criação de multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de a pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe. Existem no Brasil algumas decisões concedendo esse modelo plural de parentesco, como por exemplo, as relações conjugais que se formam pelo desfazimento de outras, constituem assim as famílias recompostas, em que se verifica a figura do padrasto ou da madrasta, que assumem cada um, da sua forma, o papel de companheiro dos pais biológicos e o de pais socioafetivos, substitutos dos filhos advindos das relações anteriores, sendo possível o enteado ou a enteada adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta, sem a exclusão do nome do pai/mãe biológico (a), segundo a Lei de Registros Públicos, o que já demonstra a força deste instituto no âmbito das sucessões. Verifica-se que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva pode ocorrer de forma judicial ou extrajudicial, conforme as disposições do Provimento 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça. O reconhecimento da multiparentalidade gera todos os efeitos jurídicos morais e patrimoniais decorrentes da filiação em relação à relação paterno-filial biológica e à socioafetiva. O presente artigo trata-se de uma pesquisa descritiva, bibliográfica e documental.

2. CONCEITUANDO A MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade ou pluriparentalidade é o termo utilizado para o reconhecimento jurídico da coexistência de mais de um vínculo materno ou paterno em relação ao mesmo indivíduo. Ou seja, consiste na possibilidade do registro de um filho por mais de um pai ou mais de uma mãe, podendo ser feito concomitantemente ao registro da parentalidade biológica e/ou socioafetiva.

Atualmente, a família antes formada exclusivamente por vínculos consanguíneos ou por adoção, passou a ser formada pelo afeto, sendo este o “ingrediente” fundamental para sua formação.

Por sua vez, a multiparentalidade nada mais é do que a formação de famílias com base na afeição que as pessoas têm umas pelas outras, que muitas vezes se sobressai às relações meramente biológicas.

O Código Civil em seu artigo 1.593 dispõe que:

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002).

Ao falar em “outra origem”, o mencionado dispositivo trata do parentesco por adoção ou por socioafetividade, conforme estabelece o Enunciado 256 do Conselho de Justiça Federal,

“A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.(256 FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado III. Jornada de Direito Civil).

Assim sendo, a posse de estado de filho nada mais é do que considerar determinada pessoa como se filho fosse, não havendo distinção entre filhos biológicos, adotivos ou socioafetivos.

Torna-se fundamental destacarmos o conceito de afetividade como o princípio da afetividade que se contrapõe ao antigo paradigma que reconhecia como família somente aquela constituída através do matrimônio.

A percepção do afeto se dá através da análise da conduta dos envolvidos, observando atos representativos da relação afetiva, tais como:

- a) Cuidado e convivência;
- b) Estabilidade e continuidade;
- c) Publicidade e ostensividade;
- d) Intenção de constituir família.

Por depender da observação da situação de fato, a aplicação do princípio da afetividade passa não só por dispositivos normativos, mas também por decisões judiciais dos tribunais superiores, responsáveis por normalizar a jurisprudência.

Uma hermenêutica do Direito Civil à luz da Constituição Federal parece indicar, desde logo, que a classificação da afetividade como princípio é a mais acertada para o nosso atual estágio jusfamiliar (SIMÃO/TARTUCE, 2010, p. 50).

Há que se afastar qualquer confusão com o amor quando da significação da afetividade, posto ser o primeiro um sentimento subjetivo que escapa ao Direito, enquanto a afetividade se manifesta por intermédio de uma atividade concreta exteriorizadora, que é cognoscível juridicamente. Consequentemente resta tratar juridicamente apenas com as atividades exteriorizadoras de afeto (afetividade), afastando-se das temáticas do amor. Decorrente disso, a percepção que o princípio da afetividade jurídica possui duas dimensões: a *objetiva* é retratada pela presença de eventos representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma

manifestação afetiva; e a *subjetiva* refere ao afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito.

Em que pese inicialmente possa parecer árduo ao Direito lidar com um tema tão subjetivo, não raro alguns institutos jurídicos igualmente subjetivos são apurados de maneira similar. Eventos que podem evidenciar a afetividade são manifestações especiais de cuidado, entreatajuda, afeição explícita, comunhão de vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, existência ou planejamento de prole comum, proteção recíproca, acumulação patrimonial compartilhada, dentre outros.

3.A ADOÇÃO E A MULTIPARENTALIDADE

A adoção é um instituto criado com o objetivo de garantir a dignidade de crianças e adolescentes que sofreram com a violação de seus direitos a ter uma família, atribuindo a estes a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres expressos no artigo 41 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, tratando-se de um ato jurídico que atribui um estado de filiação e desassocia os vínculos relacionados a paternidades e parentescos biológicos. Na adoção a intenção é a de constituição de novos vínculos familiares, uma vez que os vínculos anteriores foram rompidos pelos mais diversos motivos.

Citando Maria Berenice Dias (2016):

O ECA regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade. Esta superposição foi corrigida pela chamada Lei Nacional da Adoção (L 12.010/09, 2.º) que, modo exposto, atribui ao ECA a adoção de crianças e adolescentes, mas manda aplicar seus princípios à adoção dos maiores de idade (DIAS, 2016, p. 815).

Na adoção, implicará a total extinção da relação familiar mantida pelo adotado com o seu núcleo anterior, para que seja conferida segurança a nova relação jurídica estabelecida e garantindo a proteção integral do interessado. Qualquer vínculo, direito ou dever em relação às partes integradas no núcleo familiar anterior será cessado, inclusive os efeitos referentes aos alimentos e a sucessão, apagando-se todas as origens do envolvido e o integrando em um novo núcleo familiar. Discorre Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017):

É estabelecida uma relação paterno-filial que, por óbvio, não pode ser contestada ou impugnada, por nenhuma das partes. Significa dizer: o filho adotivo não poderá investigar a paternidade ou

maternidade de outra pessoa, mesmo que se trate de seu genitor. Isso não se confunde, porém, com o direito à investigação da origem genética ou origem ancestral, para fins meramente personalíssimos, de conhecimento dos dados biológicos originários, sem qualquer efeito patrimonial (FARIAS C. C., ROSENVALD N., 2017, p. 986-987).

Nesse mesmo sentido o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” regra que está incorporada através de um dos dois tratados internacionais presentes na legislação brasileira (Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria da Adoção Internacional, conhecida como Convenção da Haia, e a Convenção sobre os Direitos da Criança).

É importante destacarmos que embora não lhe seja retirado o direito de conhecer sua origem biológica, o filho adotivo não poderá naturalmente investigar a sua paternidade, uma vez que o artigo 48 do ECA afirma que “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”. Salienta-se que sendo menor de 18 anos, o acesso a estes dados dependerá exclusivamente de autorização judicial, assegurando-se a orientação e a assistência jurídica.

Em termos didáticos, podemos dizer que atualmente temos:

- a.** A paternidade biológica e registral típica;
- b.** A adoção, que culmina na exclusão dos registros anteriores e na confecção de novas certidões fazendo constar apenas os nomes dos adotantes e adotados;
- c.** A multiparentalidade, na qual é possível a coexistência do duplo vínculo materno e/ou paterno nos registros civis do indivíduo; e
- d.** A paternidade/maternidade socioafetiva que pode ser realizada diretamente nos cartórios civis, com o reconhecimento da situação fática de diversas famílias brasileiras que passaram por processos de agregarem novos membros, como os padrastos e madrastas, e não implicando no registro de mais de dois pais ou duas mães nos assentos civis, como na multiparentalidade.
- e.** Não há hierarquia entre os pais biológicos ou socioafetivos e nem entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento.

f. A necessidade de acompanhamento psicossocial é analisada conforme o caso concreto. Geralmente só é necessário nos casos de conflito envolvendo filhos menores de idade. Em casos de filhos maiores, a situação costuma ser exposta à justiça em forma de comum acordo entre os pais e filhos, como fruto de uma situação já naturalmente vivida e consolidada na prática, durante anos, e carecedora apenas do reconhecimento estatal.

No caso da multiparentalidade, ao invés de utilizar-se do instituto da adoção unilateral, se acrescenta mais um pai e os respectivos avós na certidão de nascimento, podendo inclusive alterar a composição do nome, incluindo o sobrenome do padrasto. Feito o registro, constará o nome de três pais e seis avós, mantendo-se todos os direitos do filho, como a alimentos e os direitos sucessórios. Nesse contexto, Maria Berenice Dias (2016) discorre:

O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Se de um lado existe a verdade biológica, de outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços familiares (DIAS, 2016, p. 692)

4. O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE PELOS TRIBUNAIS

As constantes mudanças na sociedade e na organização familiar, em especial nos casos de relações fundadas no afeto, também transformaram a maneira de interpretar o direito de família e os elos de parentalidade.

Em 21 de setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a existência de paternidade socioafetiva não exige de responsabilidade o pai biológico.

Por maioria de votos, os ministros negaram provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 898.060-SC, com repercussão geral reconhecida. No caso em análise, o pai biológico recorria contra acórdão que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais, independentemente do vínculo havido com o pai socioafetivo.

De acordo com o relator, Ministro Luiz Fux, o princípio da paternidade responsável impõe que, tanto vínculos de filiação afetiva entre os envolvidos quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação e que não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva ou biológica –, desde que esse seja o interesse do filho.

Para o ministro, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional não autoriza decidir entre a filiação afetiva e

a biológica quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos.

No caso concreto, foi negado provimento ao recurso e proposta a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais." (FUX, Ministro relator do STF, 2016).

Para a presidente do STF, Carmen Lúcia, "amor não se impõe, mas cuidado, sim. Segundo a ministra, o direito ao cuidado é assegurado no casos de paternidade e maternidade.

"Alguém que cuidou com afeto, cuidou muito mais e foi muito mais pai, às vezes, do que este outro. No entanto, o que nós estamos decidindo aqui não é por um ou por outro, mas pelos deveres decorrentes da paternidade responsável", (LÚCIA. Ministra do STF, 2016).

A decisão proferida pelo Juiz de Direito Clécio Bezerra e Silva, da 1ª Vara de Família do Recife, em Ação de Investigação de Paternidade onde a filha adotada, em expressão de sua identidade genética, com anuência expressa dos pais adotivos e do próprio investigado, requereu o reconhecimento do vínculo biológico para os fins de admissão da multiparentalidade existente, quando, predominantemente, as relações de afetividade reúnem todos. (Processo nº 0034634-20.2013.8.17.0001, j. em 01.10.2013), foi à primeira decisão no País.

Tal decisão judicial admite acrescentar ao registro de nascimento de menor adotado, o nome de seu genitor e de seus avós paternos, mantendo-se a paternidade adotiva e registral, com o acréscimo do patronímico do pai biológico.

É consabido que o instituto da adoção que atribuiu a situação de filho ao adotado (art. 1.626, C.C.), constitui um vínculo parental civil, na forma do que dispõe o art. 1.593 do Código Civil, por se tratar de parentalidade decorrente de outra origem que não a natural resultante da consangüinidade. Ocorre que, em seus efeitos jurídicos, carrega consigo, *ope legis*, a ruptura instantânea de qualquer vínculo com os pais e os parentes consanguíneos (art. 1.626, 2ª parte, CC).

Mais precisamente, vínculos anteriores são desfeitos, por força da lei, rompendo as relações da parentalidade natural, vindo estas ser substituídas pelas do afeto, afinal

configuradas no novo vínculo oferecido pela adoção. No caso, serão aqueles vínculos findos, quando preexistentes, na filiação biológica e registral. Diferentemente, aliás, dos casos de reprodução assistida heteróloga, quando sequer se faz estabelecido vínculo parental entre a criança concepta e o doador do material fecundante (art. 1.597, V, CC).

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), as decisões têm procurado garantir o melhor interesse da criança, do adolescente ou mesmo de adultos, uma vez que a filiação faz parte da formação da personalidade e da identidade do ser humano.

Dessa forma, a filiação socioafetiva tem sido reconhecida na solução de conflitos, sendo amparada judicialmente no Tribunal da Cidadania – assim como a busca pela verdade biológica e pela ancestralidade, que também encontra respaldo na jurisprudência do STJ.

Em março de 2017, ao analisar o recurso especial de um homem que, após 60 anos, descobriu que o seu pai biológico era outro que não o registral e pleiteava a alteração em sua certidão para incluí-lo, o relator, o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, explicou que o reconhecimento de um tipo de filiação não implica a negação da outra.

“Não há mais falar em uma hierarquia que prioriza a paternidade biológica em detrimento da socioafetividade, ou vice-versa. Ao revés, tais vínculos podem coexistir com idêntico *status* jurídico no ordenamento, desde que seja do interesse do filho”. (ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – REsp/STJ, mar/2017).

“A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento da paternidade biológica. “Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis”. (ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – REsp/STJ, mar/2017).

“No que se refere ao direito de família, a Carta inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, além da pluralidade de entidades familiares, que não apenas se fundaria no casamento formal. A legislação, até então preconceituosa, cedeu lugar a uma visão humanista da família, sustentada especialmente no afeto”. (ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – REsp/STJ, mar/2017).

Ele ressaltou que o artigo 1.596 do Código Civil de 2002 estabelece que todos os filhos, independentemente de sua origem, possuem os mesmos direitos. Além disso, o diploma legal menciona, em seu artigo 1.593, que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem – o que, para o ministro, “explicita uma cláusula geral e aberta, permitindo que a socioafetividade seja elevada ao patamar de parentesco civil”.

A 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 02 de fevereiro de 2021, aceitou pedido de inclusão do nome da madrasta na certidão de nascimento do autor da ação, sem prejuízo do registro da mãe biológica, acarretando a inserção do nome de duas mães no registro civil, ou seja, multiparentalidade.

De acordo com os autos, as partes conviveram durante 36 anos, até os últimos dias de vida da madrasta. A relação entre eles teve início após o falecimento da mãe biológica do autor, quando ele tinha 16 anos. Para o relator da apelação, desembargadora relatora Viviani Nicolau, a filiação socioafetiva foi comprovada, uma vez que eles sempre se trataram como mãe e filho.

“Ainda que não haja ligação biológica, há vínculos afetivos que denotam a existência de relação filial”, afirmou o magistrado. “Perante pessoas que conheceram as partes e conviveram durante certo período de tempo, a relação materno-filial era pública e notória”, destacou. “A relação perdurou por anos e, ao que consta dos autos, seguramente, foi pautada no afeto existente nas relações parentais, que tem valor jurídico e amplos efeitos, encontrando-se em posição de igualdade com o vínculo biológico”.(Apelação nº 1006090-70.2019.8.26.0477, TJSP).

Os desembargadores João Pazine Neto e Carlos Alberto de Salles participaram do julgamento. A votação foi unânime.

5. MULTIPARENTALIDADE E O DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 instituiu intensas e inúmeras transformações ao direito de família. Esse cenário de quebra de paradigmas, contempla um dos maiores desafios que é à apreensão da afetividade enquanto princípio jurídico e sua compreensão enquanto essência e fundamento das relações familiares.

O critério jurídico da socioafetividade foi posteriormente acolhido pelo Código Civil/2002, ao dispor que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem (art. 1593). Neste sentido temos a filiação biológica ladeada pela filiação socioafetiva, a qual, por sua vez, se materializa nas seguintes espécies,

quais sejam: filiação proveniente da adoção, filiação proveniente das técnicas de reprodução assistida heteróloga e a filiação proveniente da posse de estado.

A compreensão do estado sobre a multiparentalidade pressupõe passar em revista alguns pressupostos, sendo: o estatuto jurídico da socioafetividade, a aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais às relações privadas e, a superação do modelo binário das relações de parentalidade. Assim extrai-se positivamente o reconhecimento da igualdade jurídica entre a parentalidade socioafetividade e a parentalidade biológica.

Para a sociedade atual, os novos formatos familiares, apresentaram ao direito de família os seguintes tipos:

- a) **Família informal**, formada por uma união estável, seja heterossexual ou homoafetiva.
- b) **Família monoparental**, formada por apenas um dos ascendentes e filhos. Por exemplo, mãe ou pai solteiro criando o filho.
- c) **Família anaparental**, formada apenas por irmãos.
- d) **Família unipessoal**, formada por uma pessoa só.
- e) **Família reconstituída ou mosaico**, formada por novos casamentos com madrastas e padrastos.
- f) **Família paralela ou simultânea**, formada por mais de uma relação ao mesmo tempo. Esse tipo de família, embora ainda não tenha proteção legal para fins sucessórios ou de partilha de bens, existe há muitos anos.
- g) **Família extensa ou ampliada**, formada por parentes consanguíneos mais próximos, como os avós, tios, primos, etc.
- h) **Família substituta**, regulada pelo artigo 28 do ECA. É formada mediante a adoção de crianças.
- i) **Família eudemonista**, formada pela socioafetividade, família multiparental.
- j) **Família homoafetiva**, formada por relacionamentos homoafetivos.

É importante destacar que os princípios norteadores da multiparentalidade no ordenamento jurídico são: o princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da afetividade.

O princípio da dignidade humana, é um dos fundamentos da previstos na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III, que vincula todo o ordenamento jurídico à sua orientação (todo o Direito brasileiro deve mover-se à sua direção).

A dignidade da pessoa humana consiste em um valor constante que deve acompanhar a consciência e o sentimento de bem estar de todos, cabendo ao Estado garantir aos seus administrados direitos que lhe sejam necessários para viver com dignidade (direito à honra, a vida, à liberdade, à saúde, à moradia, à igualdade, à segurança, à propriedade, entre outros).

Já o princípio da solidariedade familiar é também um princípio reconhecido constitucionalmente e compõe a base de princípios da ordem constitucional brasileira com o sentido da busca de uma sociedade livre, justa e solidária, onde neste sentido, este princípio acaba influenciando no Direito de Família no que diz respeito as relações familiares.

No caso do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, prima de maneira absoluta para que seja assegurado a eles o direito “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, inclusive conforme preceituam a Carta Magna, em seu artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes

O princípio da afetividade é basilar, sem ele os outros princípios do direito de família não fazem sentido, é base do direito de família.

Maria Helena Diniz (2011, p. 38), diz que o princípio da afetividade é “corolário do respeito à dignidade da pessoa humana, norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”. Em um livro discorrendo sobre o tema, Flávio Tartuce e José Fernando Simeão (2011, p. 50-53), afirmam ser a afetividade “um dos principais regramentos do Novo Direito de Família que desponta”.

6.OS EFEITOS JURÍDICOS DA MULTIPARENTALIDADE E AS SUCESSÕES

Os efeitos jurídicos decorrentes da filiação socioafetiva são os mesmos que advém da filiação consanguínea. Desta feita, havendo filiação socioafetiva, há possibilidade de exercício de todos os direitos dela decorrentes.

O reconhecimento da multiparentalidade traz diversas consequências jurídicas, sendo elas: o registro civil e sua irrevogabilidade, direito ao recebimento de alimentos, necessidade de definição de guarda e direitos sucessórios.

O Provimento nº 63/2017 do CNJ, em seu artigo 10, §1º, estabelece que o reconhecimento da filiação socioafetiva é irrevogável, podendo ser desconstituído somente por meio de ação judicial, se for comprovado vício de vontade, fraude ou simulação.

Assim, da mesma forma que filhos biológicos ou adotivos têm direito ao recebimento de pensão alimentícia quando ocorre o divórcio dos pais, os filhos socioafetivos também possuem tal prerrogativa. Isso porque a Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, prevê que não poderá haver distinção entre os filhos.

A multiparentalidade tem reflexo no direito sucessório como, por exemplo, se acontecer a morte de um dos pais ou mães, o filho (seja socioafetivo ou biológico) herdará o seu quinhão em concorrência com os demais irmãos, pois não existe diferenciação entre os “tipos” de filhos. Porém, se ocorrer a morte do filho e este não tiver descendentes ou cônjuge, os pais serão os herdeiros e, neste caso, teremos um impasse, visto que não há previsão legal da divisão dos bens dos filhos entre os ascendentes multiparentais, conforme observamos no artigo 1.836, § 2º, CC:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

No reconhecimento da paternidade *post mortem* na filiação socioafetiva, o desejo de ser reconhecida basta, apesar de necessário que esse vínculo seja comprovado, conforme expressa o Enunciado nº 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 256-CJF: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Para que seja reconhecida a filiação socioafetiva, é necessário que fiquem demonstradas duas circunstâncias bem definidas:

A) vontade clara e inequívoca do apontado pai ou mãe socioafetivo de ser reconhecido (a), voluntária e juridicamente, como tal (demonstração de carinho, afeto, amor); e

B) configuração da denominada “posse de estado de filho”, compreendida pela doutrina como a presença (não concomitante) de *tractatus* (tratamento, de parte a parte, como pai/mãe e filho); *nomen* (a pessoa traz consigo o nome do apontado pai/mãe); e fama (reconhecimento pela família e pela comunidade de relação de filiação), que naturalmente deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. (STJ. 3ª Turma. REsp 1.328.380-MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/10/2014 (Info 552)

O Código Civil de 2002, como já esclarecido anteriormente, ao instituir que o “parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” a filiação socioafetiva, poderá ser incluída. Carlos Roberto Gonçalves afirmar que:

“Em face da atual Constituição Federal (art. 227, § 6º), do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 20) e do Código Civil de 2002 (art. 1.596), não mais subsistem as desigualdades entre filhos consanguíneos e adotivos, legítimos e ilegítimos, que constavam dos arts. 377 e 1.605 e parágrafos (o § 1º já estava revogado pelo art. 54 da LD) do Código Civil de 1916. Hoje, todos herdaram em igualdade de condições. Mesmo os adotados pelo sistema do diploma revogado (adoção restrita) preferem aos ascendentes. O mesmo ocorre com os filhos consanguíneos havidos fora do casamento, desde que reconhecidos” (2007, p. 43)

Entre os filhos legítimos e afetivos deve haver igualdade. Os tópicos atuais trouxeram novas discussões a respeito de sucessões, existindo julgados onde mesmo após a morte do pai afetivo o filho afetivo não poderá ser impedido de obter o reconhecimento de um direito apenas pela falta de formalização.

De modo que, de acordo com o artigo 227, § 6º da CF são: “proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” sendo eles filhos biológicos, afetivos ou adotivos. Trazendo o voto do Ministro Marco Aurélio Dias Toffoli:

“O reconhecimento posterior do parentesco biológico não invalida necessariamente o registro do parentesco socioafetivo, admitindo-se

nessa situação o duplo registro com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive para fins sucessórios.”

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, em seu Estado Democrático de Direito protege todos os direitos fundamentais e assim sendo, não podemos olvidar que a multiparentalidade e a socioafetividade são fatos jurídicos que devem possuir destaque no Direito das Famílias e sua proteção deve ser feita de forma integral, englobando todos os direitos possíveis para que prevaleça a solidariedade familiar geradora de direitos e deveres mútuos.

Como podemos observar neste artigo, a multiparentalidade teve seu reconhecimento no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça e pela Associação Nacional de Registradores de Pessoas Naturais – ARPEN e, com isso, surgiram várias críticas, pois o reconhecimento da multiparentalidade deve ser formal e realizado pelo Poder Judiciário, através de análises dos casos concretos, para assim, posteriormente, ocorrer o registro civil, que é a garantia dos efeitos jurídicos do vínculo paterno-filial, uma vez que, somente no caso concreto os aplicadores do direito poderão verificar qual parentalidade se manifesta.

Embora ainda exista “dúvida” quanto à eficácia da Resolução nº 63/2017 do CNJ, por parte do Poder Judiciário acerca do deferimento ou não da multiparentalidade, principalmente ao tratar de crianças e adolescentes, destaca-se que as vicissitudes de cada situação fática deverão ser norteadas no Poder Judiciário logo, o pluralismo familiar, reconhecendo a pessoa humana como o centro do conflito, onde a humanização das relações familiares é acolhida e assim percebemos que as famílias, em seus mais variados formatos, têm como fundamento o *afeto*, ou seja, o mais importante e indispensável para que se tenha um convívio saudável entre as pessoas.

No entanto, não se pode ignorar o fato de que a decisão por reconhecer uma pessoa se seu filho fosse traz diversas consequências, sejam elas psicológicas ou jurídicas, tendo na esfera psicológica, o reconhecimento que é irrevogável, e na esfera jurídica, os filhos socioafetivos possuem os mesmos direitos (e deveres) dos filhos biológicos, não havendo discriminação.

A presente pesquisa qualitativa objetivou chamar a atenção, as nuances da multiparentalidade nas sucessões, caminhando por todas as esferas jurídicas, apontando seus reflexos, permitindo o entendimento claro a moderna valorização da entidade familiar, podendo originar-se tanto da consanguinidade, quanto da informalidade, da uniparentalidade ou do afeto.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI ACKEL. Advogados Associados. **Socioafetividade e Multiparentalidade: Uma Análise Crítica do Provimento Nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ**. Disponível em <https://www.abiackeladvogados.com.br/biancaassis/>. Acesso em 23 abr 2023.

ABREU. Karina Azevedo Simões. Jusbrasil. **Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento**. Disponível em <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>. Acesso em 21 abr 2023.

ALVES. ONES FIGUEIRÊDO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Adoção Multiparental**. Disponível em <http://www.tjpe.jus.br/agencia-de-noticias/artigo-adocao-multiparental>. Acesso em 21 abr 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.html. Acesso em 26 abr 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 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.html. Acesso em 26 abr 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 26 abr 2023.

CALDERÓN. Ricardo Lucas. GenJurídico. **Afetividade**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/09/05/afetividade/>. Acesso em 21 abr 2023.

DAMIAN, Terezinha. **O reconhecimento do instituto da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos morais e patrimoniais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6707, 11 nov. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94494>. Acesso em 14 abr 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 11ª Ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28ª Ed. São Paulo/SP. Saraiva, 2011.

FROTA, Elizabeth Thainá Tavares da. **A filiação socioafetiva e seus efeitos no direito sucessório mesmo que reconhecida *post mortem***. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 nov 2021, 04:36. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57426/a-filiao-socioafetiva-e->

seus-efeitos-no-direito-sucessorio-mesmo-que-reconhecida-post-mortem. Acesso em: 26 abr 2023.

JÚNIOR. Walter Melo Machado. Conjur. **Conceito, origem e formas de reconhecimento da multiparentalidade**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jun-05/machado-junior-formas-reconhecimento-multiparentalidade>. Acesso em 24 abr 2023.

LIMA. Uorlei. JUS.com.br. **A Adoção Sob a Ótica da Multiparentalidade**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/88885/a-adocao-sob-a-otica-da-multiparentalidade>. Acesso em 21 abr 2023.

LIRA, Camila Medeiros Tavares Araújo. **Multiparentalidade: seus reflexos no direito sucessório e no processo de partilha**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5993, 28 nov. 2019. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77603>. Acesso em: 26 abr. 2023

LOBO, Fabíola Albuquerque. Efeitos da Multiparentalidade no Direito de Família. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife - ISSN: 2448-2307, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 122-128. Nov. 2021. ISSN 2448-2307. Disponível em <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252572> Acesso em 23 abr 2023.

PRICKEN. Lucas. STJ Notícias. **Reconhecimento da multiparentalidade oficializa novos arranjos familiares**. Disponível em https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-03-03_06-53_Reconhecimento-da-multiparentalidade-oficializa-novos-arranjos-familiares.aspx. Acesso em 23 abr 2023.

RICHTER. André. Agência Brasil, Brasília. **STF decide que pais biológicos e afetivos têm as mesmas obrigações com filhos**. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/stf-decide-que-pais-biologicos-e-afetivos-tem-mesmas-obrigacoes-com-filhos-paternidade-socioafetiva-declarada-ou-pais-disse-relator>. Acesso em 21 abr 2023.

Silva, Caroline Batista da. **O princípio da afetividade: O princípio da afetividade: objeções à existência no direito de família**. 2020. Disponível em https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/956/1/CarolineBatistadaSilva_0004089.pdf. Acesso em 24 abr 2023.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 6ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 5.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jusbrasil. **Recurso Especial nº 1.622.330-RS**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 26/07/2017. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/549833657/inteiro-teor-549833674>. Acesso em 24abr 2023.

TARTUCE, Flávio. Jus Navigandi. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>. Acesso em 24 abr 2023.

TATURCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**, v. 5. 6ª ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **“A multiparentalidade traz todas as implicações inerentes à filiação, com deveres e direitos recíprocos”**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-multiparentalidade-traz-todas-as-implicacoes-inerentes-a-filiacao-com-deveres-e-direitos-reciprosos-sem-qualquer-hierarquia>. Acesso em abr 2023.

TJSP. Tribunal de Justiça Estado de São Paulo. Notícias. **Tribunal reconhece multiparentalidade materna após comprovada filiação socioafetiva**. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=63364&pagina=1>. Acesso em 23 abr 2023.

TOFFOLI, Marco Aurélio Dias. **Além do Registro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/paternidade-socioafetiva-nao-anula-obrigacoes-pai-biologico>. Acesso em 26 abr 2023.

TRILHANTE. Princípio da afetividade. **Legalidade X Afetividade**. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/os-novos-paradigmas-do-direito-das-familias/aula/principio-da-afetividade-familiar>. Acesso em 21 abr 2023

VERZEMIASI. Samirys. Aurum Portal. **O que é multiparentalidade e seus efeitos jurídicos no Direito de Família**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/multiparentalidade/#multiparentalidade-e-o-direito-de-familianbsp>. Acesso em abr 2023.

A MARGINALIZAÇÃO DO TRABALHO DO PRESO DENTRO DAS PENITENCIARIAS

GIOVANNI CESAR MARQUEZ MILEO:

Mestrando em Direito pela FADISP. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Advogado. Professor da Faculdade Zumbi dos Palmares.²⁸

Resumo: O trabalho do condenado é controverso no Brasil, pois a ressocialização do preso é comprometida devido à negação de direitos trabalhistas. A legislação aplicada aos presos é diferente da dos trabalhadores comuns, gerando problemas. Os principais são a falta de benefícios, remuneração abaixo do mínimo e jornada de trabalho não limitada. A obrigação do trabalho do preso entra em conflito com a proibição de trabalhos forçados na Constituição Federal. Essa questão suscita debates sobre a legalidade e a exploração da mão de obra barata. Mudanças legislativas são necessárias para regular o trabalho do preso pela legislação trabalhista comum, garantindo benefícios e direitos. Empresas que contratam presos devem ser fiscalizadas para evitar exploração e é preciso um sistema eficiente para resolver conflitos trabalhistas. Essas medidas visam tornar o trabalho do preso uma ferramenta efetiva para sua ressocialização.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho do condenado. Ressocialização. Lei de Execução Penal. exploração de mão de obra. mudanças na legislação.

ABSTRACT: The work of convicts is controversial in Brazil as it compromises prisoner rehabilitation due to the denial of labor rights. The legislation applied to prisoners differs from that of regular workers, leading to various issues. The main problems include the lack of benefits, below-minimum wage remuneration, and unrestricted working hours. The mandatory nature of convict labor conflicts with the constitutional prohibition of forced labor. This matter sparks debates on the legality and exploitation of cheap labor. Legislative changes are necessary to regulate convict labor under standard labor laws, ensuring benefits and rights. Companies that hire prisoners should be monitored to prevent exploitation, and an efficient system is needed to resolve labor disputes. These measures aim to make convict labor an effective tool for prisoner rehabilitation

KEY WORDS / PALABRAS CLAVE: Convicted labor. social reintegration. Penal Execution Law. labor exploitation. changes in legislation.

²⁸ E-mail: giovanni.cmm@hotmail.com

1. Introdução

De acordo com o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), em junho de 2022, a população carcerária do Brasil era de 830.714 mil presos, dos quais 86%, ou seja, 714.414 mil presos, estavam até aquele momento envolvidos em atividades laborais internas aos estabelecimentos prisionais em que se encontravam.²⁹

O trabalho do preso é regulamentado tanto pela Lei de Execuções Penais (LEP)³⁰ quanto pelo Código Penal, em que são determinados a finalidade e o modo de execução dessa atividade, bem como os direitos e deveres dos detentos, entre outras questões.

Apesar de a nossa Constituição Federal datar do ano de 1988³¹, o trabalho do preso permanece um tema marginalizado até os dias atuais, quando ainda carece de ser tratado com a devida importância.

Ainda que de forma tímida, o presente trabalho tem por objetivo tratar do trabalho do preso dentro e fora dos presídios. Em um primeiro momento, será abordada a finalidade do trabalho do preso, tendo-se em vista a natureza jurídica da pena. Já num segundo momento serão analisados os direitos fundamentais que, apesar de serem garantidos por lei aos trabalhadores livres, são sonegados aos presos no que diz respeito à atividade laboral, quais sejam, a vedação da possibilidade de recebimento de salário abaixo do mínimo legal e a vedação da possibilidade de cumprimento de jornada de trabalho com duração de tempo superior à estabelecida na Constituição Federal.

O trabalho pretende, portanto, refletir sobre os direitos trabalhistas dos presos a partir da identificação de violações contra os direitos fundamentais desses indivíduos, levando em consideração os direitos humanos e a natureza jurídica da pena.

2. Finalidade do trabalho do condenado

O artigo 28 da Lei Nº 7.210/1984, a Lei de Execuções Penais (LEP)³², estabelece o trabalho do condenado como “dever social e condição de dignidade humana”, apontando para duas finalidades: educativa e produtiva.

29 Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Serviços - SISDEPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 19 de maio de 2023.

30 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

31 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

32 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

A finalidade educativa diz respeito ao provimento de maior qualificação profissional ao apenado perante o mercado de trabalho que ele enfrentará quando for libertado. Já a produtividade, descrita no artigo 29 da LEP33, está voltada a atender à indenização dos danos causados pelo crime cometido, bem como à assistência à família do apenado, englobando também a cobertura de pequenas despesas pessoais dele e sobretudo ao ressarcimento do Estado pela sua manutenção sob custódia, podendo ainda gerar uma poupança capaz de ampará-lo quando posto em liberdade.

A norma supracitada tem por objetivo oferecer algum tipo de dignidade e utilidade para a vida do preso, com o intuito de prepará-lo para uma reintegração à sociedade. Conforme aduzido por Michel Foucault em seu célebre livro *Vigiar e punir*³⁴, se o detento não vislumbrar em seu labor essa utilidade e essa relevância, conseqüentemente nutrirá um sentimento de injustiça que prejudicará sua ressocialização.

Rusche e Kirchheimer ensinam que:

“a pena aplicada ao criminoso não pode ser entendida apenas como consequência do crime praticado pelo indivíduo, devendo ser considerada também como resultado da agência de forças econômicas e fiscais nela interessadas. Essa situação explica a adoção (ou o retorno) da punição por meio de penas corporais e de morte no feudalismo, já que em tal sistema produtivo não se utilizava a mão de obra do apenado. Também elucida a posterior modificação das formas punitivas para as casas de correção, durante o mercantilismo, quando a mão de obra dos detentos passou a ser utilizada para a produção de bens, de maneira que era mais conveniente mantê-los vivos e sem mutilações. De acordo com os mesmos autores, o tipo de pena sempre variou conforme a necessidade dos meios de produção, uma vez que é evidente que a prisão com o trabalho forçado é impossível sem a manufatura ou a indústria, assim como o desaparecimento de um dado sistema de produção faz com que a pena correspondente a ele fique inaplicável. Em razão disso, inclusive, são modificados ao longo do tempo os métodos punitivos, a ponto de se perceber que o papel do condenado foi reduzido ao mínimo na atual sociedade industrial, visto que, nesta fase de

33 Idem

34 FOUCAULT, 1987

desenvolvimento do capitalismo, o trabalho livre se afirmou como condição necessária para o emprego da força de trabalho”³⁵

Fica claro, portanto, que o propósito do trabalho do preso possui caráter socioeconômico e mercantil, não apenas tendo finalidade educativa e produtiva, nos termos definidos na LEP, mas também fomentando a disponibilidade de mão de obra de baixíssimo valor.

Não obstante a percepção de que, atualmente, a mão de obra penitenciária tem sido muito pouco utilizada em face do número de desempregados livres, é nítido que o trabalho do detento passa ser de enorme interesse de grandes empresas no momento em que a economia se aquece e, conseqüentemente, a abertura de novos postos de trabalho (isto é, o aumento da demanda por força de trabalho) leva ao aumento dos salários.

3. Remuneração do preso abaixo do salário mínimo

No artigo 29 da LEP, o legislador estabeleceu remuneração do preso mediante prévia tabela, com a condição de que ela não fosse inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

Tal artigo, no nosso entender, contraria frontalmente o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal (CF) de 1988, que estabelece, dentre outros direitos de todos os trabalhadores urbanos e rurais, o recebimento de pelo menos um salário mínimo.

Conforme exposto na seção anterior, o artigo 28 da LEP, ao qualificar o trabalho do condenado como “condição de dignidade humana”, deixa clara a necessidade de haver condições mínimas de dignidade para a sua realização.

Embora a Constituição de 1988 não tenha incluído a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais inseridos no extenso rol do artigo 5º, é expressa e notória a presença desse item como um dos fundamentos consignados no inciso III do artigo 1º da Carta Magna da República Federativa do Brasil.

O direito ao salário-mínimo é um direito fundamental e, por esse motivo, deve ser aplicado de modo o mais amplo possível, não existindo qualquer motivo pelo qual o trabalhador preso não tenha assegurada essa remuneração mínima. ³⁶

Justamente por figurar no rol dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, o salário-mínimo desfruta de uma condição que impõe inegável

³⁵ RUSCHEN KIRCHHEIMER, 2004, p. 20-21

³⁶ FELICIANO 2019, p. 133.

supremacia sobre todas as demais justificativas contrárias a ele, de forma que violar tal direito seria violar a dignidade da pessoa humana como princípio.

Embora tenha um caráter específico de ressocialização, quanto ao mais o trabalho do presidiário possui a mesma natureza e a mesma importância que qualquer outro trabalho exercido por qualquer outro trabalhador, uma vez que se realiza potencialmente sob as mesmas condições, envolve as mesmas obrigações e é capaz de gerar valor e mais-valia; portanto, deve ser remunerado de modo equiparado ao do trabalhador comum.

Ignorar tal fato seria desprezar o princípio geral da igualdade, haja vista que só seria cabível proceder com tratamentos desiguais na hipótese de haver alguma necessidade justificável de diferenciação, o que claramente não se aplica ao caso.

No célebre artigo 5º da CF, “todos são iguais perante a lei”, sendo o trabalhador livre ou preso, “sem distinção de qualquer natureza”. Conforme nos ensina Canotilho:

“A afirmação – ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ – significa, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschutz: “as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas”. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais” 37(CANOTILHO, 2003, p. 426).

Além do mais, o artigo 38 do Código Penal (CP) brasileiro estabelece que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral”.

Na realidade, contudo, nota-se um tratamento efetivamente diferenciado ao presidiário, que é encarado como merecedor de toda espécie de castigo, incluindo não apenas a reclusão, mas também o trabalho forçado e a ausência de direitos, situação que é validada por uma relativamente ampla tolerância social.

Verifica-se, assim, que o artigo 29 da LEP acaba por criar uma situação discriminatória entre o trabalhador preso e o trabalhador livre ao possibilitar o pagamento

37 CANOTILHO, 2003, p. 426.

ao apenado, em remuneração pelo mesmo trabalho realizado por ambos, de uma importância em valores monetários inferior ao mínimo legal.

Dessa forma, entendemos que tal dispositivo da LEP, lei sancionada em 11 de julho de 1984, não foi devidamente recepcionado pela Constituição.

4. Da decisão proferida na ADPF 336

Em 2015, o então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que recebeu o número 33638, na qual postulou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 29 da LEP, fundamentando que o referido artigo não havia sido recepcionado pela CF de 1988.

Na referida ação, o procurador-geral argumentou que o piso salarial dos detentos que trabalham, correspondente a 3/4 do salário-mínimo, viola a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88), contrariando ainda o princípio geral da igualdade (art. 5º da CF/88), bem como o próprio direito ao salário mínimo (art. 7º, IV, CF/88). 39

É importante esclarecer que a Presidência da República, como parte interessada, se manifestou pela improcedência dessa arguição, argumentando que as atividades laborais realizadas pelos presidiários são não apenas um direito mas também um dever. Acrescentou ainda que o artigo 7º da CF/88 tem aplicabilidade somente nos casos de trabalhadores urbanos e rurais com vínculo empregatício, o que exige o cumprimento de diversos requisitos para existir, os quais não se verificam no regime de trabalho do preso. 40

Quanto ao pagamento de salário abaixo do mínimo, houve a alegação de que tal lacuna funcionaria como uma espécie de estímulo ao mercado para a contratação de encarcerados, não havendo que se falar de violação a preceito fundamental. 41

O Congresso Nacional, outra parte interessada, se manifestou defendendo a liberdade da administração penitenciária para regulamentar o trabalho do preso, garantindo o salário-mínimo àqueles que realizam atividades laborativas, mas destacando

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 336. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 10 de março de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 de março de 2021

39 Idem

40 Idem

41 Idem

que o trabalho do preso não está coberto pela legislação trabalhista, dentre outros argumentos.⁴²

A ADPF 336 teve como relator o ministro Luiz Fux, sendo julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2021, em sessão virtual de 19 de fevereiro de 2021 a 26 de fevereiro de 2021, composta pelos ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, José Antonio Dias Toffoli, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Kassio Nunes Marques. Salienta-se que, por motivo de licença médica, não participou dessa sessão de julgamento o ministro Celso de Mello.⁴³

Analisando os termos da decisão, em breve resumo, o ministro relator afirmou que as condições do sujeito preso, em si, tornam possível o pagamento de uma remuneração inferior ao estabelecido constitucionalmente em prol da dignidade humana.

O plenário da corte decidiu, por maioria, pela improcedência da ADPF, julgando que o artigo 29 da LEP foi recepcionado pela CF/88, sendo vencidos os ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Ainda assim, não podemos concordar com a improcedência dessa ação, em especial sob o argumento de que o salário abaixo do mínimo funcionaria como uma espécie de estímulo à contratação de encarcerados, haja vista que não cabe ao Estado tolerar ou até mesmo promover a violação de direitos fundamentais com o fito de garantir vantagens em termos da colocação empregatícia de reclusos.

O salário-mínimo é um direito constitucionalmente assegurado e, desse modo, possui supremacia sobre qualquer justificativa de estímulo à contratação de encarcerados.

Vale esclarecer que o fato de o trabalhador estar encarcerado não legitima o pagamento de salário em desconformidade com o artigo 7º da CF, razão pela qual torna-se necessária a reiteração de que o piso salarial do preso, ao ser definido sob quaisquer alegações em patamar inferior àquele estabelecido nacionalmente, representa inequivocamente um flagrante violação da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio da igualdade.

42 Idem

43 Idem

O fato de o trabalhador encarcerado não estar enquadrado no regime celetista não justifica, em aspecto algum, a violação de direitos fundamentais, devendo, pois, haver respeito incondicional ao pagamento mínimo legal de salário a qualquer trabalhador.

Portanto, concluímos que tal decisão da Suprema Corte em desfavor da ADPF 336 afronta preceitos fundamentais do direito dos trabalhadores, bem como princípios constitucionais.

5. Do limite do tempo de trabalho acima dos limites legais

O artigo 33 da LEP disciplina que a jornada normal de trabalho do preso não será inferior a 6 (seis) horas diárias nem superior a 8 (oito) horas diárias, com descanso nos domingos e feriados.

Nesse sentido, é facilmente entendido que, na hipótese de um apenado estar submetido a jornadas diárias de 8 (oito) horas, transcorridas semanalmente ao longo de 6 (seis) dias (de segunda-feira a sábado, haja vista que a lei estabelece descanso aos domingos), pode-se deduzir que é permitido ao preso laborar em jornada de 48 horas semanais.

A Lei de Execuções Penais foi sancionada em 1984, ou seja, ainda durante a vigência da Constituição Federal de 1969, que estabelecia jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias e 48 (quarenta e oito) horas semanais. Assim, no momento em que a LEP foi sancionada, a jornada estava dentro do regime estabelecido.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se um novo limite para a jornada de trabalho semanal, que passou a ser de 44 (quarenta e quatro) horas, embora tenha sido mantida em 8 (oito) horas a jornada diária. Com isso, o artigo 33 da LEP passou a contrariar esse novo dispositivo legal, por seguir permitindo, conforme demonstrado, que se ultrapassasse a jornada semanal delimitada na Carta Magna.

Tal contradição foi levada para a apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que estipulou duas linhas ao assunto, admitindo uma variação conforme o tipo de prestação de serviço. A primeira diz respeito ao trabalho externo, ou seja, aquele que se realiza fora do ambiente carcerário, para o qual a corte definiu a necessidade de ser respeitado o limite de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

No entanto, para o trabalho interno, fixou-se por meio do Recurso Especial Nº 1.632.746/MG o entendimento de que não precisaria haver a mesma limitação, sendo mantida a possibilidade de se cumprirem até 48 (quarenta e oito) horas de trabalho por semana, classificando-se o excedente como "carga horária especial".

No nosso entendimento, não existe razão para que a jornada interna do preso deva ultrapassar o limite estabelecido na Constituição Federal. A natureza jurídica do trabalho interno é a mesma do externo, qual seja, educativa e produtiva, portanto, não há que se falar em justa diferenciação.

Nesse mesmo sentido, em âmbito internacional, consta nas chamadas "Regras de Mandela"⁴⁴ (aprovadas por meio da Resolução 663 C I do Conselho Econômico e Social da ONU), ratificadas pelo Brasil, que a jornada do recluso deve ser comparada à dos trabalhadores em liberdade, conforme estabelece a Regra 102.1.

Portanto, se o trabalhador em liberdade tem como carga máxima semanal a jornada de 44 (quarenta e quatro) horas, não existe motivo para que o trabalhador recluso tenha jornada superior a essa.

Assim, contrariamente ao que demonstrou entender o STJ, não se justifica adequadamente o enquadramento da jornada interna do preso como "carga horária especial", tendo em vista a necessidade de ser respeitado o inciso XII do artigo 7º da CF/88.

6. O trabalho do preso na legislação trabalhista

O parágrafo 2º do artigo 28 da LEP dita expressamente que o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), competindo ao juiz de execução a tarefa de dirimir eventuais controvérsias nessa matéria.

O fato de essa lei estabelecer que o trabalho do preso não se sujeita ao regime celetista não implica que tal dispositivo tenha o condão de retirar da Justiça do Trabalho a competência para a apreciação de disputas decorrentes de relações trabalhistas.

Vale esclarecer que seria totalmente plausível a realização, no âmbito da Justiça do Trabalho, do julgamento de uma ação de assédio sexual ajuizada a partir de eventos ocorridos no cotidiano de trabalho de um recluso que atua fora do ambiente carcerário.

No entanto, mesmo após a vigência da Emenda Constitucional Nº 45/2004, que deu nova redação ao artigo 114 da CF, estabelecendo a Justiça do Trabalho como instância de amplo acolhimento de demandas judiciais decorrentes de relações de trabalho, esse entendimento não foi consolidado.

Nas poucas situações em que tais demandas foram levadas à justiça especializada, o trabalho do preso foi entendido como parte da execução da pena, o que implicou o

⁴⁴ Nações Unidas. Conselho Econômico e Social. Resolução 663 C I: "Regras de Mandela". Nova Iorque: Nações Unidas, 2015.

reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em relação ao caso, de forma a remeter o processo ao juízo da execução penal.

Em prol desse posicionamento, argumenta-se que está vinculada à Lei de Execução Penal a relação institucional firmada entre os presidiários e o estabelecimento prisional a que estão vinculados (ou ainda entre esses trabalhadores e a empresa privada autorizada pelo estabelecimento prisional a contratá-los).

Vale esclarecer que mesmo quando o preso tem assegurada sua liberdade, como nos casos dos presos provisórios – que, pelo artigo 31 da LEP, não estão obrigados ao trabalho –, ainda assim lhe são negados tanto a relação de emprego quanto o enquadramento na CLT.

Conforme menciona o desembargador Jorge Luiz Souto Maior:

“[...] há de se ponderar que quando esse trabalho é aproveitado no contexto de uma exploração econômica ou mesmo para satisfação de algum interesse do próprio Estado (econômico, ou não), tem-se a inevitável formação da relação de emprego, da qual decorrem todos os direitos que lhe possam, pelas características próprias, ser aplicáveis, pois o fato de estar cumprindo pena não diminui o alcance da cidadania do preso”⁴⁵

E ainda continua:

“A confusão legislativa permitiu que se vislumbrasse no trabalho do preso uma simples alternativa de mão de obra barata, para atender a interesses tanto do próprio Estado (que, nesse aspecto, age como se estivesse defendendo um interesse da sociedade) e da iniciativa privada, para um desenvolvimento das relações capitalistas com menor custo” (SOUTO MAIOR, 2008, p. 65).⁴⁶

Encontram-se alguns poucos bons precedentes na Justiça do Trabalho quando se trata de reconhecimento de vínculo em caso de regime semiaberto. Senão vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. CONDENADO. REGIME SEMIABERTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. POSSIBILIDADE. A Lei de Execuções Penais (Lei Nº 7.210/84) regula unicamente o trabalho do condenado que cumpre pena em regime fechado. Encontrando-se o reclamante em regime semiaberto no período contratual e não se

45 SOUTO MAIOR, 2008, p. 64

46 SOUTO MAIOR, 2008, p. 65

amoldando as condições de trabalho *àquelas* previstas na referida lei, não se configura o trabalho prisional, situação que afasta as disposições da LEP e da qual emerge a presunção de tratar-se de relação de emprego, regida pela CLT. Vínculo empregatício reconhecido. Recurso parcialmente provido.⁴⁷

Entendemos que com a nova redação do artigo 114 da CF abrangendo a competência da Justiça do Trabalho, de forma a conferir um ambiente laboral digno a quem quer que seja, não se deve distinguir entre o trabalhador livre e o recluso, haja vista que ambos constituem os mesmos bens a serem protegidos.

Assim, formamos a convicção de que a Justiça do Trabalho deveria ser competente para apreciar e julgar questões envolvendo controvérsias das relações de trabalho.

Conclusão

Na qualidade de “dever social e condição de dignidade humana”, o trabalho do condenado tem função educativa e produtiva bem claras, ou seja, o objetivo desse trabalho não pode ter como finalidade produzir lucro para a iniciativa privada ou representar o barateamento da mão de obra através da ação promotora do Estado.

O direito ao trabalho tem por objetivo contribuir para a ressocialização do preso, colocando-o em um ambiente digno e saudável e possibilitando, assim, a remição da execução da pena.

O que acontece na prática, porém, é uma negação da incidência da legislação trabalhista e dos direitos mínimos estabelecidos em legislação específica e até mesmo na Constituição Federal. Assim, não são assegurados aos presos benefícios como férias e 13º salário, sem falar na redução do piso do salário a um patamar inferior ao mínimo e ainda na possibilidade de realização de jornada superior ao máximo estabelecido.

A previsão da LEP segundo a qual o trabalho do preso é obrigatório vai de encontro ao artigo 5º, XLVII, “c”, que proíbe a pena de trabalhos forçados, não sendo, portanto, tal norma recepcionada pela Constituição Federal.

⁴⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Recurso Ordinário do Reclamante. Condenado. Regime Semiaberto. Vínculo Empregatício. Possibilidade. Acórdão nº 0000853-68.2012.5.04.0772. Processo nº 0000853-68.2012.5.04.0772 RO. Julgamento realizado em 29 de agosto de 2013. Relator: Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente. Porto Alegre: TRT 4ª Região, 2013.

Nesse mesmo sentido, a possibilidade de remuneração do preso em valor inferior ao salário-mínimo também contraria frontalmente o estabelecido no artigo 7º, inciso IV da CF.

O fato de o apenado ter seus direitos mais básicos sonegados acaba atraindo empresas públicas e privadas interessadas sobretudo na exploração desse tipo de mão de obra e, conseqüentemente, no aumento exponencial de seus próprios lucros.

Vale esclarecer ainda que qualquer desavença nessa relação trabalhista dificilmente será julgada na Justiça do Trabalho, o que dificulta ainda mais a busca pelos direitos do preso, bem como por um contrato de trabalho e por uma relação empregatícia mais dignos e saudáveis.

O tema tratado no presente artigo há de ser cada vez mais discutindo, e com profundidade cada vez maior, não apenas pela academia jurídica, mas por toda a sociedade, não havendo como negar que os direitos sociais devem ser protegidos em benefício de todos.

O trabalho do preso deve existir, por fim, para que cumpra suas funções sociais e não para atender aos anseios lucrativos e aos interesses econômicos dos setores produtivos.

Referências bibliográficas

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 336/DF, Nº 198.292/2015-AsJConst/SAJ/PGR. Brasília, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9520515&prcID=4735779&ad=s>. Acesso em: 25 jan. de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Relatórios contendo informações penitenciárias referentes ao contexto nacional. Disponível em <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf> Acesso: 25 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 336. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 10 de março de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 de março de 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Serviços - SISDEPEN. [Online]. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 19 mai. 2023.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

Nações Unidas. Conselho Econômico e Social. Resolução 663 C I: "Regras de Mandela". Nova Iorque: Nações Unidas, 2015.

O Trabalho além do trabalho / Guilherme Guimarães Feliciano, Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto, organizadores. – São Paulo : LTr, 2019. Vários autores

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: a relação de emprego**. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.

RUSCHE, George, KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

O JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE BRASILEIRA EM DECORRÊNCIA DO DÉFICIT DE REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO

ROGERIO DE FARIA BRAGA: Possui Curso Superior em Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estadual de Goiás (UEG-GO), graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ), cursando Pós-Graduação Lato Sensu em Direitos Humanos pela Faculdade CERS⁴⁸

RESUMO: Este artigo trata a respeito das alterações trazidas pela omissão legislativa e pelo ativismo judicial no Brasil, analisando-se as narrativas sobre os choques entre os poderes oriundos do empoderamento do Poder Judiciário, como resultado do déficit democrático dos demais poderes, com a finalidade de mostrar aos leitores que esse processo relaciona-se com a democracia, podendo ou não afetar a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Paternalização do Direito, Democracia, Cidadania

ABSTRACT: *This article brings light to the changes brought by legislative omission and the judicial activism in Brazil, and also analyzes the narratives on the clashes between the powers arising from the empowerment of the Judiciary, as the result of the democratic deficit from the others powers, with the goal of showing reader this process is related to the democracy, and the way it may or may not affect the stability of the democratic rule of law.*

Keywords: Judicial Activism, Paternalization of Law, Democracy, Citizenship

INTRODUÇÃO

A busca constante por segurança jurídica por meio do processo de codificação do Direito, notadamente mais intenso após o Código de Napoleão de 1804, fez com que surgisse um novo paradigma: até que ponto a legalidade baseada apenas na retidão da lei formal seria o modelo ideal?

⁴⁸ E-mail: braga.rogerio@hotmail.com

Atrocidades oriundas dos regimes totalitários fizeram com que a interpretação formal-positivista do Direito fosse definitivamente posta em cheque. Surgiu um novo modo de compreensão da ciência do Direito: a doutrina “pós-positivista” ou “neopositivista”, lastreada em uma concepção formal-valorativa do arcabouço normativo.

O legislador, ao elaborar a Constituinte de 1988, não fugiu ao modelo de codificação. Pelo contrário, temendo a manutenção ou retorno do período obscuro da ditadura, criou-se uma Constituição analítica, pormenorizada. Estabeleceu-se, por exemplo, a forma republicana de governo, com fundamento axiológico na dignidade humana, sem olvidar da separação dos poderes e do estabelecimento de objetivos republicanos. Também enunciou-se princípios para reger as relações internacionais, direitos e garantias fundamentais, além de conferir maior rigidez às partes do texto constitucional consideradas chave do sistema (cláusulas pétreas).

Entretanto, apesar do esforço em oferecer uma tutela efetiva ao povo, a realidade mostrou-se bastante diversa do ideal. A omissão legislativa, a adoção do modelo burocrático de administração, a improbidade, o descaso com a coisa pública, dentre outros, fez com que direitos e garantias constitucionalmente consagrados fossem diuturnamente vilipendiados. Muitos desses direitos, previstos ou entendidos como normas de eficácia limitada, revelaram-se como meros compromissos dilatatórios. Assim, a atuação deficitária dos poderes Legislativo e Executivo na concretização desses direitos acabou por permitir a expansão do Judiciário em áreas alheias às suas competências típicas.

A ignorância do povo e o seu afastamento das esferas de decisão política acabou por permitir que o Legislativo atuasse de acordo com os seus próprios interesses, ou mesmo segundo a vontade das minorias elitistas financiadoras das campanhas eleitorais. Essa omissão dos poderes Legislativo e Executivo, especialmente na implementação e concretização de políticas públicas, resultou em um empoderamento do Judiciário, que passou a atuar como supridor de lacunas, como instância de busca da justiça.

Esse fenômeno de empoderamento do Judiciário, apesar de mostrar-se bastante eficaz para resolver determinadas demandas, também trouxe à baila a questão da separação dos poderes e da interdependência entre eles, emergindo debates acerca da legitimidade do ativismo judicial. Por esse motivo, é relevante a reflexão acerca da função institucional desses poderes, inclusive o controle recíproco, e sobre as possíveis consequências desse novo cenário jurídico-político que se manifesta.

1. DEMOCRACIA E DIREITO: ASPECTOS GERAIS

O Direito surge como ferramenta hábil a organizar a sociedade e produzir certa segurança jurídica, pacificando os conflitos sociais, preservando a liberdade, integrando os povos e legitimando o poder. A democracia (*demo*=povo; *kratos*=poder), por outro lado, surge como forma de imputação desse poder.

Isso quer dizer que, se o Estado é criado visando à tutela de interesses coletivos, nada mais justo que os tutelados participem das decisões e ações políticas que os afetarão direta ou indiretamente. Essa participação pode se dar de forma direta (democracia pura) ou indireta (democracia representativa).

O procedimento legislativo democrático se caracteriza por tornar o caráter vinculante do direito dependente de discursos e procedimentos decisórios públicos, nos quais todos os cidadãos têm o direito de tomar parte. Cidadãos em uma democracia não são apenas destinatários, mas também autores de suas normas jurídicas. (GÜNTHER, 2006, p. 225)

Entretanto, a participação popular não é bastante em si. O Direito legítimo não é aquele que decorre de princípios absolutos ou de formalismos preestabelecidos, mas o que revela os anseios e necessidades do povo. Desse modo, a consciência dos destinatários das normas jurídicas é de extrema importância para a legitimidade do Direito posto. Sem ela, há o risco de haver exteriorização de vontades alheias ao interesse coletivo, vontades essas que acabam por perseverar ante a omissão dos nativos detentores do poder político.

Nesse contexto, é relevante a atuação da pessoa de forma deliberativa. Para GÜNTHER, 2006, p. 229, isso ocorre quando o indivíduo é cidadão e pessoa de direito. Cidadão, ao ser autor de normas jurídicas e se posicionar criticamente em relação a elas. Pessoa de direito, quando torna-se destinatário das normas que ajudou a elaborar.

Sem isso, há risco de o Direito ser elaborado baseando-se apenas no procedimento ou em uma moralidade legislativa. O que pode provocar incompatibilidade quanto à vontade do cidadão, não permitindo que haja manifestação popular e não conferindo legitimidade à norma produzida. Ele afirma, ainda, que a teoria do discurso do direito visa precisar a dupla intuição em relação à legitimidade do direito.

(...) São os próprios cidadãos que decidem sobre o direito posto e que o procedimento jurídico de decisão é racional, ou seja, permite o exame de propostas de normas por meio de crítica argumentativa. Com essas características, a teoria do discurso do direito distingue-se tanto das teorias que buscam um princípio absoluto de moral ou de ética política como fundamento material de legitimação do direito quanto das teorias formais que se contentam com qualquer

procedimento de criação de direito, simplesmente previsto por normas secundárias. Ela se diferencia também das teorias que, no lugar de princípios materiais ou procedimentos formais, baseiam-se na pessoa e suas aptidões e características, especialmente na razão, em que todas as pessoas se igualam. (GÜNTHER, 2006, p. 223)

Dessa ideia de participação efetiva do indivíduo na política e na elaboração do Direito, surge o conceito de cidadania. Esta, existiria quando os indivíduos que habitam um determinado território possuem capacidade de interferir na soberania, não sendo meros destinatários das leis do Estado. No entanto, para Maria de Lourdes Cerquier-Manzini, o termo comporta definições distintas, e até mesmo opostas.

O que é ser cidadão? Para muita gente, ser cidadão confunde-se com o direito de votar. Mas quem já teve alguma experiência política – no bairro, igreja, escola, sindicato etc. – sabe que o ato de votar não garante nenhuma cidadania se não vier acompanhado de determinadas condições de nível econômico, político, social e cultural. Podemos afirmar que ser cidadão significa ter direitos e deveres, ser súdito e soberano. Tal situação está descrita na Carta de Direitos da ONU (Organização das Nações Unidas), de 1948, que tem suas primeiras matrizes marcantes nas cartas de Direito dos Estados Unidos (1776) e da Revolução Francesa (1798). Sua proposta mais funda é a de que todos os homens são iguais perante a lei, sem discriminação de raça, credo ou cor. E ainda: a todos cabe o domínio sobre seu corpo e sua vida, o acesso a um salário condizente para promover a própria vida, o direito à educação, à saúde, à habitação, ao lazer. E mais: é direito de todos poder expressar-se livremente, militar em partidos e sindicatos, fomentar movimentos sociais, lutar por seus valores. Enfim, o direito de ter uma vida digna como ser humano. (CERQUIER-MANZINI, 2010, p. 11-12)

Importante salientar que, quando se fala em Estado Democrático de Direito, há também a submissão do Estado às leis. Além de que este só adquire posição de vantagem em relação ao indivíduo quando em defesa do interesse geral e abstrato. Quando os representantes políticos investidos no poder se afastam dessa máxima é criada uma ditadura, na qual o Estado, valendo-se da justificativa de defesa dos interesses coletivos, acaba por legitimar suas próprias condutas, mesmo que contrárias ao interesse público.

Essa posição autossuficiente do Estado em relação ao indivíduo não possui guarida no Estado Democrático de Direito. Neste, o povo é o titular do poder e deve ser o

destinatário das decisões legislativas e administrativas. E mais, o representante político, ao exercer um cargo político, deve estar ciente de que as prerrogativas e imunidades pertencem ao cargo, não a ele.

1.1. DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POPULAR NO BRASIL

É fato que no campo das Ciências Sociais a multiplicidade de pontos de vista é uma máxima. Em relação à globalização, apesar de haver divergências sobre como e quando ela se deu, existe um consenso de que nos últimos anos ela se tornou mais intensa, promovendo uma interligação entre os povos de todo o globo de forma nunca antes vista.

O alargamento das relações sociais, comerciais e políticas exigiram do legislador maior amplitude em suas decisões ao elaborar a norma jurídica. Não bastando isso, também tornou-se cada vez mais corriqueiro o surgimento de direitos e garantias internacionais, patamares mínimos exigidos daqueles Estados para que integrem determinado bloco econômico, usufruam determinado benefício, etc.

Esses fatores fizeram com que a busca pela estabilidade jurídica também se tornasse uma máxima a ser alcançada por esses Estados. Não só pela exigência dos investidores estrangeiros, que procuram locais seguros para empregarem seus capitais, mas também pela imposição de organismos internacionais que passaram a ser mais atuantes, notadamente em relação aos direitos da pessoa humana.

Vimos que o direito serve para ordenar a sociedade. A ideia da ordem se resolve na ideia de estabilidade. O caos é essencialmente instável. Entre a sociedade em desordem e a sociedade ordenada há a mesma diferença que entre um monte de materiais e um edifício. Um edifício tem o caráter de estabilidade. Estável é algo que está. Por isso a sociedade juridicamente ordenada se chama Estado. A ideia de direito e a ideia de Estado estão, portanto, intimamente relacionadas: não há Estado sem direito e nem direito sem Estado (...). (CARNELUTTI, 2007, p. 39)

Todavia, a existência de um Direito posto e de um Estado constituído e sólido não quer dizer que ele servirá aos anseios do povo. Por esse motivo, foram criados mecanismos para evitar o restabelecimento do absolutismo e permitir maior aproximação ao ideal de democracia. Nessa lógica, a separação dos poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos (*checks and balances*) foram mecanismos políticos propostos no intuito de manter o equilíbrio entre os poderes estruturais do Estado.

Depois de tudo o que acabamos de dizer, parece que a natureza humana dever-se-ia revoltar incessantemente contra o governo

despótico; entretanto, a despeito do amor dos homens pela liberdade e de seu ódio contra a violência, os povos, em sua maior parte, estão a ele submetidos. Isso se compreende facilmente. Para formar um governo moderado é necessário combinar poderes, regulamentá-los, fazê-los agir; dar, por assim dizer, lastro a um deles, para colocá-lo em condição de resistir a outro; e isto é uma obra-prima de legislação que o acaso raramente produz, e também raramente deixa-se à prudência fazer. (MONTESQUIEU, 2008, p. 76)

Para Montesquieu, o poder deveria ser fracionado para ser exercido de forma mais democrática e de modo que um poder fiscalize a atuação do outro. Por outro lado, a elaboração de Constituições escritas foi um fator determinante para o estabelecimento desse novo modelo jurídico-político que foi trazido pela Revolução Francesa. Nesse modelo francês, havia repulsa à hipertrofia do Judiciário e do Executivo, por motivos históricos, levando os holofotes para o Legislativo, tido como legítimo Poder de representação popular. No entanto, sem conferir a este um patamar de superioridade em relação aos demais.

O mais importante e avançado dentre os artigos da famosa Declaração francesa de agosto de 1789, o artigo 16, implicitamente declara guerra a todos os regimes que não possuem constituição democrática, ao afirmar que “uma sociedade na qual a obediência à lei não está assegurada, nem tampouco a separação dos poderes definida, não possui constituição alguma”. Por causa da combinação dinâmica entre direitos universais e normas procedimentais de auto-organização, todas as implicações cosmopolitas são intrínsecas a todas as constituições democráticas e, por exemplo, os artigos 23 (1), 24 (1) e 25 da Lei Fundamental Alemã de 1948 são meros passos ulteriores que levam todos na mesma direção da autotranscendência democrática cosmopolita. (BRUNKHORST, 2011, p. 16)

Nesse cenário, houve uma expansão da constitucionalização do Direito e o surgimento de movimentos sociais, especialmente operários e feministas, visando ao respeito da dignidade da pessoa humana e à igualdade material. Emergiram, portanto, questionamentos sobre a mera igualdade formal posta pelo Direito, junto ao absentismo Estatal, especialmente porque mostraram-se incapazes de tutelar efetivamente os direitos previstos nos códigos.

Segundo BRUNKHORST *apud* MARKS, 2011, p.16, a constitucionalização e a transnacionalização do Direito não ocorreu de forma repentina, pelo contrário, resultaram

das duas grandes guerras do século XX e de revoluções “*travadas não apenas em nome do interesse nacional ou do interesse de uma classe específica, mas também em vista de metas e normas universais, pela democracia, pelos direitos humanos e pelo socialismo*”.

Atualmente, a nova ordem cosmopolita inclui: (1) a permanentemente crescente juridicização da sociedade mundial (Bogdandy et al., 2009), (2) a emergência de algum tipo de hierarquia normativa (Peters, 2006, vol. 19; Fassbender, 2009, pp. 103ss)(como no caso nacional dos Estados Unidos ou no caso da União Européia (EU) se tornando compatível com um certo tipo de “pluralismo constitucional”) (Halberstam, 2008), e (3) o acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político mundiais (Di Fabio, 1998, pp. 106ss). Portanto, a atual ordem cosmopolita já é uma ordem constitucional, ao mesmo tempo cosmopolita e marcada por fortes elementos de estabilidade em níveis pós-nacionais. (...) Essa ordem mundial cosmopolita, em seu cerne institucional, foi delineada e efetivada após a Primeira Guerra Mundial, sem sucesso, e posteriormente de forma bem-sucedida, entre 1941 e 1951; e a partir de 1989, tornou-se a ordem cosmopolita de todo o planeta. Contudo, está longe de ser democrática, pois não é constitucionalizada plenamente, como veremos adiante. (BRUNKHORST, 2011, p. 9)

Contudo, o Estado Constitucional de Direito brasileiro possui características singulares. Exemplo disso é que temos uma democracia ainda incipiente, mas já marcada por golpes cívico-militares e contragolpes. Ademais, é nítido o apagamento histórico das lutas por independência e acesso a direitos, criando-se no imaginário popular a ideia de que os direitos conquistados foram concedidos pela benevolência dos soberanos e representantes.

Por esse motivo, é latente a vulnerabilidade de democracias recentes como a brasileira. Logo, quando se fala em pessoa deliberativa no Brasil é perceptível que a dupla face desse conceito não existe em sua plenitude. O problema disso é que esse distanciamento do povo dos núcleos de onde emanam as leis e regulamentos faz com que haja um enfraquecimento do processo democrático.

Essa ausência popular na determinação dos rumos políticos do Estado permite a manutenção de núcleos paralelos de poder. Estes não representam o povo e os interesses oriundos da vivência social, mas promovem e legitimam os seus próprios interesses. Desse modo, as leis, que seriam a mais poderosa ferramenta de limitação do poder arbitrário e de garantia da igualdade material, acabam por revelar as paixões e caprichos de uma pequena classe. Esta, se vale do Estado para a consecução de interesses próprios, relegando o interesse público a segundo plano.

Apenas com boas leis se podem impedir esses abusos. Mas, frequentemente os homens deixam as leis provisórias e à prudência ocasional o cuidado de regular os negócios mais importantes, quando não os confiam à vontade daqueles que têm interesse em se opor a melhores instituições e às leis sábias. Além disso, apenas depois de terem pervagado por muito tempo em meio aos erros mais prejudiciais, depois de terem exposto mil vezes a própria liberdade e a própria existência é que, cansados de sofrer, reduzidos aos últimos extremo, os homens se determinam a remediar os males que os atormentam. (...) Percorramos a História e constatemos que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenham sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: todo o bem-estar possível da maioria.” (BECCARIA, 2007, p. 15-16)

Entretanto, como falar em participação popular em uma sociedade onde a maioria não possui o mínimo existencial, como moradia, educação, alimentação e trabalhos dignos?

Percebe-se, ademais, que esses fatores são condicionantes para a formação de uma pessoa deliberativa. Sem isso, as pessoas não serão mais do que um contingente de indivíduos que ocupam determinado território e nele se fixam em busca de sobrevivência. Assim, não serão cidadãos de fato e não influenciarão nos rumos políticos do Estado.

2. ATIVISMO JUDICIAL E PATERNALIZAÇÃO DO DIREITO

O ativismo judicial pode ser conceituado como uma postura proativa do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, especialmente ante à omissão dos demais poderes. Contudo, segundo MAUS, 2000, p. 185, esse fenômeno não ocorreu de forma isolada e nem regionalizada, mas decorreu de um processo de paternalização do Direito em diferentes regiões do mundo.

Assim, a figura do pai foi perdendo significância nas últimas décadas. De outra mão, os sujeitos passaram a transferir a ausência deste ao Estado, desenvolvendo um clássico modelo de superego.

Nos anos 1960 Hebert Marcuse constatava o “envelhecimento da psicanálise”, ou mais precisamente “o envelhecimento de seu objeto”.

Na definição do ego. A construção de uma consciência individual passa a ser determinada muito mais pelas diretrizes sociais do que pela intermediação da figura dominante do pai, e a sociedade se vê cada vez menos integrada por meio de um âmbito pessoal, no qual se pudesse aplicar a seus atores o clássico modelo do superego. Ambas as tendências levaram a relações em que tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter as normas sociais à crítica autônoma. Por isso a "sociedade órfã" ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna. (MAUS, 2000, p. 185)

Nesse espectro, uma série de acontecimentos fez com que o Judiciário passasse a abarcar a responsabilidade pela solução das injustiças sociais, grande parte resultante da omissão do próprio Legislativo. No Brasil, assistimos nos últimos anos a uma ampliação objetiva das funções do Judiciário (expansão da jurisdição constitucional), com a progressiva aceitabilidade de certo ativismo judicial, havendo a possibilidade de controle judicial sobre as políticas públicas (judicialização da política).

Segundo LENZA *apud* BARROSO, 2022, p. 203-204, as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais passaram a ter relevante papel representativo, apesar de seus juízes não possuírem mandato em decorrência de eleição popular. Contudo, isso se dá porque, em certos casos, a decisão dessas Cortes está mais alinhada à vontade do povo do que as normas elaboradas pelos próprios representantes eleitos.

Segundo constata, é possível reconhecer uma "crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos Parlamentos", o que levou a uma "expansão do Poder Judiciário e, notadamente, das Supremas Cortes".

*Assim, "em certos contextos, por paradoxal que pareça, Cortes acabam sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais". (LENZA *apud* BARROSO, 2022, p. 203-204)*

Assim, o paradigma está na representatividade que a justiça passou a ter para a sociedade. Ela foi entronizada e elevada à categoria de instância máxima de justiça, podendo ser comparada a uma divindade, aquela que por todos intercede e tudo resolve. Ela passou a representar o pai da sociedade moderna órfã, contrariando a lógica do sistema

representativo político. Esse fenômeno ocasionou enorme acúmulo de processos no Judiciário, além de estimular uma cultura de litigiosidade.

Além disso, se a justiça adquire posição paternalística, de superioridade e de mais elevada instância moral, há também a “deusificação” das pessoas que ocupam certos cargos públicos, resultando em personificações danosas à sociedade, como mostra a história recente.

Nesse sentido, no imaginário popular, as decisões desses indivíduos tidos como heróis, ou mitos, seriam uma espécie de manifestação divina e, por isso, insuscetíveis de questionamentos. Aos “súditos” não restaria alternativa senão se curvar aos ditames dos senhores, sob risco de serem lançados à condição de inimigos da pátria.

O retorno mais marcante da imagem do pai parece revelar-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos. Nesse país, que já desenvolvera um modo original de controle judicial da constitucionalidade desde o começo do século XIX, tal retorno é indicado pelo surgimento de uma vasta literatura a respeito de biografia dos juizes. Na visão retrospectiva do século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juizes que fizeram sua historia constitucional, os quais aparecem como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito” (grifos nossos). Nessas representações se revela mais que em qualquer outro campo a atual tendência ao biografismo, que demonstra uma reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos. O aspecto típico dessas biografias de juizes parece se configurar na idéia – que suscita algo como uma reedição dos antigos “espelhos dos príncipes” – de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade dos juizes. (MAUS, 2000, p. 185)

Criou-se, assim, a ideia de que o julgador é justo porque a ele cabe tomar decisões justas. Para MAUS, 2000, “nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego”. A crítica que se faz, portanto, é a elevação dos julgadores à condição de detentores da verdade absoluta, como se fossem as únicas fontes legítimas do Direito.

Cada homem tem sua maneira de ver; e o mesmo homem, em épocas distintas, vê diversamente os mesmos objetos. O espírito de uma lei

seria, pois, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou penosa, da debilidade do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o ofendido, enfim, da reunião de todas as pequenas causas que modificam as aparências e transmutam a natureza dos objetos no espírito mutável do homem. Veríamos, desse modo, a sorte de um cidadão mudar de face ao transferir-se para outro tribunal, e a vida dos desgraçados estaria à mercê de um errôneo raciocínio ou a bile de um juiz. Constaríamos que o juiz interpreta apressadamente as leis, segundo as ideias vagas e obscuras que estivessem, no momento, em seu espírito. (BECCARIA, 2007, p. 23)

Nota-se que escritores clássicos como BECCARIA já alertavam quanto à relatividade do conhecimento, o qual pode variar em relação ao tempo e espaço. Isso porque cada pessoa vê algo de forma diversa e a mesma pessoa vê a mesma coisa de forma diferente em épocas distintas. Ademais, uma mesma pessoa pode ter concepções desiguais de acordo com o humor que revela naquele momento.

Por isso, uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e das leis seria a forma mais segura de tutelar os direitos da sociedade. Nesse modelo, a interpretação do ordenamento jurídico não envolve apenas poderes estatais, órgãos públicos e seus agentes, mas também os próprios cidadãos e grupos sociais. O Supremo Tribunal Federal tem adotado esse modelo nos chamados "*hard cases*", estabelecendo audiências públicas e ampla participação popular, de modo a compensar o déficit democrático eventualmente delas decorrente.

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito de, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. No desdobramento dessa tendência e de seus fundamentos – em que as condições sociais estruturais, assim como seu apoio em mecanismos psíquicos, devem ser levados em consideração -, convém investigar se se trata de uma simples regressão social ou antes de uma acomodação às condições do moderno e anônimo aparato de administração do Estado, em que todas as figuras paternas são obrigadas à abdicação. Pode ocorrer

que penetre nesse foro interno aquela instância que compreende a si própria como moral e que, de maneira tão incontroversa, é reconhecida como consciência de toda a sociedade, de tal modo que a imagem paterna à qual se resiste atue concomitantemente como ponto de partida do clássico modelo de transferência do superego e como representante de mecanismos de integração despersonalizados. A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituto? (MAUS, 2000, p. 1987)

MAUS, 2000, ao citar Emmanuel Sieyès, presidente da Assembleia Constituinte que escreveu a Constituição Francesa de 1791, traz ao debate a questão da perda da identidade entre o indivíduo e os seus direitos natos. Critica o fato de que as pessoas se acostumaram tanto à submissão estatal que elas olvidam do fato de que o Estado só existe porque elas permitiram que ele existisse. Que a existência desse ente só se justifica quando ele atua na defesa dos interesses de quem outorgou poder a ele (o povo).

E mais, quando a justiça é elevada à condição de supremacia, torna-se mais difícil fiscalizar e controlar os seus atos. Isso é perigoso porque pode resultar em um processo antidemocrático, substituindo-se o célebre aforismo "the king can do no wrong" pelo "the judge can do no wrong".

Entre essas formulações aparentemente cumulativas existe uma correlação íntima que encontra sua razão de ser na premissa fundamental de Sièyes de que só pode considerar como "lei" aquilo que o povo decidiu para si mesmo – uma exigência que na teoria da criação legal de Sièyes é enfraquecida pela existência de representantes escolhidos pelo povo. Em todo caso, a autoridade protetora, ainda almejada por Sièyes, despe-se das vestes paternalistas que lhe caberiam com a "proteção da lei" e torna-se "delegada" da soberania legislativa do povo. A "proteção paternal do poder do Estado" de que fala Sièyes não mais detém prioridade, de modo que os direitos e liberdades dos "súditos" pudessem simplesmente ser ditados por ele; antes, este poder do Estado será originariamente derivado dos direitos de liberdade dos cidadãos e por eles limitado. A relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção democrática de Estado inverte as relações "naturais": nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai. (MAUS, 2000, p. 188)

No âmbito das liberdades civis tem-se que tudo que não é proibido é permitido. A lei, portanto, serve como ferramenta delimitadora do âmbito de atuação do aparato repressivo do Estado. Por outro lado, a omissão, a contradição, a obscuridade fazem com que haja uma prorrogação dos poderes do Judiciário, como decorrência lógica da inafastabilidade da jurisdição, em razão do dever-poder de solucionar o caso concreto posto em juízo (vedação do *non liquet*).

Este modelo traz consequências decisivas também para as relações entre Legislativo e Judiciário. Quando Sièyes diz que “a lei nada tem a permitir”, estendendo-se o campo da liberdade civil a “tudo o que ela não proíbe”, pronuncia-se por uma suposição básica e precursora em favor do cidadão, o qual aparece como interveniente posterior – e portanto sob a forma negativa de proibição em face de toda ação do Estado. O espaço original da liberdade dos cidadãos permanece tanto maior quanto menor for o do “proibido”. É de se exigir, portanto, o máximo de precisão das proibições legais, já que toda ambiguidade dilata o campo de ação do aparato estatal na aplicação das leis. (MAUS, 2000, p. 188)

Importante frisar que a clássica separação dos poderes proposta por Montesquieu visava garantir a autonomia e equidistância entre eles. O Legislativo, por ser aquele que representa a soberania popular, possuía, originariamente, posição de destaque em relação aos demais. Desse modo, havia estrita vinculação do Executivo e do Judiciário aos ditames da lei (juiz “boca da lei”).

Com o passar dos anos esse panorama foi sendo alterado e o Judiciário foi ocupando os espaços deixados pela omissão do Legislativo e do Executivo, notadamente na implementação das políticas públicas e efetivação de direitos fundamentais. Com esse fenômeno, o Poder Judiciário passou a ser visto pelo povo como a verdadeira instância moral, fazendo com que essa hipertrofia de seu poderio fosse legitimada pela vontade dos verdadeiros detentores do poder.

A introdução de pontos de vistas morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecendo por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das

esferas da liberdade. Somente a posteriori, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi "proibido", aprendendo a deduzir para o futuro o "permitido" (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso. (MAUS, 2000, p. 190)

Como demonstrado, há um embate de narrativas entre qual modelo deve imperar, se cabe ao Judiciário adotar uma postura de autocontenção (como de outrora) ou ativista, de modo a evitar que os direitos e garantias fundamentais não sejam uma mera folha de papel (Lassale). Nesse ponto, destaca-se que a inação do Poder Judiciário já causou situações extremamente injustas no Brasil, especialmente quanto a minorias sub-representadas nos espaços de poder.

Em razão disso, devem ser refutadas as alegações de que a atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas, especialmente aquelas relacionadas à concretização do mínimo existencial, afronta a separação dos poderes. Pelo contrário, essa atuação significa justamente que o mecanismo de freios e contrapesos está em funcionamento, evitando-se o chamado fenômeno da erosão da consciência constitucional (Karl Loewestein).

Todavia, vários pensadores criticam a abstrativização que está sendo conferida às normas, a exemplo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, os quais dão certa liberalidade para que o julgador os interprete de acordo com o caso concreto, realizando a justiça. Criticam essas fórmulas pois permitiram uma grande subjetividade do julgador, o qual deixaria de ser mero intérprete do espírito da lei, passando a realizar a justiça segundo a realidade social e influenciado por suas convicções pessoais.

No entanto, as justificativas para que haja uma crescente descodificação do direito e a adoção cada vez mais acentuada das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados são vastas. Salientam que a dinamicidade das relações sociais no mundo globalizado não se coaduna com a edição de normas estáticas, que a norma abstrata não pode ser concretizada em todos os casos possíveis, que o Legislativo não responde à necessidade legiferante da sociedade, dentre outros.

Essa inversão das expectativas do direito não ocorre somente por meio da usurpação dos tribunais, mas também mediante a própria estrutura legal. Multiplicam-se de modo sintomático no direito moderno conceitos de teor moral como "má-fé", "sem consciência", "censurável", que nem sempre são derivados de uma moral racional, mas antes constituem representações judiciais altamente

tradicionalistas (ou politicamente autoritárias, como no caso da jurisprudência das Sitzblockade). A expectativa de que a justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular. (MAUS, 2000, p. 190)

Entretanto, é preciso analisar de onde vem essas críticas ao denominado ativismo judicial. Não raro, observamos que os críticos costumam ocupar posições de privilégio, tendo interesse em que seja mantido o *status quo* das dinâmicas de poder. Como trabalhado anteriormente, as leis no sistema representativo atual costumam decorrer de uma elite política e econômica, a qual não possui interesse em alterar as estruturas de poder, o que acaba sendo ameaçado pela figura do juiz criativo.

2.1. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA COMO CORTE CONSTITUCIONAL

Uma das recentes críticas de alguns setores da sociedade é de que as cortes constitucionais, como o Tribunal Federal Constitucional Alemão (TFC) e o Supremo Tribunal Federal (STF), conquistaram tamanha independência que, em certos aspectos, não mais se subordinam nem mesmo à Constituição. No Brasil, por exemplo, é possível que o STF dê interpretações antagônicas ao mesmo texto constitucional em épocas divergentes, fenômeno chamado pela doutrina de “mutação constitucional”.

Assim, a “competência” do TFC – como de qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. “Legibus solutus”: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição. (MAUS, 2000, p. 192)

MAUS, 2000 chega a afirmar que a forma como esses tribunais aplicam os dispositivos constitucionais assemelha-se ao modo de cognição usado pelos que interpretam a Bíblia ou o Corão. Estaríamos, assim, diante de verdadeira “teologia constitucional”. Por esse motivo, esta veneração das decisões judiciais e o superego constitucional é naturalmente aceito pela sociedade.

Os tribunais ganhariam o status de guardiões da Constituição e se tornariam os reveladores da norma divinamente posta. Suas decisões seriam irrecorríveis, inquestionáveis e injustificáveis, como são os dogmas religiosos.

As leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias. Entre as teorias da metodologia jurídica hoje predominantes quase que desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do “método adequado” entre outras concepções concorrentes. (MAUS, 2000, p. 193)

MAUS, 2000, afirma que a busca constante do Judiciário por aumento de poder não decorreu estritamente da questão jurídica. Resultou, também, da vontade dos magistrados em manter seu poderio, que fica reduzido quando o Legislativo está em posição de destaque.

Ela cita como exemplo a descensão social que os juízes alemães tiveram quando a influência legislativa do Parlamento crescia, em meados do século XX. Isso provocara uma desvalorização da função jurisdicional, redução da remuneração e a transformação dos juízes em meros “serviçais da norma”. Assim, tanto os liberais, quanto os da esquerda e os conservadores da Alemanha exigiam mais liberdade frente à lei:

Os teóricos do Direito Livre postulando abertamente a possibilidade de decisão judicial baseada em norma jurídica positiva como exceção, e os protagonistas da Associação dos Juizes, que redefiniram o conceito de “vinculação à lei”, colocando esta à disposição da ambicionada flexibilização do direito. No decorrer do desenvolvimento de tais posturas, a Associação abdicou paulatinamente de sua reserva a compreender-se como organização de defesa de interesses profissionais, enquanto os adeptos do Direito Livre objetivaram a condição de “juiz-rei”, que atua legibus solutus

*bem como destaca-se por um tipo “especial de remuneração”.
(MAUS, 2000, p. 195)*

Segundo a autora, no período do Nazismo o positivismo e o formalismo perderam força e os juízes ganharam imensa expressividade, sendo elevados à condição de curadores dos valores do povo. As atrocidades cometidas durante o regime nazista somente foram possíveis porque o direito alemão deixou de exigir estrita vinculação à lei e permitiu certa margem de liberdade interpretativa aos magistrados.

Desse modo, a justiça deixou de legitimar suas decisões nas leis e os interesses políticos e administrativos passaram a ditar os rumos da atividade judicante, permitindo que Hitler agisse de maneira extremamente perversa, acobertado pela legalidade.

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. (MAUS, 2000, p. 202)

Por esse motivo, os críticos da expansão da jurisdição constitucional afirmam ser imprescindível uma reflexão acerca dos contornos que a justiça tomou no Brasil na última década. Mesmo cientes de que dificilmente a norma geral conseguiria abarcar todas as hipóteses de incidência possíveis, ponderam ser arriscado que as decisões judiciais sejam guiadas pela moralidade dos magistrados, especialmente porque a composição da Suprema Corte pode alterar qualquer entendimento já consolidado no decorrer no tempo (*overruling*).

Pontuam que o alegado desequilíbrio entre os poderes do Estado traz consigo inúmeras implicações sociais, que podem resultar em um processo antidemocrático, provocando inestimáveis retrocessos ao Estado Democrático de Direito.

À despeito disso, a realidade brasileira tem demonstrado o contrário, pois a atuação contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal mostrou-se essencial à garantia da própria separação dos poderes, do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. A Suprema Corte brasileira tem se mostrado essencial para que a igualdade, proclamada desde a Revolução Francesa e inserta na nossa Constituição, não seja meramente formal, mas também material e como reconhecimento.

3. CIDADANIA E HARMONIZAÇÃO DOS PODERES

Antes de tudo, é preciso esclarecer o que é cidadania. Mesmo sabendo que os conceitos nem sempre revelam a estrita realidade, é possível estabelecer características

que consubstanciam o objeto descrito. A cidadania não foge a essa máxima. De qualquer modo, mesmo sabendo ser um termo de significância pluralística, Maria de Lourdes Cerquier-Manzini faz essa ressalva, e a conceitua como um conjunto de direitos e deveres conferidos ao indivíduo em suas relações sociais. Para ela, o cidadão deve ter seus direitos respeitados, sem deixar de lado suas responsabilidades.

Ele também deve ter deveres: ser o próprio fomentador da existência dos direitos a todos, ter responsabilidade em conjunto pela coletividade, cumprir as normas e propostas elaboradas e decididas coletivamente, fazer parte do governo, direta ou indiretamente, fazer parte do governo, direta ou indiretamente, ao votar, ao pressionar por meio de movimentos sociais, ao participar de assembleias – no bairro, sindicato, partido ou escola. E mais: pressionar os governos municipal, estadual, federal e mundial (em nível de grandes organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional – FMI). (CERQUIER-MANZINI, 2010, p. 12)

Assim, a assunção dessa responsabilidade pelo indivíduo é salutar, pois os que ocupam os cargos políticos em nome do povo tendem a buscar interesses particulares em detrimento do coletivo. Esquecem que as prerrogativas e imunidades pertencem ao cargo e não a eles. Desse modo, quanto mais o cidadão participar dos rumos políticos, exigindo resultados e transparência, maiores serão os ganhos sociais.

As pessoas tendem a pensar a cidadania apenas em termos dos direitos a receber, negligenciando o fato de que elas próprias podem ser o agente da existência desses direitos. Acabam por relevar os deveres que lhe cabem, omitindo-se no sentido de serem também, de alguma forma, parte do governo, ou seja, é preciso trabalhar para conquistar esses direitos. Em vez de meros receptores, podem ser, acima de tudo, sujeitos daquilo que podem conquistar. Se existe um problema em seu bairro ou em sua rua, por exemplo, não se deve esperar que a solução venha espontaneamente. É preciso que os moradores se organizem e busquem uma solução capaz de atingir vários níveis, entre eles o de pressionar os órgãos governamentais competentes. E assim também pressionarem por maior extensão e qualidade de atendimento do direito a saúde, trabalho, moradia, escolaridade etc. (CERQUIER-MANZINI, 2010, p. 14)

É sabido que a lei, como grande ordenadora da vida em sociedade, é responsável por considerável parcela dos resultados sociais. Em um Estado Democrático

de Direito, como no Brasil, essa lei é, em regra, elaborada por representantes do povo (democracia representativa), cabendo ao Judiciário a aplicação da norma ao caso concreto, dizendo o direito e harmonizando as relações sociais.

No entanto, devido ao fato de o povo não elaborar diretamente a lei que lhe será imposta, nem participar ativamente do processo de elaboração, há um grande risco: as minorias dominantes, organizadas em núcleos de poder (como os grupos de pressão), acabam perseverando seus ideais em detrimento do bem-estar social. Sobre o assunto, Roberto Lyra Filho afirma que:

A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção. Embora as leis apresentem contradições, que não nos permitem rejeitá-las sem exame, como pura expressão dos interesses daquela, também não se pode afirmar, ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível. Nesta última alternativa, nós nos deixaríamos embrulhar nos “pacotes” legislativos, ditados pela simples conveniência do poder em exercício. A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido. (LYRA FILHO, 1992, p. 8-9)

Desse modo, sabendo que o Direito somente será legítimo quando traduzir os reais anseios da sociedade, é evidente que deve haver participação popular nos rumos da política. Sem isso, se corre o risco de ser criado não um Direito, mas o Antidireito, que representa apenas as elites econômica e política.

Para CERQUIER-MANZINI, 2010, “os direitos de uns precisam condizer com os direitos de outros, permitindo a todos o direito à vida no sentido pleno – traço básico da cidadania”. Paralelamente, deve haver a interdependência e a igualdade entre poderes, de modo que o Estado (que é uno) possa existir em função da busca do interesse público. A ficção jurídica que é o Estado só se torna legítima quando age pelo povo e para o povo.

Nesse sentido, a participação popular, em todas as esferas de poder, resulta em um controle social efetivo sobre os rumos do Estado, interferindo diretamente nas escolhas políticas e dando legitimidade democrática às decisões judiciais. Percebe-se, portanto, que o povo não pode ser tido como mero objeto de direito, como se não pudesse traçar escolhas existenciais e orientar a sua própria vida e a de sua comunidade. Pelo contrário, é

a participação popular, sem distinções e preconceitos, que legitimará a atuação dos agentes do Estado.

CONCLUSÃO

A relação do direito com seu destinatário passa, hoje, por intensas transformações. Ocorre um rápido processo de integração das economias mundiais e uma acirrada disputa internacional pelo poder político e econômico. O Direito, como elemento de coesão social e de ordenação da sociedade, sofreu profundas transformações e vem adquirindo contornos inimagináveis.

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo promoveram mudanças profundas na sociedade brasileira. Sem refutar o positivismo, o Direito passou a ser permeável a princípios e valores morais no intuito de concretizar direitos fundamentais, buscando-se uma visão substancialista do fenômeno jurídico.

No entanto, alguns críticos passaram a afirmar que a ausência de estrita vinculação à lei também gerou insegurança jurídica, especialmente em razão da figura do juiz criativo. Os mais alarmistas entendem que haveria riscos concretos de se repetir desmandos e arbitrariedades similares aos vivenciados pela Alemanha nazista, na qual os juristas deixaram de ser aplicadores da lei e se tornaram instrumentos de poder político do chefe do Executivo.

Contudo, olvidam a função que a constitucionalização do Direito e as Cortes Constitucionais exercem nesse cenário. A primeira, ao exercer verdadeiro filtro de validade das normas e decisões judiciais, as quais precisam estar de acordo com as normas e princípios constitucionais. A segunda, por exercer a função de guardião da Constituição, não sendo o poder criativo dos juízos ilimitado e absoluto, mas determinado pela constituição e normas internacionais incorporadas ao Direito Brasileiro ou aplicáveis em razão da cláusula de abertura material do art. 5º, §2º. CR/88.

Ademais, percebe-se que a separação dos poderes seria a forma mais viável de organização do Estado, e que a função criativa do Judiciário não ameaça essa harmonia, sendo ela a concretização do Sistema de Freios e Contrapesos. De qualquer modo, para uma maior legitimidade democrática das decisões políticas e judiciais, é necessária uma maior participação popular nas esferas de poder, de modo que o cidadão deixe de ser mero destinatário das normas, regulamentos e decisões judiciais e se torne uma pessoa deliberativa.

Para reverter esse quadro e resgatar a cidadania é extremamente necessário que haja maciço investimento em educação, a fim de promover a consciência coletiva e a

soberania popular, o que culmina em um robusto controle social das políticas públicas e dos rumos do Estado.

4. REFERÊNCIAS

4.1 Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e da penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o Direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2007.

CERQUIER-MANZINI, Maria Lourdes. *O que é cidadania*. 4.ed. São Paulo: Editora Braziliense, 2010 (Coleção Primeiros Passos; 50).

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 10. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

4.2 Eletrônicas

BRUNKHORST, Hauke. *Alguns problemas conceituais e estruturais do cosmopolitismo global*. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Tradução Sebastião Nascimento, São Paulo, ANPOCS, vol. 26, nº 76, p. 7- 38, jun 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/02.pdf>> Acesso em: 18.02.2023.

GÜNTHER, Klaus. *Qual o conceito de pessoa de que necessita a Teoria do Discurso do Direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de Direito*. In: **Revista Direito GV**, Tradução Flavia Portella Püschel, São Paulo, nº 3, v.2, n.1, jan/jun 2006, p. 223-240. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99925/qual_conceito_pessoa_gunther.pdf> Acesso em: 15.01.2023.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade "órfã"*. In: **Novos Estudos**, Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, CEBRAP, nº 58, nov. 2000. p. 183-202. Disponível em:

<https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO_COMO_SUPEREGO_DA_SOCIEDADE> Acesso em: 13.01.2023.

TEUBNER, Gunther. *A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. In: **Impulso**, Tradução Peter Naumann, Piracicaba, UNIMEP, v. 14. nº 33, 2003, p. 9-31. Disponível em: <https://www.academia.edu/38061649/A_Bukowina_Global_sobre_a_emerg%C3%Aancia_de_um_pluralismo_jur%C3%ADdico_transnacional> Acesso em: 16.02.2012.

CONFLITOS ENTRE OS PODERES DA REPÚBLICA

KLERIO RICARDO DA SILVA GARCIA:
graduando no curso de Direito da Universidade
Brasil - Campus Fernandópolis

RODRIGO FRESCHI BERTOLO⁴⁹

(orientador)

RESUMO: De acordo com a Constituição Federal Brasileira de 1988, as funções do Estado são exercidas por três Poderes distintos e independentes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O Poder Executivo é responsável pela administração do Estado e pela execução das leis. O Poder Legislativo é responsável pela elaboração e aprovação das leis. O Poder Judiciário é responsável por interpretar e aplicar as leis. Tais poderes devem funcionar sempre em harmonia, de maneira a se complementarem e se limitarem em suas ações. O objetivo deste trabalho é estudar os poderes constituídos, analisar a eficiência e a importância da separação dos poderes para a democracia brasileira, bem como, quais são os possíveis conflitos existentes entre os poderes. Além de descrever a evolução histórica da divisão dos poderes do Estado, o artigo vai analisar o princípio constitucional da Tripartição dos Poderes e, verificar quais os limites de controle que os poderes da União exercem entre si. O estudo foi realizado através de pesquisa descritiva bibliográfica, através da revisão da literatura, cuja análise ocorreu em livros, doutrinas e artigos científicos publicados em revistas com Qualis, impressos ou disponíveis em meio eletrônico.

Palavras-chave: Constituição Federal. Poder Executivo. Poder Legislativo. Poder Judiciário.

ABSTRACT: According to the Brazilian Federal Constitution of 1988, the functions of the State are assigned by three distinct and independent Powers: the Executive, the Legislative and the Judiciary. The executive branch is responsible for the administration of the state and the execution of laws. The Legislature is responsible for drafting and passing laws. The Judiciary is responsible for interpreting and applying the laws. Such powers must always work in harmony, in order to complement and limit each other in their actions. The objective of this work is to study the acquired powers, analyze the efficiency and importance of the separation of powers for Brazilian democracy, as well as what are the possible conflicts between the powers. In addition to describing the historical evolution of

⁴⁹ graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2013). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2015). Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade Brasil. Atualmente é sócio-proprietário de Escritório de Advocacia e Professor Universitário.

the division of State powers, the article will analyze the constitutional principle of the Tripartition of Powers and verify the limits of control that the powers of the Union exercise among themselves. The study was carried out through a descriptive bibliographic research, through a literature review, whose analysis took place in books, doctrines and scientific articles published in magazines with Qualis, printed or available electronically.

Keywords: Federal Constitution. Executive power. Legislative power. Judicial power.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A SEPARAÇÃO DOS PODERES; 2 OS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO BRASIL; 2.1 Poder Executivo; 2.2 Poder Legislativo; 2.3 Poder Judiciário; 3 CONFLITOS ENTRE OS PODERES; CONCLUSÃO; REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

No Brasil, os poderes são divididos em três, sendo eles: o Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da separação dos poderes em seu artigo 2º, estabelecendo que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União são independentes e harmônicos entre si (BRASIL, 1988).

Embora cada poder possua plena autonomia, é necessário que eles atuem conjuntamente para garantir o funcionamento efetivo do Estado. A independência e harmonia entre os poderes conferem legitimidade ao exercício do poder, ao mesmo tempo em que servem como mecanismos de limitação e controle.

De acordo com Maldonado (2003), a técnica da separação dos poderes foi concebida por Montesquieu e Locke como um meio de limitar o poder, tendo sido implementada durante as Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII, em resposta aos abusos e à concentração de poder dos governos Absolutistas na Idade Moderna.

O princípio da separação de poderes estimula certos atritos entre legislativo, judiciário e executivo. Se não fosse assim, não existiria fiscalização recíproca e controle efetivo dos poderes, sempre propício a excessos (OLIVEIRA, 2021).

A principal finalidade dos três poderes é ampliar a participação popular nas decisões governamentais. Essa participação pode ocorrer de maneira direta, por meio de instrumentos como o voto em medidas, referendos, plebiscitos e outras formas de consulta pública previstas na legislação brasileira. Ademais, a separação dos poderes é essencial para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O estudo do tema é de grande valia já que se refere a organizações, funções e competências de poderes constitucionais em Estados Democráticos de Direito. Entender como funcionam os três poderes e quais os conflitos existentes entre eles,

auxilia o cidadão brasileiro a monitorar e participar das decisões políticas, além de garantir a defesa de interesses dos diversos setores da sociedade.

Tendo em vista o tema escolhido a ser tratado neste artigo, a fundamentação teórica se deu através de análises em livros, leis, jurisprudências e debates legislativos, sendo desnecessário a utilização de pesquisa de campo. Assim, a pesquisa foi elaborada a partir de estudos detalhados sobre o tema a partir de recursos bibliográficos disponíveis.

1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A concepção da separação dos poderes do Estado engloba uma história longa, complexa e descontínua. O contexto político, social e econômico da Europa nos séculos XVII e XVIII foi caracterizado pelas revoluções iluministas e pela queda dos governos absolutistas, o que serviu de referência e estímulo para o desenvolvimento das teorias da tripartição dos poderes (SALOMÃO; REZENDE, 2021).

Segundo Lenza (2016, p. 482):

Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder "incontrastável de mando", uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de Luís XIV reflete tal descrição: "L'État c'est moi", ou seja, "o Estado sou eu", o soberano.

No século XVIII, Montesquieu elaborou a "Teoria da Separação dos Poderes" com o intuito de descentralizar o poder que estava concentrado nas mãos de um pequeno grupo (BANDEIRA, 2022). O filósofo consolidou e fundamentou a separação de poderes em sua obra "O Espírito das Leis", publicada em 1748.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1996, p. 156)

A teoria da separação dos poderes surgiu em um contexto histórico específico, com a intenção de reduzir a atuação do Estado, no entanto, atualmente, as funções do Estado são cada vez mais amplas, exigindo colaboração entre os poderes (OLIVEIRA, 2021).

As teorias que propõem a divisão dos poderes do Estado refletem a preocupação em evitar governos absolutistas e normas tirânicas, sendo essencial a divisão do poder político em diferentes instâncias, estabelecendo a autonomia e os limites de cada um, através da lógica do controle do poder pelo poder (BENDER, 2019).

O objetivo da separação dos poderes era estabelecer um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral (FERREIRA FILHO, 2014).

De acordo com o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a separação dos poderes é inerente à Constituição, sendo, portanto, imprescindível ao constitucionalismo.

O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabelece que a separação dos poderes é inerente à Constituição, sendo, portanto, imprescindível ao constitucionalismo.

Artigo 16º Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Durante toda a história do Brasil, foram promulgadas mais de cinco constituições, refletindo as mudanças ocorridas ao longo dos séculos. Desde a Constituição Federal de 1891, a Tripartição de Poderes tem sido adotada no país, seguindo a tendência da legislação constitucional ocidental (SOUZA, 2008).

Atualmente, o Brasil possui um regime democrático de poderes, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988. Os poderes existentes são independentes, autônomos e interdependentes, sendo todos necessários para atender às necessidades dos cidadãos de forma igualitária (BANDEIRA, 2022).

O Princípio da Separação dos Poderes está previsto no artigo 2º da Constituição Federal, como um dos princípios fundamentais e é considerado uma das cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

As cláusulas pétreas são limitações materiais ao poder derivado reformador e têm por finalidade básica preservar a identidade material da Constituição Federal, protegendo institutos e valores essenciais, de forma a permitir a continuidade do processo democrático (CERA, 2012).

As limitações materiais são previstas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), conforme abaixo.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

O princípio da separação dos poderes busca garantir a independência e a harmonia entre os três poderes, de modo que cada um deles possua uma esfera de atuação preponderante, sem invadir a esfera de atuação dos demais (HARADA, 2020).

Além disso, esse princípio está intrinsecamente relacionado com o princípio democrático e a forma republicana de governo, uma vez que assegura a alternância no exercício do poder e impede ações autoritárias de governantes que busquem atender apenas aos seus interesses pessoais. Dessa forma, a separação dos poderes também é essencial para preservar a forma e o sistema de governo, bem como garantir a estabilidade política do país.

2 OS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO BRASIL

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o presidencialismo foi adotado como regime de governo no Brasil. Neste sistema, o chefe de estado e de governo é o presidente, que é eleito democraticamente através do voto popular, possui um mandato fixo e não depende da confiança parlamentar para governar.

De acordo com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), as funções do Estado são exercidas por três Poderes distintos e independentes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que devem funcionar em harmonia, de maneira a se complementarem e se limitarem em suas ações.

Na organização do Estado, cada um dos três Poderes tem competências e prerrogativas definidas na Constituição.

De acordo com Moraes (2002, p. 13):

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A separação dos poderes estabelece que cada um dos poderes deve atuar em um campo específico e não deve haver interferência entre eles. Os poderes são complementares e trabalham juntos para garantir a justiça de forma igualitária.

De forma simplificada, o Poder Executivo é responsável por implementar as leis criadas pelo Poder Legislativo. O Poder Legislativo, por sua vez, cria leis e fiscaliza as ações

do Poder Executivo. Já o Poder Judiciário tem como função proteger os direitos individuais, coletivos e sociais, além de resolver conflitos entre cidadãos, entidades e o Estado (SALOMÃO; REZENDE, 2021).

De acordo com Motesquieu (1996, p.168):

Estaria tudo perdido se em um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Cada poder e sua função será abordado de forma mais detalhada nos subcapítulos abaixo.

2.1 Poder Executivo

É dever do Poder Executivo a administração do Estado, observando as normas vigentes no país, além de governar a população, executar as leis, propor planos de ação, e administrar os interesses públicos (SANTANA, 2016). É o poder destinado a executar, fiscalizar e gerir as leis de um país.

O artigo 76 da Constituição Federal de 1988 determina que:

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

No âmbito federal, o poder executivo é exercido não apenas pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros indicados por ele, pelos Secretários, Conselhos de Políticas Públicas e órgãos da Administração Pública. Além disso, governadores, prefeitos e outros órgãos que compõem cada esfera federal, estadual, distrital e municipal também desempenham um papel importante.

O chefe do Poder Executivo é eleito por voto público e tem um mandato de quatro anos. O Presidente interage diretamente com o Legislativo, com o poder de sancionar ou vetar uma lei aprovada pelo Congresso Nacional.

O Poder Executivo representa a soberania do Estado no cenário internacional em sua posição de chefe de Estado. Já em relação aos atos de chefia de Governo, o poder Executivo atua na vida política interna, operacionalizando as políticas públicas estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro. Em relação à chefia da Administração, o Executivo é responsável pela prestação de serviços públicos à população, incluindo áreas como saúde, educação, cultura, infraestrutura e outros (FARACO, 2014).

2.2 Poder Legislativo

O Poder Legislativo é o responsável por legislar, ou seja, criar e aprovar as leis brasileiras, além e fiscalizar o Executivo. No âmbito federal é exercido pelos Deputados Federais e Senadores, no âmbito estadual pelos Deputados Estaduais, e, no âmbito municipal pelos Vereadores, conforme previsto no artigo 44 da Constituição Federal de 1988.

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.

A função típica do poder legislativo é elaborar leis, normas gerais e abstratas que devem ser seguidas por todos (GUIMARÃES, 2020).

No âmbito federal, o Congresso Nacional é responsável por elaborar emendas à Constituição Federal, leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. O Senado e a Câmara dos Deputados têm funções distintas, mas compatíveis no sistema bicameral. Cada casa tem trabalhos específicos e orçamentos distintos, mas se unem quando se trata de aprovar propostas de lei (SILVA; FIGUEIREDO, 2022).

Nos estados, os projetos de lei tramitam na Assembleia Legislativa, onde os deputados estaduais elaboram emendas à Constituição estadual, leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. A proposta é recebida pela mesa composta pelo presidente da assembleia e secretários, exposta e lida para conhecimento de todos os deputados, e é incluída na pauta para receber emendas. Se aprovada pela comissão, é incluída na ordem do dia para votação e, finalmente, aprovada ou vetada pelo governador (SILVA; FIGUEIREDO, 2022).

No âmbito municipal, os projetos são elaborados como emendas à Lei Orgânica, projetos de lei, decretos legislativos e resoluções. Há uma mesa composta pelo presidente da câmara e secretários, onde os projetos tramitam pelas comissões para possíveis emendas. Antes de ser votada, a proposta precisa ser publicada no Diário Oficial. A matéria é discutida e votada duas vezes pelos vereadores, e só então passa para o prefeito (SILVA; FIGUEIREDO, 2022).

Apesar de ser a principal função do Legislativo, as propostas de lei não são restritas a esse poder. Qualquer cidadão pode propor leis federais, estaduais e municipais, por meio

da Iniciativa Popular e da ideia legislativa. As propostas seguem o mesmo caminho apresentado acima para serem aprovadas (SILVA; FIGUEIREDO, 2022).

2.3 Poder Judiciário

A função do Poder Judiciário é interpretar as leis e julgar os casos de acordo com as leis brasileiras existentes, isto é, julgar, de acordo com a lei, os conflitos que surgirem na sociedade.

O Judiciário é representado pelos juízes, ministros, desembargadores, conforme previsto no artigo 92 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

O Poder Judiciário tem como função mediar a resolução de conflitos entre cidadãos e entre estes e o Estado. A decisão judicial é a medida adotada para garantir o fim do conflito (SILVA, 2023).

Além disso, o Judiciário é responsável por julgar e punir crimes de acordo com a legislação brasileira, e deve agir sempre que houver violação dos direitos da população ou da Constituição Federal (SILVA, 2023).

Conforme previsto no artigo 99 da Constituição Federal de 1988, o Judiciário é um poder independente e possui total autonomia administrativa e financeira para exercer suas funções.

3 CONFLITOS ENTRE OS PODERES

Embora na atualidade o modelo da tripartição de poderes é aquela idealizada por Montesquieu, com o passar do tempo essa ideia remodelou-se na atual estrutura de governo.

Assim corrobora Silva (2014, p. 109):

A independência e a harmonia a que alude a Constituição é característica dos novos contornos da teoria da separação dos poderes no presidencialismo, que não possui mais a austeridade enunciada por Montesquieu.

Lenza (2016, p. 485) completa:

Nesse sentido, as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo.

Silva (2014, p. 109) expõe que:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas.

Atualmente, há muitos relatos sobre conflitos entre os três poderes no Brasil, um poder estaria exercendo atividades que são de competência de outro poder. Por exemplo,

o Legislativo tem julgado o Presidente da República e administrado infrações cometidas por seus servidores, enquanto o Executivo tem administrado processos tributários e disciplinares e editado decretos autônomos. O Judiciário tem nomeado seus próprios servidores e promovido licitações.

Durante a pandemia, os Estados e Municípios estavam legislando por decretos e portarias que não respeitavam a Lei nº 13.979/20, que rege as atividades de combate ao coronavírus. No entanto, os Governadores e prefeitos impuseram restrições que ultrapassavam as autorizadas pela lei de regência. Os Ministros da Justiça estão concedendo medidas liminares para interromper os atos de competência privativa do Executivo, interferindo nas políticas públicas.

É inaceitável que um poder interfira na área de competência privativa de outro poder. Cada poder tem sua esfera de competência exclusiva ou privativa claramente delimitada pela Constituição Federal, a qual deve ser respeitada.

É importante lembrar que durante o período eleitoral, o artigo 142 da Constituição Federal de 1988 foi mal interpretado e usado para solicitar a intervenção das Forças Armadas no país. No entanto, essa interpretação sem fundamentação jurídica constitui uma grave ameaça à ordem constitucional e democrática (COELHO, 2021). A Constituição não confere às Forças Armadas a atribuição de intervir nos conflitos entre os poderes em suposta defesa dos valores constitucionais.

A Constituição não estabeleceu um quarto poder com a competência de moderar conflitos entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. No entanto, ela estabeleceu mecanismos de freios e contrapesos que estabelecem controles recíprocos entre os poderes, capazes de equilibrar e impor limites a eventuais abusos por qualquer um deles (COELHO, 2021).

Em casos de ameaças mais graves à estabilidade institucional, a própria Constituição prevê a utilização de instrumentos excepcionais, como o estado de sítio e a intervenção federal, por meio de procedimentos e regras de competência também estabelecidas no texto constitucional (COELHO, 2021).

A harmonia entre os poderes é essencial, e cada um deve respeitar a competência dos demais, conforme estabelecido na Constituição Federal.

A Constituição também estabelece mecanismos de freios e contrapesos para equilibrar e impor limites a eventuais abusos. Em casos graves, a Constituição prevê o uso de instrumentos excepcionais, como o estado de sítio e a intervenção federal.

O Judiciário deve resolver conflitos entre cidadãos, entre os cidadãos e o Estado ou entre os poderes do Estado. Os poderes devem se complementar e se limitar em suas ações.

Portanto, os poderes devem funcionar em harmonia, complementando-se e limitando-se em suas ações, pois quando os poderes constituídos entram em conflito entre si, os reflexos atingem toda a sociedade, seja por meio da ausência de serviços ou pela prestação precária dos mesmos.

CONCLUSÃO

Conforme apresentado neste artigo, os poderes da República são divididos em três esferas independentes e harmônicas entre si.

De forma resumida, o Poder Legislativo é responsável por elaborar as leis do país. O Poder Executivo é responsável pela administração pública e pela execução das políticas públicas, sendo liderado pelo presidente da República. O Poder Judiciário é o poder responsável pela interpretação das leis e pela aplicação da justiça.

A separação e independência dos poderes são fundamentais para a democracia e a proteção dos direitos individuais, pois evita o acúmulo de poder em uma única esfera e possibilita o controle e fiscalização do Estado.

É possível ocorrerem conflitos entre os poderes da República em um sistema de governo com divisão de poderes, como é o caso do Brasil. Isso acontece porque cada poder tem suas próprias funções, responsabilidades e limites, mas essas esferas podem se sobrepor em alguns casos, como ocorreu na época da pandemia do Covid 19 que assolou o país no ano de 2020 e seguintes.

Em geral, os conflitos entre os poderes são resolvidos por meio de negociação, diálogo e respeito às funções de cada um. Importante ressaltar que a separação dos poderes é uma característica fundamental da democracia, pois garante a proteção dos direitos individuais e a fiscalização do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, Wênia. **Tripartição de Poderes norteia e garante a democracia**. 2022. Disponível em: <<https://al.se.leg.br/triparticao-de-poderes-norteia-e-garante-a-democracia/>>. Acesso em: 10 Jan. 2023.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 Set. 2022.

CERA, Denise Cristina M. **Qual a finalidade das cláusulas pétreas?**. 2012. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2961544/qual-a-finalidade-das-clausulas-petreas-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 10 Jan. 2023.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Não cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os poderes**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-30/constituicao-nao-cabe-forcas-armadas-moderar-conflitos-entre-poderes>>. Acesso em: 02 Fev. 2023.

FARACO, Marcela. **O Poder Executivo e as peculiaridades do cargo de Presidente da República**. 2015. Disponível em: <<https://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/artigos/147370740/o-poder-executivo-e-as-peculiaridades-do-cargo-de-presidente-da-republica>>. Acesso em: 02 Nov. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional**. Cadernos Jurídicos de Direito Constitucional, São Paulo. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cadernos%20Jur%C3%83%C2%ADdicos%2040%20-%20Direito%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 13 Set. 2022.

GUIMARÃES, Leonardo. **Do Poder Legislativo**. 2020. Disponível em: <<https://leoamigo.jusbrasil.com.br/artigos/815454924/do-poder-legislativo>>. Acesso em: 02 Fev. 2023.

HARADA, Kiyoshi. **O princípio da separação dos Poderes na prática**. 2020. Disponível em: <genjuridico.com.br/2020/05/12/separacao-dos-poderes-pratica/>. Acesso em: 12 Nov. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro**. Revista Jurídica "9 de Julho", n. 2, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 224-246, 2003. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=469>>. Acesso em: 13 Set. 2022.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. 2ª Edição. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Agências Reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras (Org.). São Paulo: Atlas S.A, 2002.

OLIVEIRA, Rodrigo Valin. **Conflitos entre poderes e crise institucional**. 2021. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/jornal/conflitos-entre-poderes-e-crise-institucional/>>. Acesso em: 19 Dez. 2022.

ONU. BRASIL. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. 1789. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2023.

SANTANA, Gustavo. **A separação dos três poderes:** Executivo, Legislativo e Judiciário. 2016. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em: 02 Fev. 2023.

SALOMÃO, Gabriela Maia; RESENDE, Matheus. **Os 3 Poderes do Brasil:** papéis e responsabilidades. 2021. Disponível em: <<https://www.sigalei.com.br/blog/os-3-poderes-do-brasil-papeis-e-responsabilidades>>. Acesso em: 18 Fev. 2023.

SILVA, Amanda Louise Lima; FIGUEIREDO, Dannel. **Poder Legislativo:** o que é e como funciona?. 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/poder-legislativo/>>. Acesso em: 12 Dez. 2023.

SILVA, Daniel Neves. **"Poder Judiciário";** Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/politica/poder-judiciario.htm>>. Acesso em: 04 de Fev. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes:** descumprimento de ordens judiciais. 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049102.pdf>>. Acesso em: 13 Set. 2022.

AUSÊNCIA DE CITAÇÃO POR INÉRCIA DA PARTE AUTORA E A NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

FABIOLA CLEMENTE MANZOLI:
graduanda do curso de Direito do Centro
Universitário de Santa Fé do Sul,
UNIFUNEC⁵⁰.

EDUARDO CURY⁵¹

(orientador)

RESUMO: A realização da lei através do processo pressupõe a participação e a cooperação das partes para que o juiz estatal possa examinar os fatos apresentados a ele. Assim, a ideia de procedimento contraditório não pode ser dissociada do processo, que, junto com a reação e o diálogo, consiste em informação. A informação consiste na necessidade de dar às partes, em tempo e forma, conhecimento da existência da ação e de todos os atos realizados durante o processo, para que elas possam participar ou reagir e, sobretudo, influenciar o resultado. De fato, quando eles estão conscientes do ato realizado no processo, os prazos começam a se esgotar, os encargos e deveres podem ser cumpridos, em suma, o processo se desenvolve em uma sucessão de atos até seu final. No entanto, quais são os efeitos da ausência de uma citação válida e como o Código de Processo Civil lida com esses casos? Responder a estas perguntas é o objetivo deste artigo que, através de pesquisas bibliográficas, concluiu que uma citação ilegítima não interrompe o tempo limite para o exercício do direito de ação.

Palavras-chave: Prescrição. Prazo. Interrupção. Código Civil. Código de Processo Civil.

ABSENCE OF CITATION BY INERTIA OF THE PLAINTIFF AND THE NON INTERRUPTION OF THE PRESCRIPTION PERIOD

ABSTRACT: The realization of the law through the process presupposes the participation and cooperation of the parties so that the state judge can examine the facts presented to him. Thus, the idea of adversarial procedure cannot be dissociated from the process, which, along with reaction and dialogue, consists of information. Information consists of the need to give the parties, in time and form, knowledge of the existence of the action and of all the acts performed during the process, so that they can participate or react and, above all, influence the outcome. In fact, when they are aware of the act performed

⁵⁰ E-mail: fabiolamanzoli@gmail.com

⁵¹ Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul, UNIFUNEC

in the process, the deadlines begin to run out, the charges and duties can be fulfilled, in short, the process develops in a succession of acts until its end. However, what are the effects of the absence of a valid summons and how does the Code of Civil Procedure deal with these cases? Answering these questions is the objective of this article, which, through bibliographical research, concluded that an illegitimate citation does not interrupt the time limit for the exercise of the right of action.

Keywords: Prescription. Deadline. Interruption. Civil Code. Code of Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

O prazo de prescrição é um instituto de direito substantivo, mas tem um impacto direto no direito processual. A sociedade não pode viver sem lei, como diz o adágio legal "*ubi societas ibi ius*", e a lei cumpre a função de ordenação da sociedade, ou seja, coordenar os interesses que surgem na vida social, organizar a cooperação entre as pessoas e resolver os conflitos que surgem entre seus membros, harmonizando assim as relações sociais.

Na antiguidade, as ações tinham duração perpétua, fazendo com que houvesse uma grande insegurança jurídica, comprometendo, assim, a paz social. A prescrição teve origem no direito romano, onde o magistrado começou a prover as necessidades das partes que, em certas ações, podiam contornar a rigidez dos princípios do *ius civile*.

No dicionário jurídico, a prescrição é definida como o período de tempo, o qual uma pessoa perde a possibilidade de reivindicar seus direitos perante os tribunais, ou seja, o não exercício da ação, que correspondente à obrigação dentro do prazo legal. Na realidade, a prescrição gera a faculdade do requerido de se negar a cumprir a prestação, amparado pelo transcurso do tempo. Assim, o objetivo deste artigo é analisar o momento em que é interrompida a prescrição.

Algumas disposições visam adaptar a legislação processual à prescrição já existente no Código Civil e outras visam adaptar a legislação processual ao entendimento doutrinário e jurisprudencial aplicável ao caso. Os objetivos específicos são: a) analisar o conceito e os fundamentos da prescrição; b) compreender as noções gerais e a prescrição; c) verificar a regulamentação atual da prescrição no Código de Processo Civil; d) demonstrar, de maneira sucinta, que a eficiência de interrupção do prazo prescricional do despacho ordinário da citação está vinculada à validade e à tempestividade.

2 PONTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO

O tempo é intrínseco à vida humana. Do nascimento à morte, o tempo influencia a vida biológica, a vida privada, a vida civil e as relações civis. O tempo influencia as relações

jurídicas da sociedade na qual o indivíduo participa, afetando seus direitos. Algumas vezes, segundo Caio Mário Pereira (2022), é uma condição de nascimento; outras vezes, é uma condição de seu exercício, seja como resultado de uma declaração de vontade ou como resultado de uma determinação judicial; ainda outras vezes, é a causa de sua extinção.

O mesmo autor afirma que a lei é influenciada pelo tempo em vários aspectos: quando disciplina a eficácia da lei, estabelecendo as regras para o início e o fim de sua eficácia; quando trata das modalidades da operação legal, levando em conta o prazo inicial ou final; e dita as regras a serem observadas no cálculo dos limites de tempo.

Ela também enfatiza os efeitos do tempo nas relações jurídicas. Por um lado, é a causa da aquisição de direitos (prescrição aquisitiva), por outro, leva à extinção da reivindicação legal (prescrição extintiva) e, finalmente, estabelece uma condição de validade dos direitos, que pode ser exercida dentro de um certo período de tempo, sob pena de perecimento. (PEREIRA, 2022). A instituição da prescrição é necessária para que haja tranquilidade na ordem jurídica, para a consolidação de todos os direitos (GONÇALVES, 2017).

O Código Civil de 2002, no Título IV do Livro III da Parte Geral, faz referência à prescrição, nos artigos 189 a 206, e à decadência, nos artigos 207 a 211. Nosso objeto de estudo é sobre interrupção do prazo prescricional, ao caracterizar sua importância e aplicabilidade nas relações jurídicas contemporâneas, com base em pesquisas bibliográficas.

Os juristas não são unânimes sobre o conceito de prescrição, mas reconhecem os efeitos causados pelo advento da prescrição. A origem da palavra "prescrição" é oriunda do latim, *praescriptio* - *prae* (antes), e *scriptio* (escrita). O significado literal foi escrito antes. No tempo de Justiniano, no tempo dos romanos, era feita uma distinção entre prescrição aquisitiva e extintiva. Por um lado, a prescrição, em geral, com o objetivo de extinguir ações, por outro, a usucapião, utilizada como meio de aquisição de propriedade (RIZZARDO, 2015).

A doutrina brasileira está dividida em três posições diferentes. Para uma corrente, a prescrição alcançaria o próprio direito substantivo subjacente: a prescrição leva à perda do direito por seu detentor negligente". Assim, o direito se extinguiria pela passagem do tempo, deixando o titular à espera de ver seu desempenho cumprido apenas por causa de uma obrigação moral por parte de seu devedor.

A segunda tendência afirma que a prescrição extinguiria a ação e não o direito em si. Clóvis Beviláqua (*apud* GONÇALVES, 2019, p. 537) afirma que a prescrição "é a perda da ação atribuída a um direito, de toda sua capacidade defensiva, como consequência de sua não utilização, durante um determinado período de tempo". Assim, a prescrição não anula

o direito, mas somente a ação, e o direito restante pode ser satisfeito se o titular assim o desejar.

A terceira tendência, que decorre de teorias abstratas do direito de ação, procura demonstrar que, a rigor, "A ação, por sua vez, também não é atingida pela prescrição. Consubstancia a ação direito abstrato, a ser exercido em face do Estado, e que independe do direito concreto existente contra o devedor"(TEPEDINO, 2021, p. 385). Por outro lado, a prescrição também não afetaria o direito subjetivo lesado, que permanece ileso, permitindo o exercício do direito, sua oponibilidade e a liquidação do crédito, desde que o devedor se oponha ao pagamento.

De acordo com Pontes de Miranda, a prescrição seria uma exceção que alguém tem contra aquele que não exerceu, durante um período de tempo fixado pela regra, seu crédito ou ação (*apud* GONÇALVES, 2019. p.537). A base da prescrição é a estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica, já que o instituto tem como objetivo impedir que o exercício de uma ação permaneça indefinidamente pendente. É estabelecido um limite de tempo para o exercício do direito.

Segundo Tepedino (2011), a prescrição tem caráter de política pública, de modo que não pode ser derogada pela mera vontade das partes. Este entendimento é previsto pelas regras que regem a matéria.

O prazo de prescrição tem várias vantagens. Câmara Leal ressalta o seguinte: "(i) para evitar processos que são difíceis de resolver por causa da idade dos fatos em questão, cuja prova se tornaria embaraçosa, se não impossível, devido à sua dispersão ou desaparecimento ; ii) impedir que o requerente atrase o processo, dificultando deliberadamente a defesa do réu de obter provas, devido ao afastamento dos fatos e iii) proteger o devedor contra a má fé do credor que, aproveitando-se do desaparecimento da prova de pagamento, por sua perda, ou da ausência ou morte das testemunhas que a testemunharam, poderia exigi-la novamente. (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, p. 360).

Vale destacar que a instituição da prescrição é fundamental para estabelecer a tranquilidade no sistema jurídico, consolidando todos os direitos, como ensinou Francisco Amaral:

Prescrição é a perda de um direito potestativo através da inércia de seu titular durante o período determinado pela lei. Seu objeto são os direitos potestativos de qualquer natureza, disponíveis ou

indisponíveis, direitos que conferem a seu respectivo titular o poder de influenciar ou determinar mudanças na esfera jurídica de outro, por ato unilateral, sem que haja um direito correspondente, apenas uma sujeição (GONÇALVES, 2017, p. 533).

Assim, a prescrição é resultado da lei, ela atinge o direito de ação, referindo-se aos direitos já constituídos, enquanto a expiração resulta da lei, da vontade e do contrato, ou seja, atinge os próprios direitos.

O objetivo da prescrição é a segurança pública e a paz, mas para que ela ocorra, certas condições devem ser cumpridas: a existência de um direito a ser exercido, a inércia do titular por um período de tempo fixado por lei e o período de tempo fixado por lei.

A prescrição se distingue de duas formas: a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva. A prescrição aquisitiva, também chamada de usucapião, é o fato de adquirir direitos em razão do tempo, como por exemplo o direito de propriedade e alguns direitos reais. Já a prescrição extintiva é a perda da pretensão em razão do decurso do tempo. Segundo Gonçalves:

O Código Civil brasileiro regulamentou a extintiva na Parte Geral, dando ênfase à força extintora do direito. No direito das coisas, na parte referente aos modos de aquisição do domínio, tratou da prescrição aquisitiva, em que predomina a força geradora. (2019,p. 535)

O Código Civil para conceituar a prescrição parte da ideia de pretensão. Coloca Pereira que “o titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer” (PEREIRA, 2017, p. 571). Mas se, num determinado momento, ocorre a violação por outrem, nasce para o titular uma pretensão exigível judicialmente. A lei estabelece que a pretensão deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer:

A prescrição extintiva, conhecida também como liberatória atingindo especialmente as ações condenatórias, e está fundamentada na inércia ou omissão do titular do direito durante determinado período de tempo, assinalado para o exercício do direito. O titular negligente perde o direito ao fim de certo tempo, ao passo que uma terceira pessoa o adquire. (RIZZARDO, 2018, p. 573).

Dois elementos são essenciais para apurar a prescrição: o tempo e a inércia do titular. Coloca Caio Mário Pereira (2017) que, para que se consuma a prescrição, é mister que o decurso do prazo esteja aliado à inatividade do sujeito, em face da violação de um

direito subjetivo. Esta, conjugada com a inércia do titular, implica a cessação da relação jurídica da pretensão.

Para Arnaldo Rizzardo:

Não se pode equiparar o usucapião à prescrição. Enquanto a essência da última está no não exercício de um direito, através da ação apropriada, num determinado espaço de tempo, aquele decorre de ações positivas, da prática de atos, consubstanciados na posse mansa e pacífica, pelo tempo estabelecido na lei. (2018, p. 573).

O autor resume afirmando que enquanto a prescrição é um modo de extinção da ação para o exercício do direito, a usucapião constitui um modo criador de direitos, verificado pelo exercício de certos atos.

Ao justificar a importância da prescrição, diversos são os fundamentos utilizados pelos autores. Primeiro, a lei estabelece em que condições e em que prazos ela ocorre; segundo, o tempo faz presumir o pagamento ou o perdão da dívida, e este seria o fundamento da prescrição; terceiro, a segurança da ordem jurídica; e um quarto elemento é o fundamento social, pois não é admitida a renúncia prévia à prescrição.

Assim, há um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico. O ordenamento jurídico é chamado a pronunciar-se entre o credor que não exigiu e o devedor que não pagou, inclinando-se por este. (PEREIRA, 2017).

2.1 Distinção entre os principais institutos extintivos do direito pátrio

Contudo, impende destacar que o transcurso do lapso temporal alberga também outros institutos extintivos de direito, demonstrando que o tempo, por ser atributo fenomênico, não se restringe a mera classificação de fato jurídico lato senso, tamanha sua importância para a consecução do direito, e assim sendo, sua ocorrência implica no recorte da esteira temporal para que, à luz do ordenamento jurídico, se classifique o fato gerador não só da prescrição, mas como da decadência e preclusão.

Nesse sentido, tem-se que o mero decurso do tempo pode urgir institutos semelhantes, mas com características ímpares, a exemplo da decadência e preclusão. A prescrição, consoante explicitado, reside na órbita da pretensão do seu titular, traduzindo-se para alguns doutrinadores: na faculdade intrínseca do titular de ver seu direito manifestado pelo Estado-Juiz, de modo que, ao rigor do mandamento constitucional, a justiça cumprirá seu papel na pacificação social dos conflitos.

É na órbita da dialética das atividades típicas do Poder Judiciário que a prescrição está inserida, pois o qualquer ameaça ou lesão a direito pode ser levada ao julgador. Antes, porém, a prescrição, enquanto portadora de efeitos extintivos, é ferramenta fulcral para que o Estado-Juiz se abstenha da demanda em nome do que é mais caro ao estado democrático de direito, que é a segurança jurídica oriunda de uma situação legalmente prevista postergada no tempo. Diante desta premissa, entende-se o porquê que o legislador tornou impossível a convenção particular de prazo prescricional.

Daí, de início, surge a principal distinção entre prescrição e decadência, uma vez que a decadência não está concernida na pretensão, ou melhor, na faculdade de agir, mas, sim, na consecução do direito material, isto é, exercício substancial do próprio direito. Assim, enquanto o prazo prescricional afeta tão somente a possibilidade de ver reconhecida a situação jurídica que se busca, a decadência afeta o direito em si, fulminando sua existência no cenário jurídico.

Com efeito, embora os efeitos da decadência sejam mais incisivos, certo é que o instituto decadencial não carece de atenção estatal específica, haja vista que seu exercício se dá na substância do ato e não necessita de atuação do Estado-Juiz para sua consecução, o que acontece com a prescrição. Nessa senda, o prazo decadencial tanto pode ser previsto por lei quanto pode ser convencionado pelas partes.

A distinção entre prescrição e decadência constitui tarefa inesgotável, mas, em síntese, a solução pode se alocar no campo conceitual dos efeitos de cada instituto, conforme demonstrado. No entanto, é evidente que o decurso do prazo, a depender da classificação teórica, pode ganhar contornos insuscetíveis de respostas concisas, o que foge ao escopo deste trabalho.

Por fim, com o fito de levar a cabo o espancamento de qualquer confusão com os institutos anteriormente estudados, faz-se mister a colação do instituto da preclusão. Nesse diapasão, sinteticamente, tem-se que o decurso de prazo processual caracteriza a preclusão, ou seja, não é qualquer prazo ou exercício de direito, per si, mas é a perda de um prazo procedimental que a lei confere ao titular para galgar atos processuais no bojo de um processo judicial.

A preclusão, portanto, caracteriza-se pela perda de um prazo processual que, em regra, não significa desfecho negativo, mas pode ocasionar perdas de oportunidades processuais importantes para a defesa de um direito, a exemplo da perda do prazo para oferecer a contestação no âmbito do processo civil.

Portanto, a distinção entre os institutos que se retroalimentam por meio do lapso temporal constitui necessário caminho para que haja o alcance das especificidades que norteiam a prescrição.

3 A SISTEMÁTICA DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Nos ensina Roberto Lisboa que prazo de prescrição é o decurso de tempo estabelecido pela lei para que o titular do direito possa defendê-lo em juízo. Se a prescrição é resultado do decurso do tempo, tem de ser fixado o momento inicial e o momento final de seu curso. Há um dia em que a prescrição começa, e um dia em que opera. O tempo que medeia entre um e outro termo é o prazo da prescrição.

O Código Civil estabelece dois tipos de prazos: os gerais, ordinários ou comuns e os especiais ou extraordinários. Prazo geral ou comum é o prazo da prescrição de longo tempo abrangente de qualquer direito para cuja pretensão a lei não estabelecer prazo de extinção mais curto. (PEREIRA, 2017). A prescrição geral ou ordinária o Código considerou os avanços da comunicação e transportes e estabeleceu o prazo de dez anos.

Prescrições especiais estão relacionadas no art. 206 do Código Civil: fixa o legislador prazos curtos que variam de 1 a 5 anos, para os direitos que expressamente menciona. O Código Civil, no art. 189, afirma que com a violação do direito subjetivo nasce para o titular à pretensão, que se extingue com a pretensão. Mas este artigo conjugado com o art. 197 e seguintes colocam que a rigor a prescrição inicia-se na data em que o interessado pode, sem embaraço, manifestar a pretensão em juízo.

Considerando o interesse público de afastar a dúvida, em certos casos a lei já declara o momento de início do prazo prescricional. Não inicia o prazo prescricional quando existe um motivo impeditivo do exercício dos direitos. Os prazos prescricionais não podem ser alterados por vontade das partes, conforme o art. 192.

Quadro 1 – Os prazos de prescrição

<i>PRAZO:</i>	<i>PRESCREVEM AS PRETENSÕES DE:</i>
5 ANOS	Cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.
	Cobrança de honorários dos profissionais liberais, procuradores judiciais, curadores e professores, contados a partir do término dos serviços prestados.
	Cobrança para obtenção das verbas decorrentes da sucumbência.

4 ANOS	As pretensões sobre tutela, contados da aprovação das contas.
3 A N O S	Cobrança de aluguéis de prédios urbanos e rústicos.
	Receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias.
	Obter as pertencas e as demais prestações acessórias, pagáveis em períodos de até um ano.
	Ressarcimento por enriquecimento sem causa.
	Reparação civil por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, ressalvados os casos específicos indicados pela lei
	Restituição de lucros ou dividendos recebidos de má-fé.
	Responsabilidade dos fundadores, administradores, fiscais, sócios e liquidantes.
	Recebimento do pagamento do título de crédito, contados do seu vencimento. (observar prazos na legislação cambiária, cheque seis meses)
1 A N O	Hospedeiros ou fornecedores de víveres para obter o pagamento daqueles que se utilizaram de seus serviços, como consumidores ou não.
	Segurado contra o segurador, contando o prazo da data em que é citado para responder à ação de responsabilidade proposta por terceiro.
	Segurador contra o segurado, contando o prazo da ciência do fato gerador da pretensão.
	Tabelião, auxiliares de justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos para obterem o pagamento de emolumentos, custas e honorários.

	Um interessado contra o perito avaliador dos bens que formaram o capital de sociedade anônima.
1 0 A N O S	Não havendo regra especial, o prazo será o geral de dez anos. É o caso da:
	<i>Adjudicação compulsória</i> , para se obter a transmissão formal da propriedade de um bem.
	<i>Desapropriação indireta</i> , que não é uma simples ação de reparação civil, mas de perda da propriedade imóvel pela impossibilidade prática de sua exploração econômica.
	<i>Retrocessão</i> , para que o bem regularmente expropriado retorne ao patrimônio do anterior proprietário porque não se cumpriu a finalidade pública ou social que motivou o decreto do poder público de desapropriação.
	<i>Petição de herança</i> , para que a pessoa possa ser integrada ao rol de sucessores dos bens deixados pelo <i>de cuius</i> .

Fonte: Da própria autora

Por derradeiro, importante destacar que, por mandamento do art. 198, inciso I, do Código Civil, não corre a prescrição em desfavor do absolutamente incapaz, ou seja, a prescrição não correrá contra os menores de 16 (dezesesseis) anos, o que significa que os relativamente incapazes, com exceção dos direitos prejudicados pelo tutor ou detentor do poder familiar, serão englobados na contagem normal do prazo prescricional.

Isso porque o legislador buscou conferir maior proteção aos direitos daqueles que não são capazes de exercer os atos da vida cível sem representação. Com a mesma ideia, o legislador estatuiu que não correria os prazos em desfavor do tutelado ou da pessoa enquanto vigente o poder familiar.

As previsões legais, portanto, foram dadas no afã de proteger os interesses das pessoas que, por determinado período de tempo, estiveram sob a guarda ou orientação

de outrem. Nesse sentido, homenageando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana.

4. EFEITOS DA PRESCRIÇÃO

São diversos os efeitos da prescrição. Assim afirma Humberto Theodoro Jr. (2020, p 55) que “O efeito da prescrição é, na verdade, uma exceção que se confere a alguém, contra o qual não se exerceu, durante determinado prazo, fixado por regra legal, a sua pretensão”.

O Código Civil coloca que a prescrição ocorre em prazos especiais. A doutrina aponta, também, várias pretensões imprescritíveis, assim afirma Caio Mario Pereira que, a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade, a exceção. Ordinariamente as pretensões sujeitam-se à prescrição.

Assim não prescrevem: a) as que protegem os direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral, à imagem, ao nome, às obras literárias, artísticas ou científicas; b) as que se prendem ao estado das pessoas (estado de filiação, a qualidade de cidadania, a condição conjugal), as ações de separação judicial, de interdição, de investigação de paternidade; c) as de exercício facultativo (ou potestativo), em que não existe direito violado, como as destinadas a extinguir o condomínio; d) as referentes a bens públicos de qualquer natureza; e) as que protegem o direito de propriedade, que é perpétuo; f) as pretensões de reaver bens confiados à guarda de outrem, a título de depósito, penhor ou mandato; g) as destinadas a anular inscrição do nome empresarial feita com violação de lei ou de contrato. (GONÇALVES, 2017)

Em certas circunstâncias especiais, a lei impõe uma paralisação no curso do prazo prescricional. A contagem do prazo prescricional é suscetível de impedimento, suspensão e interrupção. O impedimento da prescrição é o efeito causado por um evento que faz com que ao contagem do prazo para a propositura da medida judicial não seja sequer iniciado.

Em outros momentos há a suspensão da prescrição, que é o efeito causado por um evento que faz com que a contagem do prazo para a propositura da medida judicial somente continue após o término desse mesmo acontecimento. A suspensão opera em favor das pessoas mencionadas pela lei, observando-se as mesmas causas subjetivas declinadas para os casos de impedimento, porém com fundamento jurídico diverso: a) Entre os cônjuges, durante o casamento, por prejuízo causado por um deles em desfavor do outro antes da celebração da cerimônia civil; b) Na entidade familiar monoparental, durante o poder familiar, estabelecendo-se desse modo uma causa subjetiva unilateral de impedimento ou de suspensão da contagem do prazo; c) Entre tutelado ou curatelado e os respectivos pupilos, diante da impossibilidade de qualquer dos genitores permanecer com a prole; d) Contra os absolutamente incapazes, em virtude da superveniência da falta de discernimento para a prática de atos e negócios jurídicos; e) Contra os que se encontram

em serviço público, no exterior, sendo indiferente o cargo ou função desempenhada; f) Contra os que prestam serviços às Forças Armadas, militares ou civis, em tempo de guerra, suspendendo-se a fluência do prazo prescricional. (LISBOA, 2008)

A interrupção é a cessação da fluência do prazo, por ato de vontade do interessado, para exercício do direito. A suspensão da prescrição advém de determinação legal, a interrupção, para se caracterizar exige uma conduta de uma das partes.

A interrupção da prescrição pode ser promovida pelo titular do direito ou por seu representante, ou pelo terceiro interessado, tenha ele já substituído ou não a posição jurídica do credor originário. A interrupção da contagem do prazo da prescrição somente pode ocorrer uma única vez. Assim, interrompe a prescrição: a) A citação pessoal ou o protesto do devedor. Tanto a citação como o protesto do devedor constituem meios de exercício do direito que o credor tem de exigir regularmente o cumprimento da prestação devida, tornando-se possível a interrupção da prescrição; b) Qualquer ato judicial constitutivo de mora do devedor; c) Qualquer ato que importe em reconhecimento do direito pelo devedor; d) Apresentação de título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores. (LISBOA, 2008).

5 A NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO

A citação é o ponto de partida do processo para o réu, ou seja, é o momento em que ele toma conhecimento da existência do processo contra ele, e tem o direito de tomar as medidas necessárias para se defender. Com a citação, o réu é informado de que uma ação judicial foi movida contra ele e, após ser citado, ele se torna parte da relação processual. Ele não só é "notificado", mas vai além e é chamado (ou convocado).

Além disso, o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 242, que "A citação é pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou agente do réu, do executado ou da parte interessada". Portanto, de acordo com o artigo acima, a citação deve ser feita, como regra geral, diretamente ao réu, porém, no caso de pessoas incapazes e pessoas jurídicas, por exemplo, a citação será feita através de um representante legal ou agente, no caso de pessoas doentes, o juiz nomeará um agente especial para defender o réu, estas são as chamadas citações indiretas.

A citação válida interrompe a prescrição, ou seja, tem força interruptiva sobre a prescrição, para Carvalho (2018, p. 172):

Doutrina majoritária aponta acertadamente que a citação válida é pressuposto processual de validade do processo, sendo que o vício nesse ato processual gera uma nulidade absoluta, que

excepcionalmente não se convalida com o trânsito em julgado, podendo ser alegado a qualquer momento, mesmo após o encerramento do processo. Confirma esse entendimento a redação do art. 239, caput, do Novo CPC, que determina ser indispensável a citação do réu para a validade do processo.

O ônus de promover a citação, dentro do prazo de 10 (dez) dias, é uma imposição legal direcionada ao autor para que não fique inerte após a decisão citatória do juiz, de acordo com o art. 240, §2, do CPC, ou seja, é decisivo que o requerente tome todas as medidas de sua competência para que o ato mencionado seja realizado, sob pena de não ser interrompida a prescrição.

Segundo Gonçalves:

Promover a citação é providenciar a extração do mandado de citação, com o recolhimento das custas devidas, inclusive despesas de condução do oficial de justiça. Frisa-se que a parte não pode ser prejudicada por obstáculo judicial para qual não tenha dado concorrido, isto é, pela demora imputável exclusivamente ao Poder Judiciário (2019, p. 57).

Assim, é verdade que a citação é um fardo para o requerente, e é somente após a citação que o período de prescrição é interrompido. Mas o que acontece se a citação não for feita por culpa da máquina judicial? Certamente, o prazo não seria interrompido, o despacho não tem poder algum de interromper a prescrição, ou seja, para interromper a prescrição deve haver citação válida. Vale destacar que se o atraso for exclusivamente atribuível à maquinaria judicial, o requerente não pode ser prejudicado, uma vez que ele ou ela não contribuiu para o atraso no processo. Afinal de contas, ninguém pode ser prejudicado por um evento que não tenha sido causado por eles.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

Pela literalidade do inciso I do art. 202, tem-se a impressão de que o efeito interruptivo estaria no despacho que ordena a citação e não propriamente nesta. A verdade é que o despacho em si não tem força alguma para interromper a prescrição se não se lhe seguir o ato de comunicação processual. Por outro lado, a eficácia retroativa da citação até a data do despacho nem sempre acontece, já que, se não observado o prazo da lei processual, a citação interromperá a prescrição, se ainda não consumada, na data de sua efetivação e não na época da ordem judicial que a determinou. É que a citação, por si só, representa uma interpelação (a mais enérgica das interpelações

porque operada em juízo). Nela, a qualquer tempo que se efetive, sempre se terá o protesto que a lei trata isoladamente como causa interruptiva da prescrição (CC, art. 202, II)

Portanto, o prazo de prescrição só será interrompido quando houver um prazo de prescrição válido. A interrupção do prazo de prescrição ocorre com o despacho do juiz que ordena a citação, se o requerente introduzir a ação dentro do prazo e na forma da lei processual. E, sendo válida, é retroativa à data de introdução da ação legal. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Estados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. INSTRUMENTO PARTICULAR. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. CITAÇÃO. NÃO REALIZADA. RETROAÇÃO. DATA DO AJUIZAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DEMORA. CULPA. PODER JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. O artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, estabelece que prescreve em 05 (cinco) anos "a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular". 5.A incurrência do ato citatório no prazo legal não pode ser imputada ao Poder Judiciário, quando o juízo realizou todas as diligências e pesquisas à sua disposição. 3. Se a demora não ocorrer por culpa do Poder Judiciário e a citação não for realizada no prazo de 10 (dez) dias, conforme determina o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Civil, inviável a retroação da interrupção da prescrição à data do ajuizamento. 4. A ausência de citação válida ou qualquer outra causa de suspensão ou interrupção do prazo impõe o reconhecimento da prescrição. Acórdão 1262100, 07081143320198070006, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 1/7/2020, publicado no DJE: 20/7/2020.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso decidiu que:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – DEMORA NA PERFECTIBILIZAÇÃO DA CITAÇÃO – PRESCRIÇÃO DIRETA – OCORRÊNCIA – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 106 DO STJ – RECURSO DESPROVIDO. Embora a ação monitoria tenha sido ajuizada antes do decurso do prazo prescricional, não havendo citação válida, não há que se falar em interrupção da prescrição. Perfectibilizada a citação, depois de decorrido o prazo prescricional, cuja demora não pode ser atribuída aos mecanismos do judiciário, a

prescrição, que não teve seu fluxo afetado, consumou-se durante o desenvolvimento da relação processual.(TJ-MT XXXXX20118110015 MT, Relator: ANTONIA SIQUEIRA GONCALVES, Data de Julgamento: 13/10/2021, Terceira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/10/2021)

Em vista do acima exposto, sendo frustrada a citação da parte requerida no endereço indicado na petição inicial e não suprida a falta, no prazo legal, por desídia da parte autora, não há de se falar em interrupção da prescrição. A prescrição só será interrompida com a introdução da ação e a ocorrência da citação válida, retroagindo à data de sua proposta, ou seja, é a citação válida que tem o condão de interromper a prescrição.

6 CONCLUSÃO

Ao justificar a importância da prescrição, diversos são os fundamentos. Primeiro, a lei estabelece em que condições e em que prazos ela ocorre, segundo, o tempo faz presumir o pagamento ou o perdão da dívida, e este seria o fundamento da prescrição; terceiro, a segurança da ordem jurídica; e um quarto elemento é o fundamento social, pois não é admitida a renúncia prévia à prescrição. Assim, há um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico.

Sabe-se que, no art. 4º, do Código de Processo Civil, e no art. 5º LXXVIII, da Constituição Federal, está consagrado o princípio da razoável duração do processo, que garante o dever do poder judiciário em promover o devido processo legal com celeridade na tramitação, diminuição da burocracia processual e eliminação de diligências inúteis. Vale destacar que, no entanto, muitas vezes esse princípio não é observado pelo Poder Judiciário.

A subsunção da lide processual ao prazo prescricional obedece, como mencionado alhures, ao postulado constitucional da duração razoável do processo, intuindo-se como baliza para a defesa do sistema de justiça com aptidão a proporcionar o melhor desfecho aos jurisdicionados.

No entanto, a tese exortada aponta pela necessidade de observância desses postulados tão caro a performance judiciária pátria quando, em sede executória, não se observa a citação do executado, uma vez que muitos julgadores ainda insistem na ideia de que a ausência de citação em nada influi para a ocorrência da prescrição, ao arrepio do devido processo legal.

A verdade é que, em se tratando de dissídia da parte exequente, não se pode atribuir a demora excessiva do feito ao poder judiciário e, conseqüentemente, não se pode, sob

pretexto de ativismo judicial, considerar o não chamamento do executado ao processo como óbice a contagem do prazo da prescrição.

Não fosse tal clamor, não haveria, por exemplo, a nova positivação do instituto da prescrição intercorrente no Estatuto Civil, instituto esse perfilhado pela jurisprudência de outrora. A prática dos tribunais brasileiros tem demonstrado verdadeiro esgotamento de sua capacidade de atuação ante a extremada judicialização de demandas, daí a necessidade política de cooperação processual.

Como resultado da pesquisa realizada, descobriu-se que a prescrição de extinção é um instituto jurídico amplamente utilizado como uma defesa extremamente importante, servindo para proteger as relações jurídicas para que elas não continuem indefinidamente no tempo, cumprindo seu fundamento básico, aplicado em todos os ramos do direito e ações.

A prescrição, em última instância, está calcada na ferramenta de manutenção da segurança jurídica e, sendo assim, como matéria de ordem pública pode ser reconhecida de ofício pelo julgador, tudo para preservar a dinâmica social-jurídica reconhecida e consagrada pela Carta da República de 1988.

Finalmente, não é possível esgotar o tema em um único artigo, buscou-se demonstrar de maneira sucinta que a eficiência da interrupção do prazo prescricional do despacho ordinário da citação válida está vinculada à validade e à tempestividade.

Assim, a prescrição, em contraste com a realidade do poder judiciário transbordante de processos, conta em um instituto de grande importância para a segurança jurídica, desde que a parte preste atenção a este instituto ao analisar as ações, porque, embora seja uma questão reconhecível pelo tribunal ex officio, quase nunca é utilizada, sendo a parte responsável por alegá-la como uma questão de defesa, na defesa ou em uma exceção antes da execução, ou mesmo em uma simples petição nos registros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 14 jul. de 2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível. Ação Monitória. **Demora na Perfectização da Citação**. Relator: Antonia Siqueira Gonçalves. Data de Julgamento:13/10/2021. Terceira Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 21/10/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mt/1302929690>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Estados. Apelação Cível. Ação de Cobrança. Instrumento Particular. **Prescrição. Quinquenal. Citação. Não realizada.** Relator: Antonia Siqueira Goncalves, Data de Julgamento: 13/10/2021. Terceira Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 21/10/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/878509986>. Acesso em; 20 jul. 2022.

CORREIA, Atalá. **Prescrição:** entre passado e futuro. São Paulo: Almedina, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272788/>. Acesso em: 20 jul. 2022

FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva. 2017.

GAGLIANO, Plabo Stolze. PAMPLONA F, Rodolfo. **Novo curso de direito civil** – Parte geral.vol.1.23.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655595659/>. Acesso em: 05 mai. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Parte Geral. Vol. 1. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

JR., Humberto T. **Prescrição e Decadência.**2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992590/>. Acesso em: 16 jul. 2022.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito civil de A a Z.** Barueri,SP: Manole. 2008. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446478/>. Acesso em: 03 jun. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol 1. 31ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil – Teoria de Direito Civil. **Vol 1.** 34ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2022. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644469/>. Acesso em: 14 jul. 2022.

RIZZARDO. Arnaldo. **Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil.** 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6832-8/>. Acesso em: 14 jul. 2022.

RIZZARDO. Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil.** 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

ROSSATO, Willian Nunes. **Prescrição, decadência e vícios ocultos:** a responsabilidade negocial do empreiteiro. São Paulo: Almedina, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271675/>. Acesso em: 03 jul. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil - Teoria Geral do Direito Civil . Vol 1.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992361/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: A AGRESSÃO SILENCIOSA NAS SALAS DE PARTO

SERENA ROSA RODRIGUES:

Bacharelada em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG⁵².

JAQUELINE DE KASSIA RIBEIRO PAIVA⁵³.

(orientadora)

RESUMO: Um dos grandes problemas encontrados pelas mulheres no período gestacional e principalmente no momento do parto é de serem vítimas de algum tipo de violência. Nesse cenário, estar-se a falar da violência obstétrica que pode ser entendida como uma prática exercida por profissionais de saúde, no que diz respeito ao corpo e aos processos reprodutivos da mulher se manifestando por uma atenção desumanizada, abuso de ações intervencionais, medicalização e a transformação patológica dos processos de parturição fisiológicas. Devido a isso, o presente estudo teve como objetivo discutir a prática de violência obstétrica e suas consequências sociais e jurídicas, em especial no que concerne aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Os materiais utilizados na sua elaboração foram unicamente bibliográficos e teóricos retirados de livros, periódicos e decisões jurisprudenciais dos tribunais brasileiros. Nos resultados, cita-se primeiramente que não existe uma legislação específica que regule a violência obstétrica, o que evidencia a importância em ter uma norma para esses casos. Em segundo, ainda que ausente norma reguladora, a configuração da responsabilidade subjetiva e objetiva tem sido os meios utilizados pelos tribunais para responsabilizar médicos e hospitais pelos danos causados na ocorrência da violência obstétrica, além de aplicar crimes penais conexos a esses casos.

Palavras-chave: Violência obstétrica. Parto. Legislação. Jurisprudência.

OBSTETRIC VIOLENCE: SILENT AGGRESSION IN DELIVERY ROOMS

ABSTRACT: One of the major problems encountered by women in the gestational period and especially at the time of delivery is to be victims of some kind of violence. In this scenario, we are talking about the obstetric violence that can be understood as a practice exercised by health professionals, with regard to the body and reproductive processes of women manifesting itself by dehumanized attention, abuse of interventional actions,

52 E-mail: serenarodrigues@unirg.edu.br.

53 Professora Titular do do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG e UNITINS; Mestre em Gestão de Políticas Públicas – UFT; Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais – UMSA. E-mail: jakpaiva1@hotmail.com.

medicalization and The pathological transformation of physiological parturition processes. Because of this, the present study aimed to discuss the practice of obstetric violence and its social and legal consequences, especially regarding the doctrinal and jurisprudential positions. The materials used in their elaboration were only bibliographic and theoretical taken from books, periodicals and jurisprudential decisions of the Brazilian courts. In the results, it is first mentioned that there is no specific legislation that regulates obstetric violence, which shows the importance of having a norm for these cases. Secondly, even though the absent regulatory rule, the configuration of subjective and objective liability has been the means used by the courts to blame doctors and hospitals for the damage caused in the occurrence of obstetric violence, as well as applying penal crimes related to these cases.

Keywords: Obstetric violence. Delivery. Legislation. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Caracterizando a violência obstétrica. 3. Consequências da violência obstétrica. 4. O direito brasileiro frente à violência obstétrica. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A mulher ao longo da história sempre sofreu diversos tipos de violências e abusos. Seja de forma física, psicológica, patrimonial, dentre outras, o fato é que a mulher é a principal vítima de violência no Brasil. A título de exemplo, em pesquisa divulgada pelo boletim, *Elas vivem: dados que não se calam*, lançado em 2023 pela Rede de Observatórios da Segurança mostrou que no Brasil, uma mulher é vítima de violência a cada quatro horas (FERREIRA, 2023).

Além de ser vítima de todo tipo de violência, nos últimos anos tem-se registrado um número crescente de casos de violência contra a mulher em um dos momentos mais importante de sua vida: a gestação. Neste caso, estar-se a falar da chamada violência obstétrica.

Caracterizada por ser por ser uma violência contra as parturientes, agredindo a sua integridade física, moral e psicológica, a violência obstétrica, segundo Rodrigues (2022) a cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência na assistência ao parto.

Cabe destacar que a violência obstétrica não se configura apenas na hora do parto, mas no período do pré-parto e pós. Portanto, é uma violência que perpassa por todos os momentos da gestação. Qualquer ato que venha a prejudicar a saúde e integridade da gestante e do bebê é compreendido como uma violência obstétrica.

O fato é que no Brasil esse tema ainda vem sendo pouco discutido. Na verdade, apenas nos últimos anos, frente ao aumento da prática dessa violência, é que a sociedade

e o Direito brasileiro bem debatendo esse fato. Dessa forma, analisar e discorrer sobre essa temática se faz necessário. Por se tratar de uma pesquisa voltada para a área jurídica, identificar as consequências da violência obstétrica nesse campo se torna importante.

Portanto, no decorrer desse estudo, buscou-se responder a seguinte questão: quais os efeitos jurídicos da violência obstétrica? Assim, esse estudo teve o objetivo de abordar os efeitos jurídicos ocasionados pela violência obstétrica. A metodologia empregada foi a de revisão da literatura, tendo como fonte de pesquisa a base de dados digitais como Google, Scielo, etc., e em livros, periódicos, artigos científicos e na legislação e jurisprudência brasileira.

A coleta se deu nos meses de março e abril de 2023. As palavras chaves utilizadas foram: violência obstétrica; parto; legislação; jurisprudência. O recorte temporal dos estudos selecionados foram entre os anos de 2017 a 2023.

2. CARACTERIZANDO A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Um dos momentos mais delicados e vulneráveis da mulher é o período gestacional. A gravidez, para muitas, representa um sonho. Sonho de ter um filho, de constituir uma família, de realizar-se como mulher. Como bem menciona Mantelli (2022), a gravidez é um período de redescobrimto da mulher, consigo mesmo, com seu corpo, com seus objetivos de vida, de entendimento sobre sua existência.

Por conta disso, quando se analisa a violência obstétrica pode-se observar uma enorme indignação das mulheres, justamente por ser uma violência que prejudica esse momento tão especial em suas vidas, deixando inúmeras marcas negativas ao longo da sua vida.

De modo conceitual, a violência obstétrica é caracterizada por ser qualquer tipo de agressão em desfavor de uma mulher gestante, seja no período do pré-natal, no parto ou posteriormente, ou ainda em casos de abortamento (NASCIMENTO et al., 2019).

O termo “violência obstétrica” surgiu na América Latina em 2000, com o surgimento dos movimentos sociais em defesa do nascimento humanizado. O termo, muitas vezes generalizado, é usado para descrever desde a assistência ao parto excessivamente medicalizado, até a violência física contra a parturiente (PICKLES, 2015).

De todo modo, a definição sobre o que seja uma violência obstétrica é já se encontra acentuada e formalizada. Para entender melhor o seu conceito, cabe destacar as seguintes palavras:

Violência obstétrica são atos que provoquem danos físicos e ou psicológicos à mulher, praticados por profissional da saúde ou de outras áreas, mas que atuem indiretamente nessa assistência, assim como atos que firam os princípios de autonomia e liberdade de escolha sobre procedimentos a serem realizados no corpo da mulher e aos direitos garantidos, como acesso à informação e assistência baseada em evidência (RODRIGUES, 2022, p. 01).

Nos dizeres de Oliveira e Albuquerque (2018) a violência obstétrica consiste na apropriação do corpo e dos processos reprodutivos da mulher pelos profissionais de saúde, que se exterioriza por meio do tratamento violento, o abuso de medicalização e da patologização dos processos naturais, que acarretam na perda de autonomia da paciente e na capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade de forma negativa.

Apesar desses conceitos serem os mais aceitos pela doutrina e pela área científica brasileira, o seu termo não é unânime pela classe médica. Embora conscientes do problema, grande parte dos médicos professores adotam uma postura defensiva sobre a questão. Oliveira (2018) nos explica que muitos profissionais da área da saúde não aceitam o significado que a doutrina brasileira tem dado ao termo por entenderem ser antiquado e que denigre à classe médica.

As razões para o cometimento da violência obstétrica são variadas. Primeiramente, as mulheres se submetem a tais procedimentos invasivos e violentos por acreditarem que existe uma real necessidade de intervenção e por confiarem que o médico e os demais profissionais da saúde que as assistem utilizam-nos para protegerem sua saúde e a do bebê (AGUIAR; D'OLIVEIRA, 2019).

Uma vez que a confiança seja estabelecida, os maus profissionais agem de modo antiprofissional e criminoso, no sentido de que utilizam de métodos que de certo modo acaba prejudicando o corpo da mulher e colocando em risco a integridade do bebê (BRÜGGEMANN et al., 2020).

Outro ponto que merece menção diz respeito ao fato de que há um machismo já enraizado na sociedade que acaba por afetar também mulheres gestantes. Nesse ponto, Oliveira (2018) afirma que existe um pensamento machista e misógino da mulher na sociedade que acaba refletindo também dentro dos estabelecimentos de saúde e na sala de parto.

No que tange à conduta profissional, verifica-se que alguns profissionais da área da saúde utilizam condutas violentas que se institucionalizam, quando efetuadas habitualmente, e são utilizadas como parte de procedimento médico-hospitalar. Alguns desses procedimentos podem ser enquadrados como aqueles que não são recomendados

pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como o uso da cesariana sem necessidade terapêutica, o que acaba por submeter as parturientes a uma cirurgia de grande porte, somadas aos riscos de qualquer intervenção cirúrgica (AGUIAR; D'OLIVEIRA, 2019).

Outro fator nesse cenário é o aborto. O procedimento, que, comumente, é realizado em locais precários devido à sua criminalização, já expõe a mulher ao risco de morte. Estima-se que a cada ano são feitos 22 milhões de abortamentos em condições inseguras, acarretando a morte de cerca de 47.000 mulheres e disfunções físicas e mentais em outras 5 milhões (OMS, 2019).

Importante frisar que a violência obstétrica pode ser feita por qualquer profissional da área da saúde e não somente por médicos, em especial um obstetra. Citam Bitencourt, Oliveira e Rennó (2022) que abuso à mulher em período gestacional é um ato realizado por médicos, enfermeiras, doulas, gestores públicos ou, no geral, por quaisquer profissionais de saúde contra o corpo e/ou processos reprodutivos das mulheres, feito por meio de ações desumanizadas, uso indevido de medicalização e transformação dos processos fisiológicos de parturização.

Indo mais além nesse entendimento, Nogueira (2021) inclui nesse rol os familiares da mulher grávida. Para esse autor, a violência obstétrica também pode ser praticada por um parente. Nesse caso, a depender do contexto, estar-se focando na violência obstétrica como uma forma de violência doméstica, e em razão disso, vai incidir na Lei nº 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha.

Sobre as formas de violência obstétrica encontradas, Oliveira e Albuquerque (2018) explicam que ela pode ocorrer de vários modos. *A priori*, pode ser feita através de violência psicológica, como a discriminação: *Tinha que ser! Olha aí, pobre, preta, tatuada e drogada! Isso não é eclampsia, é droga!*

Também ocorre por meio da violência física, com ações que causem dor (exame de toque para a verificação da dilatação do períneo, quando ocorrida para fins didáticos aos estudantes da área da saúde) e até mesmo como uma violência sexual como a episiotomia, conceituada inclusive por alguns estudiosos como mutilação genital feminina, dentre outras formas (OLIVEIRA; ALBUQUERQUE, 2018).

Nos dizeres de Medeiros e Nascimento (2022), os eventos mais comuns que se rotulam como violência obstétrica é qualquer tipo de destrato na relação que se estabelece entre o sistema de saúde (sua estrutura), os profissionais de saúde e a mulher grávida. Qualquer tipo de violência, como não respeitar a sua identidade e sua sexualidade, se caracteriza como violência obstétrica.

Insta acrescentar também que a violência obstétrica pode ocorrer, principalmente durante o parto. No meio científico, já é consenso que algumas atitudes mais específicas correspondem a uma violência obstétrica no decorrer do parto.

O primeiro exemplo é a episiotomia, que é o corte na região do períneo, localizado entre a vagina e o ânus. Esta ação possui o objetivo de expandir o canal do parto para que o bebê possa fazer a passagem de forma rápida (SILVA et al., 2023).

O segundo exemplo é o uso da ocitocina, que é indicada para a indução do parto, é uma droga usada quando não há evolução de dilatação após muito tempo de contrações. Se ela for aplicada sem o paciente saber e sem necessidade, pode ser considerada uma violência (MORAES et al., 2022).

Há também o ponto do marido, que é um ponto que se faz ao término da sutura de uma episiotomia, onde se “aperta” a entrada da vagina, cujo objetivo é torna-la mais estreita, teoricamente, aumentando a satisfação sexual do homem. Como consequência, pode gerar dores e incômodos à mulher (MENDES; SANTOS; TAVARES, 2022).

Outro exemplo é a manobra de Kristeller, que nada mais é do que empurrar/pressionar a barriga da grávida para dar rapidez a saída do feto. Tal manobra inclusive é banida em solo brasileiro, em razão de que se feita inadequadamente ou com muita força pode deslocar a placenta, fraturar as costelas da mãe e causar traumas encefálicos no bebê (MENDES; SANTOS; TAVARES, 2022).

Tem-se a lavagem intestinal, cujo objetivo é reduzir os riscos de escape de fezes no decorrer do parto. Apesar de ser comum o seu procedimento, ele não é indicado anterior ao procedimento do parto, porque pode atrapalhar na passagem do bebê, além de ocasionar possíveis dores na gestante. (BITENCOURT; OLIVEIRA; RENNÓ, 2022).

A restrição alimentar e de bebida também é um ato de violência contra a mulher grávida, haja vista que não se encontra cientificamente estudos que comprovem a sua eficácia nesses casos. Mulheres em fase de parto, podem – a depender do caso – consumir alimentos e bebidas, desde que seja com acompanhamento médico (FARIAS et al., 2021).

Outra ação considerada como violência obstétrica é o impedimento da mulher em gritar ou se expressar. Como explicam Costa et al. (2022), as contrações do trabalho de parto causam muitas dores e incômodos nas parturientes. Dessa forma, uma maneira de reduzir essas dores é elas poderem gritarem ou expressarem a sua dor. No entanto, muitos profissionais indicam o silêncio, o que nesses casos é difícil de serem feitos.

O impedimento de livre posição e movimentação no decorrer do trabalho de parto também é considerada uma violência obstétrica. Nesse caso, é importante que os movimentos físicos feitos pelas gestantes seja permitido. O foco sempre deve ser o seu

conforto e segurança. Não pode haver qualquer impedimento por parte da equipe médica de mudança de posição das parturientes nesses casos (COSTA et al., 2022).

Cita-se ainda o não oferecimento de métodos de alívio da dor. O ideal, de acordo com Nogueira (2021) é que antes do parto, no período do pré-natal seja ofertado a gestante algumas ações preventivas de redução da dor, como por exemplo, massagens, anestésias ou outra técnica que possa aliviar a dor. O seu não oferecimento é entendido como uma forma de violência obstétrica.

A não permissão a entrada de acompanhante indicado pela mulher também é uma forma de violência obstétrica. *In casu*, havendo um impedimento ao acompanhante, infringe-se a Lei nº 11.108/2005 - Lei do Acompanhante, que deixa claro que toda mulher grávida tem direito a um acompanhante indicado por ela, tanto nas consultas de pré-natal, bem como na hora do parto (BRASIL, 2005).

No artigo 19 da presente lei, deixa claro que os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, "da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, o parto e pós-parto imediato" (BRASIL, 2005).

Frente a esses métodos, entende-se que a violência obstétrica é uma medida extrema, que impede o desenvolvimento sadio e correto de uma gestação. Quando praticado, ele traz uma série de consequências, aos quais serão analisadas no tópico a seguir.

3. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Uma vez identificado o que seja uma violência obstétrica e seus métodos, é importante dimensionar os efeitos que ele traz para as mulheres, famílias e bebês. Por essa razão, nesse tópico serão apresentadas as principais consequências jurídicas desse tipo de violência.

A principal vítima desse cenário é a mulher, sendo, portanto, para elas os maiores dissabores de uma agressão na sua gestação. Discorrendo sobre essa questão, Silva e Freire (2019) cita especificamente como principal efeito da violência obstétrica o Transtorno do Estresse pós-traumático (TEPT). Os autores explicam que é um tipo de transtorno de ansiedade que pode se desenvolver em pessoas que vivenciaram um evento traumático. Essa condição causa sofrimento intenso e prejuízos a vários aspectos da vida, como trabalho e relacionamentos.

Desse modo, é facilmente identificado o TEPT nos casos de violência doméstica, haja vista que os vários métodos agressivos aos quais são submetidas acabam por inibir qualquer vontade ou ação positiva às pacientes. O parto, que deveria ser um momento de emoção e sensibilidade, acaba por gerar um trauma nas mulheres (SILVA; FREIRE, 2019).

Simas (2021) acrescenta, no entanto, que um dos grandes pontos é que este transtorno não se resume apenas às lesões físicas, podendo encontrar muitos relatos de dores subjetivas, relacionadas à inadequação na assistência médica durante os procedimentos de urgência.

A supracitada autora, explica que o parto traz grandes alterações físicas, hormonais, psíquicas, a mulher se vê diante de uma transformação dos seus papéis sociais e suas relações. Por consequência, existem possibilidades do aparecimento de um quadro de tristeza ou surgimento de transtornos psiquiátricos que interfere no vínculo afetivo saudável entre a mãe e bebê, que é potencializado no caso de violência obstétrica.

No trabalho de Carvalho e Cunha (2021) que tinha o objetivo de analisar quais os efeitos que a violência obstétrica causa nas mulheres, nos resultados desse estudo, ficou evidente constatar que as principais consequências são depressão, vergonha, medo de repetir a experiência, cicatrizes, queloides, dores físicas e baixa autoestima.

Em resultado semelhante, Ladislau (2022) aponta que o constrangimento é o primeiro sentimento que as mulheres enfrentam após a violência. A angústia é intensificada e podem desenvolver e potencializar uma sensação de inferioridade, medo e insegurança, através da humilhação, reforçando sentimentos de incapacidade, inadequação e impotência da mulher e do seu corpo.

A mesma autora ainda acrescenta que outro ponto extremamente relevante é que, tanta dor e sofrimento podem desencadear o medo de uma nova gestação por causa da experiência vivida. Em geral, a grande maioria aponta indícios de depressão pós-parto (LADISLAU, 2022).

Além disso, a vida sexual e a auto estima são afetadas, interferindo na sua imagem corporal e despertando incômodos físicos. Neste sentido, é muito difícil a mulher responder de maneira imediata à violência sofrida, de forma a se defender, pois, é normal que, inicialmente, ela permaneça passiva por se encontrar totalmente desamparada (LADISLAU, 2022).

Carnaval e Silva (2021) apontam que como efeito desta violência, começa a aparecer sentimento de indignação, revolta e de incapacidade por não ter conseguido se manifestar diante do abuso; o que acontece com grande parte das mulheres, já que nem todas conseguem ter essa consciência sobre o trauma.

Fato é que, as vivências experimentadas desse momento fazem parte dos sentimentos, pensamentos e das relações das mulheres no processo de construção do significado da maternidade, por isso, é preciso considerar o impacto que o trauma provoca em cada mulher. Ou seja, significa que as consequências de uma violência obstétrica atravessam o sentido de ser mãe e a própria história dessa gestante (CARNAVAL; SILVA, 2021).

Cabe lembrar que a violência obstétrica está diretamente relacionada aos Direitos Humanos. Do ponto de vista dos direitos humanos dos pacientes, a violência obstétrica infringe diversos direitos humanos, como por exemplo, o direito à vida, onde toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida (art. 5º, caput da Constituição Federal de 1988); direito ao respeito pela vida privada (art. 5º, inciso X da CF/1988); direito à informação (art. 5º inciso XXXIII, bem como no inciso II do § 3 do art. 37 e no § 2 do art. 216 da CF/1988); direito a não ser discriminado (art. 20 da Lei nº 9.459/97) e direito à saúde (Art. 196 da CF/1988).

Assim, deve-se considerar a violência obstétrica como prática que detém elevada propensão à violação dos direitos humanos da mulher (SANTIAGO; SOUZA, 2017).

Frisa-se que, além de sofrerem a violência, a institucionalização da violência obstétrica retira a autonomia da mãe, quando coage a parturiente a realizar procedimento diverso do desejado e a constrange de diversas formas, como chamá-la de irresponsável. Como bem mencionam Santiago e Souza (2017) como ninguém deseja ser constrangido, principalmente no momento de vulnerabilidade, as mulheres vão se adequando ao padrão proposto intensamente violento.

Gomes (2020) ao discutir sobre os efeitos que a violência obstétrica traz para as vítimas, afirma que a mulher que dá à luz em uma situação de violência tem mais risco de desenvolver blues puerperal (melancolia da maternidade) e depressão pós-parto. Além disso, pode ter mais dificuldade em amamentar e cuidar do bebê, desenvolver medo de uma futura gestação e isso limitar seu planejamento reprodutivo.

Em casos mais graves, a violência obstétrica pode levar a óbito a mulher ou a criança ou ambos. Procedimentos invasivos e malsucedidos podem acarretar em morte da vítima.

Para além do óbito, no entendimento de Ribeiro et al. (2021), a violência obstétrica pode “matar em vida”. Explica essa autora que, o parto passa a ser tão traumático para a mulher que isso interfere no exercício da sua personalidade e da sua sexualidade, na sua autoestima, na maneira como ela confia nas pessoas e isso pode interferir inclusive na relação que ela mantém com o filho, que foi gerador de uma situação traumática, supostamente.

Do ponto de vista psicológico, Silva, Silva e Araújo (2017) acentuam que as relações se dão de uma forma tão complexa que isso pode inviabilizar a mulher socialmente. Em outras palavras, é tão grave os danos trazidos pela violência obstétrica que a mulher acaba tendo dificuldades de relacionamento social após esse episódio.

No estudo de Amaral, Klein e Grunewald (2021) que buscou analisar os efeitos da violência obstétrica às mulheres, apontou que a saúde psicológica da mulher é a mais afetada, causando traumas, pânico, depressão, ansiedade, medo, angústia, insegurança e entre outros aspectos emocionais que prejudicam seu funcionamento.

4. O DIREITO BRASILEIRO FRENTE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Uma das grandes reclamações doutrinárias e sociais a respeito do tema aqui analisado diz respeito a sua ausência de normatização. O Direito Brasileiro em seu ordenamento jurídico ainda não possui uma legislação federal que regule de forma específica a prática de violência obstétrica.

No país, o que é possível encontrar são leis esparsas sobre a presente prática. No entanto, ainda que não se tenha uma lei federal que trate sobre essa matéria, os agressores não ficam impunes. O Direito Penal tem sido apontado como o melhor caminho a penalizar os agentes que cometem tal ato (BITENCOURT; OLIVEIRA; RENNÓ, 2022).

Antes, em matéria de Direito Civil, esse tema tem como efeito a aplicação da responsabilidade civil, baseando-se no art. 5º incisos V e X da Constituição Federal de 1988. Com base nesse artigo constitucional, entende-se que qualquer atividade que traga algum dano a outrem gera a responsabilização de indenização à vítima. Aquele (seja pessoa natural ou jurídica) que vier a cometer um prejuízo a um terceiro deve arcar com os resultados (BRASIL, 1988).

O art. 186 do Código Civil, traz-nos que a responsabilidade civil pode ser extracontratual ou extra negocial. Para o caso específico aqui analisado, tem-se a responsabilidade civil objetiva, que é caracterizada por exigir determinados requisitos, tais como "a conduta, seja omissiva ou não, o dano e o nexo de causalidade. Nesse caso, não se exige a comprovação da culpa do agressor" (RIPOLL, 2022, p. 30).

Com fundamento nesse texto constitucional e civilista, entende-se que qualquer profissional de saúde que venha praticar um ato de abuso à mulher grávida responderá civilmente pelo dano causado (PAIVA et al., 2022).

No campo jurisprudencial, frente a ausência de Lei, os tribunais tem ao seu modo penalizado a violência obstétrica, conforme a análise de cada caso. *A priori*, cita-se como exemplo o seguinte julgado:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. **Parto realizado pelo método fórceps e manobra Krisller.** Ausência de fatores indicativos da necessidade da utilização do procedimento. Perícia que se utilizou de dados não objetivos. Ausência de registros médicos e hospitalar suficientes para o deslinde da controversa. Réus que tinham plena condição de comprovarem que os procedimentos adotados foram necessários para a saúde do bebê e que as sequelas foram consequência da correta utilização dos meios adequados. Ônus que não deve recair ao menor incapaz. Dano material. Cabimento. **Os réus deverão custear o tratamento da lesão sofrida.** Os valores já desembolsados deverão ser restituídos. Apuração em liquidação de sentença. Pagamento de pensão mensal de um salário mínimo após os 16 anos e até 75 anos de idade. Dano moral e estético. Cabimento. Valor adequado de R\$20.000,00, que deve ser acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, desde o arbitramento. Sucumbência invertida. Honorários majorados para 15% sobre o valor da condenação. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível nº 1006803-24.2017.8.26.0248 TJSP. Comarca: Indaiatuba. 8º Câmara de Direito Privado. Relator: Benedito Antônio Okuno. Data do Julgamento: 30/11/2022. Data de Publicação: 01/12/2022). (grifo meu)

No caso julgado acima, a vítima afirmou que não lhe foi cogitada a possibilidade de realizar o parto por cesariana, mas utilizados os métodos fórceps e manobra Krisller sem indicação dos motivos. Alegou que não teve assistência médica adequada durante a espera de 12 horas para o parto e após, os réus (médicos) se omitiram ao tratamento da lesão permanente sofrida pela autora.

O que se buscou no presente julgado foi a indenização por falha na prestação do serviço desde a entrada da genitora no hospital réu. Ou seja, a ausência de acompanhamento médico até o parto, a ausência de critérios objetivos de indicação do método de extração e a ausência de acompanhamento do bebê, tanto para detectar a lesão, quanto para tratá-lo. Ao fim, decidiu o magistrado conceder os danos materiais, morais e estéticos a vítima.

Contudo, a jurisprudência brasileira também já negou possibilidade de reparação de danos à parturientes diante da ausência de comprovação de provas. Esse fato é importante porque a responsabilização dos agentes causadores de violência obstétrica só

ocorre quando há provas indiscutíveis sobre a violência sofrida. É o que apresenta o julgado abaixo:

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. **RELAÇÃO DE CONSUMO**. PARTO HUMANIZADO. ALEGAÇÃO. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**. RESSARCIMENTO. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. **NÃO COMPROVAÇÃO**. PRELIMINARES. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Recurso próprio, regular e tempestivo. 2. No mérito, requerem a reforma da sentença, diante do robusto conjunto probatório que revela a violência obstétrica sofrida pela primeira recorrente, motivo pelo qual, pleiteiam sejam ressarcidos pelos danos materiais sofridos. [...] 7. De acordo com a distribuição ordinária do ônus da prova (art. 373 do CPC), **cabe ao autor a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos**. 8. Em que pesem as argumentações expendidas pelos autores, o fato de o funcionário do hospital exigir-lhes documentos pessoais para a internação, bem como o fato da primeira autora/recorrente quase desmaiar após o parto, **não revela falha na prestação do serviço por parte do hospital, tampouco violência obstétrica, pois tais fatos são decorrências naturais do procedimento realizado pela parturiente**, que não descreveram ou provaram a pratica de procedimentos considerados invasivos ou danosos à parturiente. 9. **A reparação de danos materiais deve estar necessariamente adstrita a um desfalque patrimonial efetivamente demonstrado, o que não sói ocorrer no caso**. Não demonstrada, sequer por elementos mínimos, a existência de ato ilícito por parte do demandado, vislumbra-se escorregada a sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida em tal sentido, posto que não comprovado o efetivo prejuízo de ordem material, tampouco ofensa moral, elementos imprescindíveis à tutela do direito vindicado. 10. Sentença mantida. (07109918120178070016 - (0710991-81.2017.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). TJDF. Primeira Turma Recursal. Data do Julgamento: 01/02/2018. Publicado no DJE: 16/02/2018). (grifo meu)

O que o julgado acima mostra é que no campo da violência obstétrica é de enorme importância a prova. Como bem mencionado no julgado, a reparação de danos materiais ou morais deve estar necessariamente adstrita a um prejuízo ou dano efetivamente demonstrado. Esse fato é que se discute quando se fala em violência obstétrica.

Uma questão muito recorrente nesses casos, é interligar a violência obstétrica ao erro médico. O erro médico é uma falha profissional que gerou um dano. Nesses casos, o médico é responsabilizado na área civil e na área penal, além das sanções administrativas do Conselho Federal de Medicina onde o profissional pode até ficar impossibilitado de exercer sua profissão (RIPOLL, 2022).

Na esfera do Direito do Consumidor, a mulher grávida ela é a consumidora na relação de consumo em relação ao hospital ou estabelecimento de saúde. O Código consumerista em seu art. 14 afirma que a responsabilidade é objetiva (independente da culpa), sendo assim, o médico é responsabilizado nesses casos (BRASIL, 1990).

A título de exemplo, cita-se a presente jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO - NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO MÉDICO - COMPROVAÇÃO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - INDENIZAÇÕES RESPECTIVAS FIXADAS EM VALORES RAZOÁVEIS. Nos termos do posicionamento já consolidado no STJ, **a responsabilidade civil do hospital**, quando a reparação decorre direta e especificamente da conduta adotada por médico pertencente ao seu corpo clínico, depende da comprovação de culpa do próprio profissional. **Comprovada a negligência do médico no atendimento do paciente, bem como o nexo de causalidade entre a conduta do profissional e as complicações na mão direita do autor**, deve o hospital ser responsabilizado pelos danos morais e estéticos por este suportados. As reparações por danos moral e estético devem ser fixadas segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, com a observância das circunstâncias peculiares do caso específico analisado. **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.** (TJMG - 0031218-34.2013.8.13.0687 MG - Câmaras Cíveis/18ª CÂMARA CÍVEL, Relator: Arnaldo Maciel, Julgamento: 17/10/2017, Publicação: 19/10/2017). (grifo meu)

Em território penal, não há uma lei penalista que trate sobre esse tema. Embora a tipificação não exista com relação ao crime específico, existem uma série de crimes meios (ou sejam, que foram praticados no período da gestação) que podem ensejar em uma ação penal.

Tem-se como exemplo a injúria, onde há ofensas direcionadas a gestante, atingindo sua honra e dignidade, cujo texto penal é:

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

(BRASIL, 1940)

De acordo com Souza (2022) o bem jurídico tutelado pela incriminação da injúria é a honra subjetiva, constituída, segundo a lei penal, pela dignidade e o decoro do ofendido. Refere-se nesse caso à dignidade como o sentimento de valor moral ou social próprio do indivíduo. Assim, ofensas que desrespeitam a moralidade do indivíduo, como nos casos de violência obstétrica, ofendem a sua dignidade.

Nos maus-tratos, cita-se o seu artigo no Código Penal, *in verbis*:

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

(BRASIL, 1940)

Souza (2022) explica que no caso presente corresponde a limitação da atenção e dos cuidados médicos necessários para a gestante, por exemplo. Há ainda o crime de ameaça, cujo texto normativo se apresenta da seguinte forma:

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

(BRASIL, 1940)

Santos (2023) explica que a promessa de mal pode ser contra a própria vítima, contra pessoa próxima ou até contra seus bens. Para a ocorrência do crime não precisa que o criminoso cumpra o que disse, basta que ele tenha intenção de causar medo e que a vítima se sinta atemorizada. Nesse caso, bastando o médico ou a equipe médica ameaçar a parturiente, já se configura no presente crime.

No crime de constrangimento ilegal, a sua previsão está no artigo 146 do Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Aumento de pena

§ 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

§ 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.

(BRASIL, 1940)

Romano (2015) cita que o presente crime é configurado pela exposição das partes íntimas da parturiente ou outro ato que humilhe ou denigre a mulher, a ou, ainda, a conduta de praticar atos sem o consentimento da mulher.

Há também a lesão corporal, cujo texto penal possui a respectiva redação:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

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 um a cinco anos.

§ 2º Se resulta:

I - Incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III perda ou inutilização do membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

(BRASIL, 1940)

Prado (2019) acentua que nesses casos pode ser configurada pelo procedimento de episiotomia, cuja pena pode ser de até 8 anos de reclusão. E por fim, nos casos mais graves o profissional pode ser responsabilizado pelo crime de homicídio, quando motivado pelas lesões encontradas na parturiente ou no feto, gerou o óbito. A pena nesses casos é de reclusão de 6 a 20 anos (BRASIL, 1940).

Soma-se aos casos supracitados, o aborto provocado por terceiro, cujo texto penal é o seguinte:

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte

(BRASIL, 1940)

Neste caso, Prado (2019) explica que esse crime se enquadra na violência obstétrica quando as ações delituosas desta agressão acabam por acarretar na morte do feto, podendo aumentar em caso de morte à gestante.

Ainda neste cenário, Lacerda, Mariano e Passos (2022) citam que no caso de haver alguma intervenção cirúrgica não permitida previamente pela gestante, o médico será responsabilizado pelo crime de lesão corporal.

Havendo a prática da Manobra de Kristeller, por exemplo, aplica-se o art. 129 do texto penalista. No caso de haver um resultado lesivo, aplica-se o § 6º, do art. 129 (BRASIL, 1940).

Apesar de difícil à primeira vista, a violência obstétrica pode ser provada. Seja por meio físico (através de uma perícia ou laudo médico) ou psicológica, através de depoimento de testemunhas, como o acompanhante, por exemplo. Assim, ao avaliar o bem estar psíquico da paciente, o magistrado pode analisar as provas por meio da prova testemunhal.

Desse modo, fica claro observar que a violência obstétrica deve ser analisada de acordo com cada caso, ao qual deve ser devidamente comprovada não apenas a prática técnica, mas sobretudo, os seus efeitos no campo físico, moral e psicológico da mulher.

No âmbito legislativo, algumas leis estaduais tem abordado de maneira mais objetiva esse tema. Em São Paulo, por exemplo, há o Projeto de Lei nº 1.130/2017 que dispõe sobre a prevenção da violência obstétrica no âmbito da assistência perinatal. Em seu artigo 6º afirma que o descumprimento desta lei implica, dentre outros efeitos, na responsabilização administrativa, civil e criminal do profissional ou agente de saúde e do gestor de saúde, diretor clínico ou responsável pelo estabelecimento onde o descumprimento ocorreu (BRASIL, 2017).

Ainda neste projeto, aplica-se as penas administrativas previstas na Lei Federal nº 6.437/1977 ao estabelecimento e responsável legal (BRASIL, 2017). A mesma matéria se encontra no Projeto de Lei nº 8.219/17, cuja pena se dá entre 6 meses a 2 anos de detenção e multa. (BRASIL, 2017).

No Estado do Tocantins, encontra-se a Lei nº 3.674/2020, que dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra esse tipo de violência no presente Estado. Ao trazer conceitos e aspectos gerais sobre a violência obstétrica, a Lei trouxe como medida de prevenção o art. 4º que aduz que para acesso às informações constantes desta Lei, os estabelecimentos hospitalares deverão disponibilizar um exemplar da Lei às gestantes, parturientes e/ou seus acompanhantes (BRASIL, 2020).

Tendo como base a Lei supracitada, é também necessário destacar que medidas podem ser feitas para que a violência obstétrica seja cada vez menos praticada. Para Gomes (2020) há determinadas condutas que podem ser feitas para que essa violência não seja efetivada. A autora menciona como exemplo, o melhoramento do planejamento reprodutivo e a assistência ao pré-natal, a exposição de informações de qualidade e adequação dos serviços de saúde melhorando a infraestrutura.

Para Xavier (2022) é preciso investir em treinamento e qualificação permanente dos profissionais e estimular a aproximação das gestantes aos serviços de saúde no período gestacional.

Com tais medidas pode-se buscar um caminho para que os abusos cometidos em desfavor das mulheres no período gestacional não sejam mais presentes nos estabelecimentos de saúde, e que cada vez menos mulheres possam serem vítimas dessas atrocidades.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O parto é uma experiência exclusivamente feminina que afeta todos os aspectos da mulher como o psicológico, biológico e principalmente o cultural, pois a mulher planeja a forma de parir com a qual se identifica e de acordo com seus valores éticos, morais e sociais.

Sendo assim, a violência obstétrica que consiste na apropriação do corpo e dos processos reprodutivos da mulher pelos profissionais de saúde se exterioriza por meio do tratamento violento, do abuso de medicalização e da patologização dos processos naturais, que acarretam a perda de autonomia da parturiente e da capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade de forma negativa.

A violência obstétrica ocorre de modo variado e complexo por meio da violência institucional, física, psicológica, dentre outros, bem como é de difícil detecção, tendo em vista que as vítimas não possuem conhecimento técnico-científico para contradizer falácias utilizadas pelos profissionais da saúde, a fim de coagi-las a algo diverso do pretendido por elas.

Ainda que se tenha artigos do Código Penal que pode ser aplicado aos casos de violência obstétrica, a ausência de uma norma específica cria uma lacuna no entendimento jurídico e social sobre esse tema. É mais do que urgente que se promulgue uma norma que penalize especificamente cada ato considerado como violência obstétrica. Isso é importante porque irá trazer segurança jurídica para as vítimas e um norte para magistrados e advogados nesses casos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Janaína Marques; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas. **Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero**. 2019. Tese (Doutorado)-Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

AMARAL, Aléxia Fortes; KLEIN, Ana Paula; GRUNEWALD, Evelyn Sofia. **A violência obstétrica e os seus danos à saúde psicológica da mulher**. Anais do 19º Encontro Científico Cultural Interinstitucional – 2021.

BITENCOURT, Angélica de Cássia; OLIVEIRA, Samanta Luzia de; RENNÓ, Giseli Mendes. **Violência obstétrica para os profissionais que assistem ao parto**. Rev. Bras. Saude Mater. Infant., 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

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/L10406.htm#art2045. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Decreto – Lei 2.848 de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. Lei 8.078 de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº11.108 de 07 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.674 de 26 de maio de 2020**. Altera a Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018, que dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=396083>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível: 1006803-24.2017.8.26.0248**. 3ª Turma Cível. Relator: Benedito Antônio Okuno. Data do Julgamento: 30/11/2022. Data de Publicação: 01/12/2022. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjsp.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Acórdão: 0710991-81.2017.8.07.0016 - Res. 65 CNJ**. Primeira Turma Recursal. Relatora: FÁTIMA RAFAEL. Data de Julgamento: 01/02/2018. Publicado no DJE: 16/02/2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Acórdão: 0031218-34.2013.8.13.0687 MG**. 18ª Câmara Cível. Relator: Arnaldo Maciel. Data de Julgamento: 17/10/2017. Publicado no DJE: 19/10/2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BRÜGGEMANN, Odaléa Maria et al. **No parto vaginal e na cesariana acompanhante não entra: discursos de enfermeiras e diretores técnicos.** Revista Gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, v. 36, p. 152-158, 2020.

CARNAVAL, Cristiane Aparecida; SILVA, Tainá Hellen da. **A violência obstétrica e suas consequências para as mulheres.** Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação, 7(7), 850-883; 2021.

CARVALHO, Larissa Lorraine; CUNHA, Fabíola Vieira. **Consequências à mulher vítima de violência obstétrica.** Revista Multidisciplinar Em Saúde, 2(4), 44; 2021.

COSTA, Juliana Alves; SILVEIRA, Juliana de Almeida; GONÇALVES, Sebastião Jorge da Cunha; SOUZA, Maria Cristina Almeida de. **Violência obstétrica e humanização no parto: percepção de alunos de graduação em Medicina e Enfermagem.** Revista De Saúde, 13(1), 28-33, 2022.

FARIAS, Maria Mariana Pontes Castro et al. **Análise da violência obstétrica pela mulher: vivência e reconhecimento de procedimentos obstétricos associados.** Brazilian Journal of Development. 2021; 7(2): 18425-18437.

FERREIRA, Francisco Eduardo. **No Brasil, uma mulher é vítima de violência a cada quatro horas.** 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-03/no-brasil-uma-mulher-e-vitima-de-violencia-cada-quatro-horas>. Acesso em: 20 mar. 2023.

GOMES, Denise. **25% das mulheres já sofreram violência obstétrica no país.** 2022. Disponível em: <https://edicaodobrasil.com.br/2022/07/15/25-das-mulheres-ja-sofreramviolenciaobstetricanobrasil/#:~:text=Dados%20do%20Relat%C3%B3rio%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es,ou%20tratar%20complica%C3%A7%C3%B5es%20no%20parto.> Acesso em: 20 mar. 2023.

LACERDA, Giovanna Maria Oliveira de; MARIANO, Valéria da Costa; PASSOS, Sandra Godói de. **Violência obstétrica e os direitos das gestantes: o que as mulheres sabem?** Revista JRG de Estudos Acadêmicos, Brasil, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 42-53, 2022.

LADISLAU, Andréa. **A violência Obstétrica e a Saúde Mental da Mulher.** 2022. Disponível em: <https://guiadobebe.com.br/a-violencia-obstetrica-e-a-saude-mental-da-mulher/>. Acesso em: 18 mar. 2023.

LEITE, Tatiana Henriques et al. **Desrespeitos e abusos, maus tratos e violência obstétrica: um desafio para a epidemiologia e a saúde pública no Brasil.** Ciência & Saúde Coletiva. v. 27, n. 02, pp. 483-491, 2022.

MANTELLI, Erica. **O que tudo muda no corpo da mulher na gravidez?** 2022. Disponível em: <https://bebegenial.com.br/mudancas-do-corpo-na-gravidez/>. Acesso em: 18 mar. 2023.

MEDEIROS, Rita de Cássia da Silva; NASCIMENTO, Ellany Gurgel Cosme do. **“Na hora de fazer não chorou”: a violência obstétrica e suas expressões.** Rev Estud Fem. 30(3), 1-15, 2022.

MENDES, José; SANTOS, Ana Paula Sousa; TAVARES, Márcio. **Percepções da violência obstétrica pelas parturientes e profissionais de saúde: uma revisão scoping.** Revista Portuguesa De Investigação Comportamental E Social, 8(2), 1–15, 2022.

NOGUEIRA, Neiva Vieira. **O reconhecimento da violência obstétrica no Brasil e sua repercussão sociolegislativa por intermédio do movimento feminista.** Insurgência: revista de direitos e movimentos sociais, 7(2), 261-286, 2021.

OLIVEIRA, Amanda Lima de. **Violência obstétrica: uma análise de suas dimensões nas normativas Brasileiras.** 2018. 69 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

OLIVEIRA, Luaralica Gomes Souto; ALBUQUERQUE, Aline. **Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes.** Revista CEJ, Brasília, Ano XXII, n. 75, p. 36-50, maio/ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde.** 4. ed. Tradução de: Silvia Piñeyro Trias. Genebra: OMS, 2019.

PAIVA, Antônia de Maria Gomes et al. **Representações sociais da violência obstétrica para puérperas e profissionais da saúde: análise fatorial de correspondência.** Cogitare Enfermagem, 27, 2022.

PICKLES, Camilla. **Eliminating abusive ‘care’: a criminal law response to obstetric violence in South Africa.** SA Crime Quarterly, Pretoria, n. 54, p. 5-16, Dec. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição.** 8ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIBEIRO, Karla Gracindo et. al. **Caracterização da violência obstétrica na produção científica: uma revisão integrativa.** REAS. 2021; 13(4): 1-8.

RIPOLL, Fabiana. **Responsabilidade civil médica na configuração da violência obstétrica.** Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Repositório Universitário da Ânima (RUNA), 2022.

RODRIGUES, Karine. **Tese faz análise histórica da violência obstétrica no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/tese-faz-analise-historica-da-violencia-obstetrica-no-brasil>. Acesso em: 20 mar. 2023.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Constrangimento ilegal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4349, 29 mai. 2015.

SANTIAGO, Dayze Carvalho; SOUZA, Wanessa Kerlly. **Violência obstétrica: uma análise das consequências**. Revista Científica da FASETE 2017.2.

SANTOS, Anderson Silva dos. **Assédio moral: Uma análise do abuso de poder hierárquico do empregador**. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/assedio-moral-uma-analise-do-abuso-de-poder-hierarquico-do-empregador/1831769020>. Acesso em: 08 mai. 2023.

SOUZA, Luciano. **Código Penal Comentado**. 2º ed. Editora: Revista dos Tribunais, 2022.

SILVA, Bruna L. Pontes da; FREIRE, Carolina Djovana da Silveira et al. **Violência obstétrica e direitos humanos**. Brasília, DF.: UniCeub, 2019.

SILVA, Fausto; SILVA, Mário; ARAÚJO, Fabiano. **Sentimentos causados pela violência obstétrica em mulheres de Município do Nordeste Brasileiro**. Rev Pre Infec e Saúde, Campina Grande, 3(4), p. 25-34, 2017.

SIMAS, Raquel. **O caso Adelir e o movimento pela humanização do parto: reflexões sobre violência, poder e direito**. Vivência: Revista de Antropologia. Rio de Janeiro, n. 48, p. 89-104, 2021.

XAVIER, Laura Luísa da Conceição. **A violência obstétrica vivenciada pelas mulheres brasileiras: da realidade ao discurso jurídico-normativo**. Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Brasília, 2022.

AS ARDILOSAS FALCATRUAS BANCÁRIAS NO CENÁRIO DIGITAL E A IMPUTAÇÃO CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

CRISLAINE DOS SANTOS CHAVES:
graduanda em Direito pela Universidade
Brasil – Campus Fernandópolis

DÉBORA JAQUELINE GIMENEZ

FERNANDES FORTUNATO

(orientadores)

RESUMO: Este estudo tem como desiderato esclarecer os óbices jurídicos concernentes à análise da responsabilidade civil das entidades financeiras no âmbito digital. Atualmente, a exploração do comércio eletrônico acarretou uma multiplicidade de riscos ao consumidor, os quais também se manifestaram no setor bancário, onde as fraudes bancárias, tais como *phising* e *pharming*, são perpetradas com o fito de angariar dados pessoais e bancários por meio de artimanhas fraudulentas na Internet. Os fraudadores induzem os usuários mediante correspondências eletrônicas, links inverídicos, entre outras artes. A responsabilidade civil se tornou um tema de indubitável magnitude, haja vista a exponencial utilização dos serviços bancários nos últimos anos. Destarte, a responsabilidade civil das instituições financeiras assume um lugar de proeminência, tendo em vista que a súmula 479 do Supremo Tribunal de Justiça acentua que tais instituições respondem objetivamente pelos prejuízos advindos de eventos fortuitos internos relativos a fraudes e delitos perpetrados por terceiros no âmbito das transações bancárias. Desse modo, no contexto digital, especificamente nas fraudes perpetradas no internet banking e mobile banking, a responsabilidade civil é objetiva. Quanto à metodologia utilizada, adotou-se uma abordagem pautada na revisão bibliográfica, mediante consulta a obras, legislação e periódicos que versam sobre a temática em apreço.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Entidades financeiras. Âmbito Digital. Fraudes Bancárias.

ABSTRACT: This study aims to elucidate the legal obstacles concerning the analysis of civil liability of financial institutions in the digital realm. Currently, the exploration of electronic commerce has brought about a multitude of risks to consumers, which have also manifested in the banking sector, where banking frauds, such as *phishing* and *pharming*, are perpetrated with the aim of obtaining personal and banking data through fraudulent schemes on the Internet. The fraudsters induce users through electronic correspondences, misleading links, among other means. As a result of the aforementioned, civil liability has become a matter of undeniable significance, given the exponential use of banking services

in recent years. The civil liability of financial institutions assumes a position of prominence, considering that Supreme Court Precedent 479 emphasizes that such institutions are objectively liable for damages resulting from fortuitous internal events related to frauds and offenses committed by third parties in the scope of banking transactions. Thus, it is worth noting that in the digital context, specifically in the frauds perpetrated in internet banking and mobile banking, civil liability is objective. Regarding the methodology employed, a bibliographic review approach was adopted, consulting books, legislation, and journals that address the subject matter at hand.

Keywords: Civil Liability. Financial Institutions. Digital Realm. Banking Frauds.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a responsabilidade civil é um fenômeno jurídico atemporal e de extrema importância. Desde tempos remotos, o anseio de estabelecer a imputação de responsabilidade às ações humanas, quando causadoras de danos a terceiros, tem sido perseguido. Nesse sentido, uma análise aprofundada se faz necessária para identificar a pessoa ou entidade que deve ser responsabilizada por atos ilícitos cometidos contra outrem.

Ao abordar a responsabilidade civil das instituições financeiras no âmbito digital, é imprescindível mencionar, inicialmente, a ascensão dos serviços bancários digitais, tais como *mobile* e *internet banking*, que têm atraído considerável atenção dos usuários em virtude de sua praticidade e celeridade. Em consequência, tais serviços se consolidaram como ferramentas amplamente utilizadas em âmbito global ao longo dos anos.

Diante do crescimento desses serviços no ambiente digital, emerge a necessidade de examinar quem deve ser responsabilizado civilmente nos casos de fraudes bancárias. Essa indagação assume extrema importância na efetivação da proteção dos consumidores, uma vez que esse impasse pode acarretar prejuízos significativos em suas vidas financeiras.

Na contemporaneidade, persistem desafios para definir a responsabilidade nas relações de consumo no universo digital. Entretanto, a Súmula 479 do Supremo Tribunal Federal estabelece que as instituições financeiras devem arcar com os danos decorrentes de eventos internos imprevisíveis. Em outras palavras, há a possibilidade de imputar às instituições a responsabilidade por fraudes praticadas por terceiros no contexto das operações bancárias. Contudo, é crucial determinar a extensão dessa responsabilidade e se as fraudes se enquadram como eventos internos imprevisíveis.

A expansão do comércio digital trouxe consigo novos modelos de fraude, empregados para obter informações pessoais e bancárias por meio de falsas

correspondências eletrônicas, mensagens de texto fraudulentas, comunicações via WhatsApp e redirecionamentos de usuários a sites não oficiais das instituições. Dessa forma, os fraudadores conseguem ocultar habilmente sua identidade, o que dificulta a identificação e responsabilização dos envolvidos pelos danos causados.

Não menos relevante, o propósito fundamental desta pesquisa consiste em identificar os critérios para a responsabilização civil das instituições bancárias em casos de fraudes no ambiente virtual. Além disso, buscar-se-á esclarecer o conceito de responsabilidade civil e os elementos essenciais para fundamentar esse fenômeno jurídico. Também será empreendido um estudo para elucidar o conceito de consumidor e a definição de instituição financeira como prestadora de serviços na relação de consumo, bem como para delinear as características das fraudes bancárias.

Por fim, a condução discursiva deste trabalho será viabilizada por meio de uma meticulosa revisão bibliográfica, embasada em doutrinas consagradas, legislações vigentes, jurisprudências relevantes, artigos científicos, revistas especializadas e periódicos de destaque que sejam congruentes com a temática abordada. Além disso, serão empregados métodos investigativos que almejam instigar questionamentos pertinentes à responsabilidade civil das instituições financeiras diante das fraudes perpetradas no ambiente digital.

1 FRAUDES BANCÁRIAS

1.1 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS GERAIS DE FRAUDE

De antemão, é imprescindível ressaltar que a fraude se configura como uma conduta típica, ilícita e culpável, a qual encontra-se descrita no artigo 171 do Código Penal, nos termos a seguir delineados:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena: Reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

O mencionado preceito normativo, ademais, dispõe acerca da majoração da sanção penal em caso de fraude eletrônica, consoante os §§ 2º-A, 2º-B e 3º, *in verbis*.

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais,

contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.

§ 3º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime for cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

De acordo com os postulados doutrinários, a fraude assume o *status* de característica elementar do delito de estelionato, o qual, por sua vez, é passível de identificação por meio dos seguintes elementos: (a) a conduta do agente que visa à obtenção de vantagem ilícita em detrimento de terceiros; (b) a vantagem ilícita pode ser em favor do próprio agente ou de terceiros; (c) a vítima é ludibriada ou mantida em erro; (d) o agente se utiliza de subterfúgios, artimanhas ou outros expedientes fraudadores com o intuito de alcançar sua finalidade (GRECCO, 2022).

Nessa esteira, de acordo com o entendimento do jurista Rogério Grecco (2022), podemos conceituar a fraude como uma conduta intencionalmente direcionada à indução ou manutenção de outrem em erro, mediante o emprego de artifício, ardil ou quaisquer outros expedientes fraudulentos, com o escopo de auferir, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em detrimento alheio.

Ademais, aqueles que praticarem a conduta descrita no tipo penal serão responsabilizados na esfera competente. Por outro lado, no âmbito civil, o indivíduo que sofrer fraude terá o direito de ingressar com uma demanda para reparar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos, sendo importante destacar que, no âmbito do direito civil, o fraudador responderá apenas com seu patrimônio (PAES, 2019; SILVA, 2020).

No tocante à fraude bancária, a estudiosa Roberta da Silva (2020), aduz que existem determinados elementos comuns para configurar o delito em comento, tais como: (a) o sujeito passivo da fraude mantém algum vínculo com uma entidade financeira; e (b) haja a vulnerabilização de alguma informação bancária confidencial e exclusiva.

1.2 MODALIDADES DE FRAUDES BANCÁRIAS

Em razão da atual e crescente tendência de ampliação dos serviços prestados no âmbito digital pelas instituições financeiras, constata-se uma notória elevação nas práticas

ilícitas perpetradas por meio da internet. Nesse sentido, a migração de um expressivo contingente populacional para o *mobile* e *internet banking* tem propiciado aos transgressores um considerável incremento em suas tentativas fraudulentas, valendo-se, principalmente, de expedientes sofisticados, como a engenharia social, o golpe do motoboy, o golpe do falso contato telefônico e o golpe do envio de mensagem de texto ou e-mail falso, o *phishing* e o *pharming*, com o intuito de adquirir indevidamente informações sensíveis de caráter bancário e financeiro dos usuários (GONÇALVES, 2021; SILVA, 2020).

1.2.1 Engenharia Social

Conforme as asserções de Adriano Volpini, diretor da Comissão Executiva de Prevenção a Fraudes da Febraban, a engenharia social desempenha um papel preponderante em mais de 70% dos ardilosos golpes perpetrados em solo brasileiro. Nesse *modus operandi*, há uma indução astuciosa ao cliente para que ele confie suas combinações codificadas e senhas aos inescrupulosos estelionatários, os quais se valem da ingenuidade ou da confiança do usuário para extrair informações que possibilitam um acesso ilícito a computadores ou a dados bancários (FEBRABAN, 2020).

Desse modo, podemos descrever a engenharia social como uma estratégia fraudulenta amplamente utilizada, na qual os golpistas exploram a ingenuidade ou confiança do usuário para obter acesso não autorizado a informações sensíveis. Nesse tipo de abordagem, os criminosos manipulam habilmente as emoções e interações sociais, enganando as vítimas e levando-as a divulgar voluntariamente seus códigos, senhas e outras informações pessoais, que são posteriormente utilizadas para fins ilícitos, como acessar computadores ou obter informações bancárias confidenciais.

1.2.2 Golpe do Motoboy

De acordo com a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN (2020), o Golpe do Motoboy é uma artimanha sofisticada que se inicia por meio de uma comunicação telefônica direcionada ao cliente, executada por um indivíduo astucioso que se faz passar por funcionário bancário. Esse farsante notifica o cliente de que seu cartão foi submetido à clonagem, comunicando-lhe a necessidade iminente de bloqueá-lo. Supostamente, o golpista argumenta que a solução reside em cortar o cartão ao meio e solicitar um novo por meio do atendimento eletrônico. O falso funcionário, de forma dissimulada, solicita que a senha seja digitada no dispositivo telefônico e assegura que, em nome da segurança, um motoboy será designado para coletar o cartão a fim de proceder à uma perícia. O cliente, incauto, não tem conhecimento de que, embora o cartão tenha sido partido ao meio, o chip permanece íntegro, o que viabiliza a realização de múltiplas transações fraudulentas.

1.2.3 Golpe do Falso Contato Telefônico

O golpe do falso contato telefônico é uma artimanha em que um impostor se comunica com a vítima, se fazendo passar por funcionário do departamento de segurança de uma instituição financeira, utilizando um número de matrícula fictício. O golpista alega a existência de um problema relacionado aos serviços bancários, como o cancelamento do cartão ou de um cheque. Para construir uma sensação de segurança, o fraudador menciona dados pessoais da vítima, como nome completo, CPF, data de nascimento e endereço (SANTANDER, 2017; SILVA, 2020).

Com o intuito de resolver a suposta situação, o impostor solicita informações sensíveis, como a senha do cartão de crédito, a senha do internet *banking*, a chave de segurança e o código de verificação do cartão, ou o *token* recebido por mensagem de texto. Munidos dessas informações, os golpistas realizam transações fraudulentas, efetuando compras no cartão de crédito ou débito da vítima, bem como operações bancárias em sua conta corrente (SANTANDER, 2017; SILVA, 2020).

É importante destacar que, em alguns casos, tanto a operadora de celular quanto a instituição financeira podem ser solidariamente responsabilizadas pela fraude, visto que os golpistas são capazes de manipular o identificador de chamadas, fazendo com que o número oficial do banco seja exibido, e, ao finalizar a ligação, a linha telefônica fica inoperante (SILVA, 2020).

1.2.4 Golpe do Envio de Mensagem de Texto ou E-mail Falso

O Golpe do envio de mensagem de texto ou e-mail falso é uma prática ardilosa na qual os fraudadores enviam mensagens de texto ou e-mails para os clientes das instituições financeiras, simulando serem provenientes do próprio banco. Essas mensagens contêm um "link" que direciona a vítima para uma página falsa, projetada para se assemelhar ao ambiente seguro do banco. Nessa página fraudulenta, a vítima é induzida a fornecer suas senhas e códigos de segurança (SANTANDER, 2017; SILVA, 2020).

Um exemplo recorrente é quando o impostor solicita que a vítima envie a foto do cartão de segurança online através do "*link*" fornecido, alegando a necessidade de realizar uma atualização. O cartão de segurança online possui fotos das diferentes posições e códigos de segurança, e é utilizado para aprovar todas as transações na conta corrente do cliente (SILVA, 2020). Com essas informações em mãos, os golpistas são capazes de realizar operações fraudulentas, como empréstimos, transferências e outras transações ilícitas.

1.2.5 Phishing

O *phishing*, também conhecido como pescaria digital, figura como uma ardilosa forma de fraude eletrônica engendrada pelos mestres da engenharia social, cujo propósito é obter informações pessoais do usuário de maneira ilícita. A modalidade mais corriqueira desse tipo de ataque consiste em mensagens e e-mails falsificados, habilmente elaborados para induzir o usuário a clicar em links suspeitos (FEBRABAN, 2020). Além disso, existem páginas falsas propositadamente concebidas na internet, cujo intuito é induzir o indivíduo a revelar seus dados pessoais.

Os casos mais usuais de *phishing* envolvem o recebimento de e-mails supostamente provenientes de instituições bancárias, trazendo mensagens alegando irregularidades na conta do cliente, ultrapassagem de limite do cartão, a necessidade de revalidação de pontos em programas de fidelidade, atualização de token, ou até mesmo a introdução de um novo software de segurança bancária que requer instalação imediata pelo usuário (FEBRABAN, 2020).

Neste contexto, é fundamental que os usuários questionem a autenticidade das comunicações recebidas, verifique cuidadosamente os remetentes e evite clicar em links suspeitos. Adicionalmente, é recomendado manter-se atualizado sobre as práticas de segurança recomendadas pelos órgãos competentes e instituições financeiras, a fim de resguardar-se de possíveis ciladas cibernéticas.

1.2.6 Pharming

O *pharming*, uma sofisticada modalidade de fraude digital, opera sob os mesmos preceitos do *phishing*, almejando enganar os consumidores. No entanto, o *pharming* transcende o *phishing* ao dispensar o emprego de e-mails, SMS ou outros expedientes fraudulentos como ponto de partida. Em vez disso, o fraudador empreende um ataque direto ao *Sistema de Nomes de Domínio (DNS)*, mais conhecido pela sua nomenclatura em inglês, *Domain Name System*, por intermédio do qual se viabiliza o redirecionamento automático do consumidor do sítio legítimo do banco para uma versão simulada, denominada de sítio espelho, que, comumente, é meticulosamente construída para se assemelhar sobremaneira à página autêntica da instituição financeira (GONÇALVES, 2021).

Dessa forma, ainda que o consumidor introduza corretamente o URL pertinente à instituição, ele é desviado para o sítio falso, sendo levado a crer que está no endereço eletrônico verídico do banco, resultando em sua propensão em fornecer, sem qualquer suspeita de fraude, seus dados pessoais e bancários (GONÇALVES, 2021). Desse modo, o *pharming* revela-se praticamente indetectável por parte dos usuários comuns da instituição bancária.

Infere-se que o *pharming* é frequentemente perpetrado por meio de duas técnicas: a instalação de um malware, popularmente conhecido como vírus, no computador da

vítima, o qual pode ocorrer quando esta acessa ou faz o download de conteúdo proveniente de sites fraudulentos; e o envenenamento do cache do DNS.

No que diz respeito à responsabilidade civil, assim como no *phishing*, há divergências na jurisprudência e na doutrina em relação ao banco. Alguns argumentam que o banco é responsável por falhas de segurança que resultaram na clonagem do site, enquanto outros defendem a ausência de vício no serviço e a negligência do consumidor. Embora a corrente majoritária seja de responsabilizar a instituição financeira nos casos de *pharming*, levando em consideração a invasão do *Sistema de Nomes de Domínio* e o envenenamento do cache, é necessário analisar se o banco prestou um serviço com vício e se esse vício foi a causa determinante do dano ao consumidor (GONÇALVES, 2021).

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Em princípio, é imperativo ressaltar que a responsabilidade civil é integralmente respaldada pelo Código Civil, em seu artigo 186, *ad litteram*.

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.

Apreciando os contornos do conceito jurídico de responsabilidade, pode-se inferir que esta implica na conduta lesiva de um sujeito que, agindo primordialmente de maneira ilícita, transgrida uma norma jurídica preexistente, seja ela de natureza legal ou contratual, sujeitando-se, portanto, às consequências de seu ato, quais sejam as obrigações de reparação (GONÇALVES, 2022). Consoante o renomado jurista Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 33), “a responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.

Além disso, é importante esclarecer que, no contexto das instituições bancárias, a responsabilidade civil é geralmente tratada de forma objetiva. Isso significa que, em muitos casos, não é necessário comprovar a culpa específica do banco para que ele seja responsabilizado. Basta estabelecer a relação de causalidade entre a conduta do banco e o dano sofrido pelo cliente para surgir o dever de indenizar (GONÇALVES, 2022). Essa abordagem objetiva busca proteger os consumidores e garantir que sejam compensados pelos danos decorrentes de falhas na prestação de serviços financeiros.

2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Mediante a minuciosa análise do disposto no artigo 186 do Código Civil, depreende-se que há quatro elementos basilares que configuram a responsabilidade civil: *(i)* a ação ou omissão; *(ii)* a culpa ou dolo do agente; *(iii)* o nexo de causalidade e; *(iv)* o dano suportado pela vítima.

2.2.1 Ação ou Omissão

A responsabilidade civil surge quando uma pessoa, por meio de sua ação ou omissão, ocasiona prejuízo a outra. Nesse contexto, a responsabilidade pode decorrer de atos praticados diretamente pelo agente, de atos praticados por terceiros que estejam sob sua responsabilidade, bem como de danos causados por objetos e animais de sua propriedade (GONÇALVES, 2022). Em cada uma dessas situações, o agente assume a obrigação de reparar os danos causados, independentemente da existência de culpa, visando restabelecer a ordem e compensar o prejuízo suportado pela vítima.

2.2.2 Culpa ou Dolo

É unânime o consenso acerca da presença do dolo no mencionado artigo 186 do Código Civil, já que este se refere, de início, à "ação ou omissão voluntária", para posteriormente aludir à culpa, caracterizada como "negligência ou imprudência". Nesse contexto, o dolo se configura como a manifestação de uma vontade deliberada, consciente e intencional de transgredir um direito, ao passo que a culpa se revela como a ausência de diligência adequada (GONÇALVES, 2022). Desse modo, o dolo assume a natureza de uma violação premeditada e intencional do dever jurídico.

2.2.3 Nexo de Causalidade

O Nexo de causalidade representa o vínculo necessário entre a ação ou omissão do agente e a consequência danosa observada. É por meio desse nexo que se estabelece a relação de causa e efeito que fundamenta a obrigação de indenizar. Sem a presença desse nexo, não há a responsabilidade civil. Se o dano ocorreu, porém sua origem não está diretamente ligada ao comportamento do agente, não se configura a relação de causalidade, e conseqüentemente, não existe a obrigação de indenização (GONÇALVES, 2022).

2.2.4 Dano

Sem a comprovação do prejuízo, não é possível atribuir responsabilidade civil a alguém. Com efeito, o elemento objetivo da culpa reside na transgressão de um dever previamente estabelecido. A responsabilidade surge como uma reação decorrente da violação desse dever. No entanto, mesmo na ocorrência de uma infração do dever jurídico,

acompanhada de culpa ou até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma compensação será devida se não houver a constatação de um efetivo prejuízo (GONÇALVES, 2022).

2.3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

As excludentes de responsabilidade civil eximem o agente causador do dano do dever de reparar a vítima. Essas excludentes surgem quando um ou mais elementos constitutivos da responsabilidade civil, tais como ação ou omissão, culpa ou dolo, nexo de causalidade e dano, são suprimidos da conduta ilícita perpetrada, acarretando na inexistência de imputação pela ilicitude cometida (SILVA, 2020).

De acordo com Roberta da Silva (2020), as excludentes de responsabilidade compreendem: (a) a legítima defesa; (b) o estado de necessidade; (c) o exercício regular do direito; (d) o estrito cumprimento do dever legal; (e) o caso fortuito e força maior; (f) a culpa exclusiva da vítima; (g) o fato exclusivo de terceiro; (h) a renúncia da vítima à indenização e a cláusula de não indenizar.

Dado o exposto, torna-se relevante frisar que a presente pesquisa não tem como objetivo aprofundar-se em uma análise pormenorizada de cada uma das excludentes mencionadas. Sua finalidade é outra, e, portanto, a menção dessas excludentes é meramente informativa, apresentada com o intuito de referenciá-las, sem adentrar em seus detalhes específicos.

3 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR

De início, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, encontra sua raiz na Constituição Federal de 1988, a qual consagrou tal dispositivo legal como uma norma de índole constitucional, viabilizando, assim, a salvaguarda dos direitos dos consumidores. Trata-se de uma norma de cunho cogente e de interesse coletivo.

Em uma perspectiva panorâmica, é inegável que o Código de Defesa do Consumidor delinea o conceito de consumidor com o desiderato de clarificar a abrangência da relação jurídica de consumo, em outras palavras, delimita as características fundamentais e a sua aplicabilidade como destinatário final de um produto ou prestação de serviços, dessa maneira, pondo termo ao desenvolvimento da atividade negocial. Nesse sentido, o art. 2º, da Lei nº 8.078/1190, dispõe:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A fim de compreender a entidade do consumidor enquanto uma das partes envolvidas na relação de consumo, faz-se imprescindível realçar que, consoante anteriormente mencionado, é imperativo que o indivíduo retire de circulação do mercado o produto almejado para aquisição. Nesse exato instante, o sujeito se qualifica como destinatário final daquela mercadoria e se transforma em consumidor.

Evidencia-se que é factível constatar que todo vínculo de cunho consumerista engloba duas entidades: o adquirente de um produto ou serviço e o provedor ou comerciante de um produto ou serviço. Nessa perspectiva, a relação encontra sua gênese na satisfação de uma necessidade do consumidor, o qual carece de controle sobre a produção de bens e serviços de consumo e se submete às condições impostas pelos produtores e fornecedores de serviços.

Nota-se que é possível observar que toda relação de consumo envolve duas figuras: o comprador de um produto ou serviço e o fornecedor ou comerciante de um produto ou serviço. Nesse sentido, a relação tem sua ascendência na satisfação de uma necessidade do consumidor, que não possui controle sobre a produção de bens e serviços de consumo e se submete às condições dos produtores e fornecedores de serviços.

Diante deste contexto, revela-se patente que, quando se aborda a figura do consumidor, a manifestação de assimetria entre as partes se faz notória, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor se destina à salvaguarda de uma parte mais suscetível, cuja vulnerabilidade se evidencia.

No que concerne ao reconhecimento da vulnerabilidade, esta pode manifestar-se sob diferentes formas: técnica, jurídica, fática e informacional. A vulnerabilidade técnica surge quando o adquirente carece de conhecimentos específicos acerca do objeto de sua aquisição, o que o torna mais suscetível a ser iludido quanto às características e utilidade do produto. Por sua vez, a vulnerabilidade jurídica reside na ausência de conhecimentos jurídicos específicos, incluindo contabilidade e economia, uma vez que se presume que os consumidores são leigos nessas matérias e não possuem a expertise necessária.

A vulnerabilidade fática, por outro lado, concentra-se primordialmente no fornecedor do produto ou serviço, analisando especialmente sua posição econômica privilegiada e a natureza e essência da prestação do serviço em questão. E, no que tange à vulnerabilidade informacional, trata-se essencialmente da relevância das informações no contexto do bem de consumo, bem como do considerável poder de influência que tais

informações exercem sobre a psique do consumidor, ou seja, a persuasão a que este está sujeito ao optar por adquirir um produto ou serviço no mercado consumerista.

Ademais, vale mencionar que não se pode menosprezar a possibilidade de a pessoa jurídica enquadrar-se como consumidora, desde que comprovada a sua vulnerabilidade, conforme entendimento jurisprudencial reiterado, tendo o Supremo Tribunal de Justiça como o principal órgão orientador nessa matéria.

No que concerne à pessoa jurídica no desenvolvimento de sua atividade produtiva, não há incidência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se trata de consumo intermediário, não sendo possível a inversão do ônus da culpa devido à ausência de hipossuficiência. Em vez disso, a situação envolve apenas o incremento da atividade profissional com fins lucrativos. Consoante Miragem (2004)

O reconhecimento ou não da vulnerabilidade passa a servir, então, tanto para situações excepcionais, em que a pessoa jurídica empresária, embora não sendo destinatária final fática e econômica, é classificada como consumidora, quanto para excluir, em circunstâncias excepcionais, a aplicação das normas de proteção ao consumidor quando presentes condições particulares do adquirente ou usuário, que o coloquem em situação de superioridade em relação ao vendedor ou prestador de serviços.

Constata-se que, no tocante à pessoa física, a vulnerabilidade é presumida, ao passo que, no que tange à pessoa jurídica, a vulnerabilidade deve ser devidamente demonstrada. De maneira explícita, o princípio da vulnerabilidade se erige como um sustentáculo essencial e determinante no arcabouço conceitual do consumidor, pois se revela em distintas facetas, a saber: técnica, jurídica, fática e informacional.

3.2 DEFINIÇÃO DE FORNECEDOR E PRESTADOR DE SERVIÇO

Consoante ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, o delineamento do conceito de fornecedor e prestador de serviços pode ser inferido do seu artigo 3º, que arrola que essas entidades se configuram como todo indivíduo que exerce uma atividade de cunho econômico.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação,

exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços

§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Por conseguinte, a figura do empresário, elencada no artigo 966 do Código Civil, desempenha um papel de notável relevância na delimitação desses sujeitos no contexto da relação de consumo.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Cumprido salientar que o conceito de fornecedor e prestador de serviço é abrangente, devendo sua classificação ser analisada sob a perspectiva do indivíduo em questão e da atividade por ele desempenhada. A abrangência do conceito de fornecedor pode ser depreendida como abarcando todo aquele que introduz um produto ou serviço no mercado com a finalidade de comercializá-lo.

A atividade econômica, mencionada no artigo 966 do Código Civil, transcende não apenas a simples oferta de produtos ou serviços, mas engloba também o planejamento estratégico inicial até a produção, abrangendo a aquisição de insumos, o processo produtivo, as atividades de marketing e a logística.

Em síntese, para se engajar em uma atividade econômica, o fornecedor e o prestador de serviços seguem uma trajetória estratégico-profissional, visando disponibilizar no mercado os produtos ou serviços por eles fabricados, com o intuito de auferir lucro. É possível constatar que o parágrafo 2º do artigo 3º inclui as instituições financeiras e bancárias como prestadoras de serviços, sujeitas, portanto, à aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

A habitualidade se revela como um requisito primordial para a conceituação de fornecedor, mesmo que não seja expressamente estabelecido pela legislação. Trata-se de um fato intrínseco à figura do fornecedor, o exercício de sua atividade profissional de forma regular e contínua, concomitantemente à onerosidade, uma vez que se trata do desenvolvimento de seu próprio empreendimento.

Outro aspecto relevante a ser considerado para caracterizar um fornecedor é a questão da remuneração. Para determinar se um sujeito se enquadra nessa categoria, entende-se que mesmo que o serviço ou produto seja adquirido de forma gratuita, é incontestável que a produção ou a concepção desse serviço, desde sua origem, envolveu onerosidade - uma remuneração indireta - e outros custos relacionados à sua criação. Portanto, esse sujeito também se submete às normas de defesa do consumidor.

É de suma importância destacar a definição de produto e serviço sob a perspectiva jurídica. O termo "produto" abrange uma ampla gama de bens, sejam eles móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis, materiais ou imateriais, que compõem o mercado de consumo. Por outro lado, o termo "serviço" engloba todas as atividades prestadas no mercado e disponibilizadas para consumo.

No que diz respeito à relação entre consumidores e instituições financeiras e bancárias como prestadoras de serviços, o consumidor é considerado usuário dos produtos e serviços oferecidos pelos bancos. O termo "consumidor" usualmente é utilizado para se referir ao cliente. Portanto, as instituições financeiras e bancárias fazem parte da cadeia de produção até o final da relação com o consumidor. Segundo Grinover (2011, p. 48): "qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual".

3.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO NO CONTEXTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de adentrar ao cerne da questão, é primordial esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 12, 13 e 14, *in verbis*, estabelece a aplicação da responsabilidade civil objetiva aos fornecedores, em decorrência dos eventuais danos decorrentes de produtos ou serviços fornecidos.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

- I. O fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
- II. O produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- III. Não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquela que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ao tratar da responsabilidade civil objetiva, faz-se imperativo ressaltar que a comprovação adequada do vício é imprescindível, a fim de identificar a ocorrência do evento danoso ou lesivo ao consumidor. Nesse contexto, torna-se essencial estabelecer uma conexão causal entre o defeito e o prejuízo experimentado, independentemente da necessidade de demonstrar a culpa daquele que perpetrara o ato ilícito.

teoria do risco da atividade ou do negócio jurídico, no contexto da responsabilidade civil objetiva, estabelece que todo aquele que se engaja na oferta de produtos ou serviços no mercado assume o risco de causar prejuízos aos consumidores. Assim, diante da ocorrência do prejuízo, surge o dever de reparação, independentemente da comprovação de dolo ou culpa. Conforme expresso por Silva (2020, p. 36) *“de acordo com a teoria do risco da atividade aquele que coloca, mediante ganhos ou vantagens, alguém em risco, deve arcar com os danos decorrentes”*.

No que se refere às instituições financeiras e bancárias, devido à natureza lucrativa de suas práticas, é possível constatar a presença do risco. Portanto, a atividade por elas exercida é considerada arriscada, uma vez que existe a possibilidade de o empreendimento ocasionar danos e, inevitavelmente, a obtenção do lucro estará vinculada a tais possíveis prejuízos.

3.4 O ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor é uma legislação específica que busca regular as relações de consumo. Os novos preceitos estabelecidos por essa norma prevalecem

sobre leis gerais, pois trata-se de uma matéria singular e específica. As leis anteriores foram revogadas e só são aplicáveis quando houver compatibilidade expressa.

Da mesma forma, a responsabilidade objetiva consagrada no Código de Defesa do Consumidor estabelece um equilíbrio entre fornecedor e consumidor, atribuindo exclusivamente ao fornecedor a responsabilização pelos riscos. Além disso, destaca-se a possibilidade de responsabilidade solidária entre os membros da cadeia de produção do bem de consumo ou prestação de serviço.

No que diz respeito ao ônus da prova nas relações de consumo, a legislação consumerista é a principal fonte, sendo o Código de Processo Civil aplicado subsidiariamente. A vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência e o contexto específico do caso são elementos que influenciam na produção de provas. Isso significa que, em virtude do princípio da vulnerabilidade, o juiz deve presumir que o consumidor é a parte mais frágil na relação jurídica de consumo. Conforme estabelecido pelo artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I. reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

A hipossuficiência é um fenômeno jurídico que se refere à presunção da falta de recursos econômicos por parte do consumidor, o que o impede de arcar com os custos da produção de provas em um processo. Theodoro Júnior (2017, p. 445) argumenta que a hipossuficiência “trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica, seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor”.

Além disso, a verossimilhança das alegações é um aspecto crucial a ser avaliado pelo juiz, pois a partir dela são extraídos indícios factuais da veracidade dos fatos narrados. Embora não haja certeza absoluta sobre o que ocorreu, a análise do caso concreto fundamenta a presunção dos fatos.

Nesse contexto, torna-se imperativo ressaltar a existência do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece a latente possibilidade de se proceder à

inversão do ônus probatório. Essa prerrogativa, prevista na norma consumerista, consiste em uma medida excepcional, por meio da qual se desloca a incumbência da prova para a parte contrária ao consumidor, quando se evidenciam circunstâncias verossímeis que atestam a fragilidade do consumidor e sua incapacidade de arcar com o ônus probatório, ao passo que o fornecedor, por sua vez, detém maior capacidade técnica, econômica e informacional.

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...].

VIII. A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Além disso, impera salientar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 333, estabelece que o ônus da prova recai sobre o autor no que tange aos fatos constitutivos de seu direito, bem como sobre o réu quando há alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (BRASIL, 2015).

Destaca-se, outrossim, a existência de duas modalidades de inversão do ônus probatório, sendo uma delas de cunho legal e de caráter obrigatório, e a outra a critério discricionário do juiz. A primeira deriva de disposição legal específica, enquanto a segunda depende do entendimento do magistrado diante das circunstâncias apresentadas.

No âmbito das relações bancárias, verifica-se a ocorrência da inversão do ônus probatório, haja vista tratar-se de uma relação de consumo. Nesse contexto, quando o juiz se depara com fatos verossímeis e a hipossuficiência do consumidor, a incumbência de provar que as alegações do autor não são verídicas recai sobre as instituições financeiras.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NAS FRAUDES BANCÁRIAS NO ÂMBITO DIGITAL

O advento do meio digital no âmbito bancário trouxe consigo a promessa de praticidade, comunicação e interconexão para os usuários. No entanto, lamentavelmente, práticas ilícitas têm comprometido a integridade desse ambiente, tornando o consumidor ainda mais vulnerável na relação de consumo. É crucial destacar que o consumidor deposita sua confiança no fraudador, o que torna essencial o estudo aprofundado dessa temática, visando compreender os principais aspectos envolvidos.

Estudos revelam que, apesar dos expressivos investimentos em tecnologia por parte dos bancos visando a segurança, tais esforços têm se mostrado insuficientes diante do

crescimento exponencial de tentativas de fraude desde 2021. A maioria desses golpes não resulta de falhas ou invasões no sistema de segurança, mas sim da habilidade persuasiva dos fraudadores, os quais conseguem obter dados privados dos consumidores, que inadvertidamente fornecem acesso às suas contas bancárias (PORTAL R7, 2021, n. p.).

O avanço globalizado da tecnologia introduziu inúmeras vantagens e desvantagens nos serviços bancários. As vantagens são evidentes, como a possibilidade de abrir uma conta bancária sem a necessidade de comparecer fisicamente à instituição financeira, bem como a realização de transações financeiras, investimentos, negociações, transferências e muito mais. No entanto, as desvantagens surgem na forma de novos modelos de fraude que surgiram nesse sistema digital. Assim, é inegável que a internet aumentou a vulnerabilidade do consumidor.

No que diz respeito à responsabilidade civil dos bancos como prestadores de serviços na relação de consumo, a reparação dos danos causados aos consumidores é objetiva. A Súmula 479 do Supremo Tribunal de Justiça, um precedente qualificado, estabelece que "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

Nesse contexto, as fraudes e delitos que afetam o sistema bancário no meio digital, causando danos aos usuários e a terceiros, configuram-se como casos fortuitos internos, visto que representam riscos inerentes ao próprio empreendimento. Desse modo, a instituição financeira não pode se eximir da obrigação de indenizar. No entanto, caso a fraude tenha sido cometida pelo consumidor ou por terceiros, a responsabilidade civil da instituição bancária pode ser afastada.

Essa flexibilização ocorre porque o entendimento sumulado não se aplica quando a culpa recai exclusivamente sobre o consumidor ou outra parte, ou seja, a causalidade não engloba a atividade do fornecedor, neste caso a instituição financeira. Em última análise, na prática, o consumidor deve agir com cautela, uma vez que a responsabilidade objetiva das instituições dependerá das circunstâncias específicas de cada caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilização civil das instituições financeiras no que se refere à ilicitude das fraudes foi a temática abordada neste presente trabalho. A responsabilidade civil ocorre por meio de um estudo que visa identificar o indivíduo que praticou o ato ilícito, assim como, aclarar os elementos constitutivos da responsabilidade civil e as excludentes de ilicitude para que cada caso concreto seja analisado de acordo com a sua especificidade.

Constatou-se ao decorrer do trabalho que a lei consumerista é aplicada nas relações bancárias, uma vez que as instituições financeiras atuam no mercado de consumo como fornecedoras de prestação de serviço. Sendo assim, todas as proteções consumeristas são direcionadas às relações bancárias, como por exemplo, a inversão o ônus da prova, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do usuário – ora consumidor.

Identificou-se que toda ação que visa obter vantagem desonesta é enquadrada como fraude. O avanço da tecnologia colocou em evidência o tema das fraudes bancárias no âmbito *online*, desse modo, os bancos buscam informar os clientes dessas possíveis falcatruas, uma tentativa de evitar que os malfeitores tenham êxito em sua empreitada.

Dado o exposto, o esforço das instituições financeiras em evitar tais fraudes passou a ser reconhecido nos tribunais, motivando o entendimento dos magistrados – a depender do caso – reconhecer a culpa exclusiva do consumidor, que é entendido como responsável pelo zelo de seus dados pessoais.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 479, entendeu que as instituições financeiras devem responder objetivamente pelos danos gerados por fortuito em relação às fraudes financeiras e delitos praticados por outrem. Dessa forma, a responsabilização civil dos bancos tem sua ascendência quando há falha de deveres básicos contratuais de cuidado e segurança, principalmente, no que tange à falsificação de assinatura e segurança dos caixas.

Por fim, verificou-se que o judiciário aplica as normas consumeristas nas relações de consumo, contudo, é preciso ter cautela ao afirmar que a existência da fraude é suficiente, uma vez que é de extrema importância que a conduta do consumidor seja analisada, pois se seu ato contribuiu com a consumação da fraude, a responsabilidade civil pode ser afastada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Caroline Cassane. **A Responsabilidade Civil das Instituições Bancárias por Danos Causados ao Consumidor, pela Utilização Indevida, por Terceiro, de Cartão de Crédito, Débito ou Pix**. 2022. 53 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Campus Perdizes, São Paulo, 2022. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/31716>>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

CERDAS, Stephanie Karina Espinoza. Responsabilidad civil objetiva de la actividad bancaria frente al fraude informático (*phishing*). **Revista Derecho En Sociedad**: ULACIT, Costa Rica, v. 16, n. 2, p. 28-52, nov. 2022. ISSN 2215-2490. Disponível em: <<https://www.ulacit.ac.cr/wp-content/uploads/Revista-Derecho-en-Sociedad-16-2-1.pdf#page=31>>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

DAVIA, H.R; COGGINS, P. C; WIDEMAN, J. C. **Management accountant`s guide to fraud discovery and control**. Nova York: Wiley, 1992.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRABAN). **Banco sob medida**. Disponível em: <https://noomis.febraban.org.br/temas/banco-digital/banco-sob-medida>. Acesso em 30 de outubro de 2022.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRABAN). **Bancos Reforçam Conscientização Contra Crimes Cibernéticos na Pandemia. 2020**. Disponível em: <<https://febrabantech.febraban.org.br/temas/seguranca/bancos-reforcam-conscientizacao-contra-crimes-ciberneticos-na-pandemia>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Volume 3: Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil - Volume 4**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GONÇALVES, L. M. A. **Responsabilidade civil em casos de fraudes digitais no setor bancário**. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/17830/1/Monografia%20Final%20-%20Lucca%20Merhy%20Arruda%20Gonçalves.pdf>>. Acesso em 05 de outubro de 2022.

GONÇALVES, Lucca Merhy Arruda. **Responsabilidade civil em casos de fraudes digitais no setor bancário**. 2021. 77 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2021.

GRECO, M. A.; SILVA, I.G. M. da. **Relações jurídicas na sociedade informatizada**. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Volume 2**: Artigos 121 a 212 do Código Penal. 19. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022.

_____. **Falso Contato Telefônico**. Produção de Youtube. [S.I.]: Santander Brasil, 2017. Son., color. Disponível em: <<https://youtu.be/kq-ioChI2Xw>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

ONTIBÓN, Henry Alejandro Torres. **Fraudes Bancarios**: algunos fraudes financieros y riesgos asociados. [online]. Bogotá: Facultad De Ciencias Administrativas Económicas Y Financieras, Fundación Universitaria del Area Andina, 2022. Disponível em: <<https://digitk.areandina.edu.co/handle/areandina/4755>>. Acesso em: 20 de abril de 2023.

PEREIRA, Claudia Fernanda Aguiar; SILVA, Roberta. As fraudes bancárias e a Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras. **Revista JurisFIB**: Reflexões sobre o Direito, Bauru, v. 11, n. 11, p. 117-133, dez. 2020. ISSN 2236-4498.

SANTANDER BRASIL. **Envio de E-mail e SMS Falsos**. Produção de Youtube. [S.I.]: Santander Brasil, 2017. Son., color. Disponível em: <<https://youtu.be/TDEywB7UPQ0>>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

SILVA, Roberta da. **As Fraudes Bancárias e a Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras**. 2020. 68 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdades Integradas de Bauru, Bauru, 2020.

STJ. **Precedentes Qualificados**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=466&cod_tema_final=466>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil – Volume 4**: Responsabilidade Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VADE MECUM SARAIVA. **Vade Mecum: Saraiva** 2021. 32° ed. São Paulo: Saraiva S.A, 2021.

VILLAR, A. S. **A responsabilidade civil dos bancos por fraudes e delitos praticados por terceiros em operações bancárias.** Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/241116662/a-responsabilidade-civil-dos-bancos-por-fraudes-e-delitos-praticados-por-terceiros-em-operacoes-bancarias>>. Acesso em 15 de outubro de 2022.

ZANOCCHI, V. **Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras à Luz da Súmula 479 do STJ.** Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/responsabilidade-civil-financeiras-sumula-479-stj/>>. Acesso em 11 de maio de 2023.

A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR EM FACE DO CRESCIMENTO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO PÓS PANDEMIA DA COVID-19

ELKE VIEIRA DA SILVA:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi –
UnirG⁵⁴.

ADRIANO FERNANDES MOREIRA⁵⁵

(orientador)

RESUMO: O comércio eletrônico, passou a ser a alternativa principal para aquisição de bens para a população que estava em isolamento social, total ou parcial. Produtos de primeira necessidade, como bens de consumo, até roupas, calçados, eletrodomésticos e serviços, passaram a ser adquiridos através da internet. Consumidores que nunca tinham tido a experiência com compras digitais, foram obrigados a experimentar essa opção de comércio e suas benesses. Frente a esse cenário, essa pesquisa teve o objetivo de analisar a proteção ao consumidor em face do crescimento no comércio eletrônico pós pandemia da COVID-19. No campo metodológico, tratou-se de uma revisão bibliográfica, cuja fonte de material foram as bases de dados do Google Acadêmico, Scielo, além de livros, periódicos, doutrinas jurídicas e jurisprudência nacional. Nos resultados, foi possível verificar que o Código de Defesa do Consumidor traz ampla proteção acerca da onerosidade excessiva, perfeitamente aplicável em contexto pandêmico, tendo em vista que diversos contratos foram afetados economicamente pela pandemia. De qualquer forma, fica claro observar que os problemas advindos do comércio eletrônico não acabaram após a pandemia. Ainda que no seu período mais crítico ela tenha se tornado uma importante ferramenta, os perigos encontrados nela ainda se fazem presente.

Palavras-chave: Consumidor. Pandemia. Comércio. Internet.

CONSUMER PROTECTION IN THE FACE OF GROWTH IN POST PANDEMIC E-COMMERCE COVID-19

ABSTRACT: Electronic commerce became the main alternative for the acquisition of goods for the population that was in social isolation, total or partial. First -need products, such as consumer goods, even clothing, shoes, appliances and services, were acquired through the internet. Consumers who had never had the experience with digital purchases were forced to try this option of commerce and their benefits. Faced with this scenario, this research

⁵⁴ E-mail: elkevieira12@gmail.com.

⁵⁵ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: afmafmaf@hotmail.com.

aimed to analyze consumer protection in the face of growth in post pandemic e-commerce COVID-19. In the methodological field, it was a bibliographic review, whose source of material were the databases of Google Academic, Scielo, as well as books, journals, legal doctrines and national jurisprudence. In the results, it was possible to verify that the Consumer Protection Code brings wide protection about excessive burdens, perfectly applicable in pandemic context, given that various contracts were economically affected by the pandemic. Anyway, it is clear that the problems arising from e-commerce did not end after the pandemic. Although in its most critical period it has become an important tool, the dangers found in it are still present.

Keywords: Consumer. Pandemic. Business. Internet.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Avanços tecnológicos nas relações de consumo. 4. Contextualização da temática. 5. Comércio eletrônico pós pandemia da Covid-19: consequências jurídicas. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Inúmeras pesquisas têm demonstrado a importância que o *e-commerce* vem adquirindo ao longo dos últimos anos. A grande circulação de bens e serviços em transações pela internet se tornou um forte fator de propensão ao desencadeamento de lides, as quais, pela natureza tecnológica do novo meio envolvido, demandam um posicionamento do Poder Judiciário Brasileiro.

A compra e venda de produtos e serviços na internet, ao qual se define como sendo o comércio eletrônico é uma realidade cada vez mais presente. E isso se ampliou ainda mais com a pandemia da Covid-19 surgida no fim de 2019. A título de exemplo, o comércio eletrônico cresceu 41% em vendas no Brasil em 2020, quando comparado ao ano anterior, atingindo a marca recorde de 87,4 bilhões de reais em vendas (TOMÉ, 2021). Segundo a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), a participação do e-commerce no faturamento total do varejo, passou de 5% no final de 2019 para um patamar acima de 10% em alguns meses de 2020.

Frente a essa nova realidade, é importante analisar como essa nova forma de relação de consume pode afetar o consumidor, considerado a parte mais vulnerável nesse tipo de relação.

Nesse aspecto, é importante analisar o posicionamento do Código de Defesa do Consumidor, que se posiciona quando se encontra alguma irregularidade ou abuso praticados pelas partes. Nesse sentido, ainda que o mesmo não tenha explicitamente

regulado essa situação, é mister necessário observar o seu posicionamento e sua previsão jurídica para a resolução de eventuais problemas advindos dessa realidade.

Discutir abertamente essa temática vem de encontro a satisfazer não apenas o entendimento de uma sociedade interligada pelos meios digitais, mas, sobretudo, esclarecer quaisquer dúvidas da efetivação de compras e vendas pela internet, uma vez que essas medidas vêm se tornando uma prática comum pelos cidadãos.

Frente ao exposto, o presente estudo procurou responder a seguinte questão: qual o impacto que o comércio eletrônico possui pós pandemia da Covid-19 na relação de consumo? Assim, essa pesquisa se objetivou em analisar a proteção do consumidor diante do comércio eletrônico na pós pandemia da Covid-19. Buscou-se com esse tema, entender possíveis irregularidades contra o consumidor e verificar quais ações jurídicas e sociais podem ser realizadas para prevenir e punir os responsáveis.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto (MARCONI; LAKATOS, 2017).

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, no mês de fevereiro de 2023.

3. AVANÇOS TECNOLÓGICOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Uma das questões mais discutidas na sociedade moderna é o impacto que as tecnologias digitais têm causado. Os aparatos tecnológicos modernos e atuais tem sido implantado em todos os níveis sociais e culturais. Nos dias de hoje, dificilmente uma comunidade não esteja interligada a algum aparelho digital. Dessa forma, evidencia-se que a internet, em muito alterou as relações humanas em todas as esferas (familiares, profissionais, sociais, etc.). (PESCADOR; VALENTINI, 2019)

De todo modo, o que se tem notado atualmente é que a sociedade está inteiramente ligada aos avanços que a Era Digital tem proporcionado. Ela tem impacto a rotina de cada um, influenciando diversas áreas das Ciências, Educação e também do Direito. No contexto atual, a tecnologia e tudo a que a abrange está inserida no cenário jurídico. Advogados, promotores, juízes, e todos os demais membros dessa área estão nos dias de hoje utilizando de mecanismos digitais para a realização de suas atividades (MENEZES, 2019).

Neves (2021) ao comentar sobre essa questão, aduz que diversos aparelhos eletrônicos, tais como computadores, laptops, celulares, dentre outros, são ferramentas cada vez mais comum na sociedade. São utilizados para o trabalho, para as tarefas domésticas, para o relacionamento pessoal, para a comunicação e troca de informação. E também são utilizados como forma de consumo, cenário principal desse estudo.

O mercado virtual vem ao longo das últimas décadas se expandindo ao ponto de ser um dos principais meio de compra do consumidor. Cada vez mais se realiza compras online; seja de produtos eletrônicos, livros, materiais de limpeza, papelaria, vestuário, etc., se compram cada vez mais em serviços online do que em lojas físicas.

No entanto, quem comercializa produtos ou serviços, sabe que nem sempre as negociações são diretas de modo que o cliente compre, pague e se satisfaça com o produto adquirido. Dentre os diversos motivos para que problemas ocorram, o destaque aparece por arrependimentos de compradores, defeitos, inadequação com o produto anunciado, entre outros (OLIST, 2015).

Por conta disso, em razão do acelerado crescimento do mercado de compras online, tem-se levado a longas discussões jurídicas, acerca de que leis seriam eficazes para regulamentar este mercado e oferecer maior segurança para os usuários, ou seja, os compradores finais, extremamente vulneráveis nas chamadas compras não presenciais (CESAR, 2012).

Cabe lembrar que o consumidor é considerado a parte mais frágil numa relação de consumo. Por essa razão, o Estado tem promulgado meios de proteção a esses indivíduos, uma vez que na relação de consumo (fornecedor e consumidor) essa parte é a que mais está sujeita a sofrer atos ilícitos e prejuízos financeiros e morais (CESAR, 2012).

Nesse ponto, Lima (2022) aponta que numa relação de consumo, principalmente quando se está no campo digital, é preciso que o Princípio da Igualdade seja observado. Como bem explica o autor, tal princípio busca trazer um tratamento igualitário a todas as partes, ou seja, tem-se a procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco.

De acordo com Lopes (2018, p. 01) a parcela da população que detêm a “maior parte das riquezas já acessa a internet, e uma crescente porcentagem desta parcela já realiza transações comerciais pela grande rede, com significativa e crescente expressão econômica”.

Devido a isso, é grande o número de indivíduos que formalizam negócios por meio de contratos virtuais. A respeito de contrato, tem-se:

Pode-se considerar o contrato como um conciliador dos interesses, colidentes, como um pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E, para avaliar-se de sua importância, basta dizer que debaixo deste ponto de vista, o contrato corresponde ao direito, substitui a lei no campo restrito do negócio por ele regulado (BRASIL, 2009, p. 01).

Assim, “a contratação eletrônica paulatinamente se incorpora aos costumes da sociedade atual, de modo que já é possível celebrar contratos através de meio eletrônico para adquirir qualquer produto ou serviço, por exemplo” (LEAL, 2017, p. 01). Os contratos eletrônicos possuem características que lhes são próprias e que, portanto, diferenciam-se dos demais contratos.

No entendimento de Gonçalves (2018, p. 61) “contrato eletrônico deve ser entendido como aquele celebrado com a utilização de programas de computador ou aparelhos com tais programas”. Nesse mesmo entendimento, encontra-se:

O comércio eletrônico pode ser definido no sentido amplo como a compra e venda de quaisquer bens, produtos ou serviços que tenham sido ofertados, solicitados, enviados ou pagos por meio da Internet. No sentido restrito no âmbito do direito do consumidor, é entendido como a compra e venda via Internet entre fornecedor e consumidor (MATTOS, 2019, p. 30).

O comércio eletrônico é uma realidade cada vez mais presente na sociedade moderna. As relações de consumo ainda continuam como sempre foram, mas se modernizaram e se tornaram mais amplas. Nos dias atuais, não há necessidade, por exemplo, de “sair de casa” para comprar. Basta apenas um clique num celular ou computador para que uma compra seja realizada (LIMA, 2022).

No entanto, alguns questionamentos surgem na abordagem dessa nova realidade. Com a enorme circulação de bens e serviços em transações pela internet, esse fato tem desencadeado um aumento significativo de lides, as quais demandam um pronunciamento do Poder Judiciário a respeito da matéria.

Essa questão tomou uma proporção ainda maior com o processo de superação da pandemia global provocada pela Covid-19. Sobre esse contexto, importante explicá-lo no tópico seguinte.

4. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEMÁTICA

Para discorrer sobre o tema em questão, se faz necessário discorrer em linhas gerais o cenário complexo ao qual as relações de consumo na internet se modificaram. Nesse sentido, nesse tópico será abordado sobre a Covid-19 que causou uma pandemia global.

A Covid-19 é um termo criado para representar uma infecção respiratória aguda oriunda do coronavírus SARS-CoV-2, que pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae. É considerada uma doença, pela qual é verificada uma taxa expressiva de transmissão entre os indivíduos. Originalmente, essa doença surgiu na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China em meados do fim de 2019 (SPADACIO; ALVES, 2020).

De acordo com Wray (2023) o vírus da Covid-19 pode ter vazado de um possível incidente em um laboratório chinês, localizado em Wuhan. Vilardaga (2020) por sua vez explica que a expansão do contágio da Covid-10 se deu por meio da população humana pelo menos duas vezes durante um período de aproximadamente duas semanas no mercado de Huanan, em associação com comércio de animais vivos, em especial de morcegos.

De qualquer modo, o governo chinês nega essas teorias, o que deixa em vago o real fator de surgimento do presente vírus. Apesar disso, uma coisa é fato: a Covid-19 saiu de Wuhan, expandiu-se no território Chinês e se espalhou pelo mundo, causando assim uma pandemia global (WRAY, 2023).

A forma como essa doença é transmitida se dá de vários modos, sendo os principais: contato (feito pelo contato direto com um indivíduo contaminado), gotículas (feito por meio da exposição a gotículas respiratórias expelidas, contendo o vírus, por quem já está contaminado) e por aerossol (gotículas pequenas que contenham o vírus e que podem permanecer suspensas no ar). (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020).

Os danos direitos causados pela Covid-19 também são variados, indo desde o surgimento da Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). Os seus sintomas mais frequentes são febre, vômito, sono, dentre outros (SOUZA, 2022).

O que se tem de fato é que desde o seu surgimento, a pandemia provocada pela Covid-19 trouxe efeitos nefastos à sociedade global. Milhares de pessoas foram (e ainda são) mortas em virtude dessa doença. A título de exemplo, em pesquisas atuais, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulgou dados que mostram que a pandemia da Covid-19 já matou 6,8 milhões de pessoas e teve 759 milhões de contaminações em todo o mundo. No Brasil, já causou 699 mil mortes e 37 milhões de casos (COIMBRA, 2023).

Na busca pela prevenção do contágio, diversas medidas foram tomadas. Dentre as principais se destacam a higienização das mãos, deixar os ambientes bem ventilados sempre que possível, evitar aglomerações e reduzir ao máximo o contato próximo com muitas pessoas, principalmente em espaços fechados e uso de máscaras (SOUZA, 2022).

Por conta desse cenário, a sociedade como um todo teve que se readaptar a uma nova realidade: o isolamento social. Medida principal para que a Covid-19 não se espalhe ainda mais, nos anos de 2020 a 2021 (pico maior da doença) o isolamento e distanciamento social foram as medidas mais urgentes e necessárias para conter a expansão do vírus (TEIXEIRA, 2020).

Em razão disso, escolas, indústrias, empresas de todos os ramos e demais estabelecimentos foram fechados, trazendo danos financeiros. Além disso, hospitais ficaram sobrecarregados de pacientes por conta da transmissão do vírus. Ou seja, a pandemia gerada pela Covid-19 impactou sobremaneira a sociedade (TEIXEIRA, 2020).

Nesse período, por estarem estabelecidos em casa, muitas pessoas acabaram por realizar compras de toda ordem por meio do comércio eletrônico. Foi justamente no decorrer da pandemia e no ápice do isolamento social, que as compras realizadas pela internet viveram um verdadeiro 'boom'.

O comércio eletrônico no período pandêmico foi a solução mais prática e rápida que a população encontrou para poder adquirir produtos e serviços. Como exemplo, em pesquisa realizada por Nielsen (2020), notou-se um aumento acima da média no e-commerce brasileiro, como resultado da inserção de novos consumidores no mundo digital após as medidas de isolamento social causadas pela pandemia da Covid-19 no Brasil.

Diante desse panorama, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC (2020) realizou um levantamento onde mostrou um crescimento no número de lojas online a nível global. No Brasil, ele alcançou 40% em relação ao ano de 2019, enquanto no primeiro semestre de 2021 houve uma variação de apenas 22,1% de crescimento sobre esse número. Dessa forma, interpreta-se que há uma evidente relação entre a pandemia da Covid-19 e o crescimento no número de consumidores e de lojas online.

De acordo com Nielsen (2020), o crescimento nas transações online nesse período ocorreu em decorrência de dois fatores: primeiro - a ampliação da segurança nas relações virtuais, proporcionando maior confiabilidade por parte dos usuários; segundo - a otimização e agilidade na seleção dos produtos, principalmente para pessoas que têm uma rotina diária acelerada e uma agenda cheia, de modo que as mesmas consigam realizar suas compras por meio de tablets, smartphones e notebooks.

Assim, fica claro observar que se por um lado a pandemia gerou tantos danos negativos a uma sociedade, ela também trouxe um crescimento ao comércio eletrônico. Nos dias atuais, a pandemia já está “controlada”, grande parte devido à vacinação. Mesmo que ainda não se tenha a cura para a doença, fato é que a sociedade já voltou a sua rotina.

Com esse novo cenário, é natural que se estude os efeitos que esse período trouxe para todos. No caso em destaque, apesar de seu crescimento e eventual lucro, encontrou-se situações onde o consumidor foi prejudicado pelo comércio eletrônico.

A respeito dos efeitos da pós pandemia sobre esse tema, apresenta-se o tópico seguinte.

5. COMÉRCIO ELETRÔNICO PÓS PANDEMIA DA COVID-19: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Um dos grandes pontos nessa discussão recai sobre a validade desses contratos. Como elucida Lopes (2018, p. 02) a validade jurídica dos contratos celebrados pela internet ainda é “extremamente questionada, e até desconsiderada por alguns, em razão da impessoalidade do meio e da volatilidade do suporte eletrônico”.

Outra questão se refere ao reconhecimento das partes, do qual:

Quanto à questão da identificação das partes, a dificuldade está em precisar que os celebrantes são de fato quem dizem ser, pois a internet é um espaço virtual no qual ainda é relativamente fácil exercer o anonimato ou a fraude, vez que a forma como é disponibilizada e utilizada atualmente permite a exploração de algumas falhas em termos de identificação dos usuários, o que é extremamente nocivo para a formação de um pacto (LOPES, 2018, p. 02).

Com essas questões, além de outras, é sabido que a contratação por meio eletrônico existe há bastante tempo no Brasil e que ainda não encontra uma legislação específica que discipline o tema. Dessa forma, surge a dúvida de quais dispositivos legais seriam aplicáveis em caso de uma lide. Alguns apontam o Código Civil, outros defendem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, alguns usam os dois.

De qualquer forma, a depender do caso concreto, usa-se o Código de Defesa do Consumidor, vide o fato de que se estar a se falar em relação de consumo, onde há consumidor e o fornecedor, portanto, amparado pelo retro Código.

(...) é possível adequar de forma satisfatória as relações virtuais às atuais leis brasileiras, eis que os contratos pela internet se formam da mesma forma que os contratos tradicionais (negociações preliminares, proposta, aceite), sendo que a única diferença entre ambos é o meio por onde se desenvolvem. Por esta mesma razão o comércio eletrônico também se submete às disposições do Código de Defesa do Consumidor, sem maior esforço hermenêutico, o que é ponto pacífico na doutrina brasileira (BITTAR, 2013, p. 20).

Neste cenário, é necessário mencionar a Teoria do Diálogo das Fontes. A presente teoria do diálogo das fontes surge como uma nova ferramenta para o intérprete do direito, pois, perante às numerosas normas existente no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes vê-se diante de leis contraditórias e conflitantes entre si, e os critérios tradicionais podem não ser suficientes para superar essas antinomias (MORAES, 2018).

A teoria do diálogo das fontes é uma formulação teórica relativamente nova que foi apresentada no ano de 1995, e tem como nome expoente no Brasil, Cláudia Lima Marques, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Trata-se de uma nova visão na realização e aplicação do direito para a solução orientada de possíveis conflitos de leis que possam surgir, diante do número de leis que se tem atualmente, no intuito de proteger os direitos fundamentais (MORAES, 2018).

Dessa forma, a teoria pode ser entendida como:

[...] coloca em voga a possibilidade de as leis não serem aplicadas de forma isolada, devendo buscar uma coexistência ou convivência entre essas normas. Será analisado, *a priori*, o método capaz de conciliar a aplicação de diferentes normas para um único fato, podendo ocorrer ora predominância de uma norma sobre a outra ora a aplicação concomitante de duas ou mais normas (MORAES, 2018, p. 02).

O Direito, como se sabe é representado por um agrupamento de normas de conduta que rege a sociedade e que tem força coativa, ou seja, punição para quem não as cumpre. A palavra fonte é proveniente do latim *fons*, que significa nascente, manancial; o objetivo é indicar onde o direito nasce (FIUZA, 2004).

O art. 4º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) dispõe que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Evidentemente a lei é a primeira fonte de direito, todavia, a legislação brasileira admite a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Historicamente, a teoria do diálogo das fontes foi apresentada no ano de 1995, na cidade de Haia, na Holanda, pelo jurista alemão Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (MORAES, 2018).

O ideal básico que se pretende alcançar por essa teoria é que “as normas jurídicas não se excluem simplesmente por pertencerem a ramos jurídicos distintos, mas, ao contrário, elas se completam, aplicando assim a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico” (MARQUES, 2012, p. 121).

Essa teoria visa introduzir um método diferente do tradicional (*Conflito de Leis no Tempo*), transformando a aplicação das leis de forma simultânea e coerente. É um novo método de solução das contradições, diferente daqueles critérios clássicos de solução de antinomias estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Destarte, pode-se citar como uma das primeiras justificativas no intuito de fundamentar a aplicação dessa teoria a funcionalidade, visto a enorme quantidade de leis causando confusão no aplicador do Direito, surge essa teoria com sentido diante de tanta complexidade (MORAES, 2018).

No ordenamento jurídico brasileiro, a única forma expressa de se considerar essa teoria do diálogo das fontes é o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a proteção das relações de consumo e estabelece em seu art. 7º que:

Art. 7º Os direitos previstos neste código **não excluem** outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. (BRASIL, 1990).

O artigo mencionado evidencia uma cláusula de abertura deste microsistema (Código de Defesa do Consumidor), cumprindo também o próprio mandamento constitucional de proteção ao consumidor, (art. 5º, inciso XXXII).

Fica evidente a proteção especial com a figura do consumidor, este considerado economicamente mais vulnerável. Assim sendo, sempre que uma lei assegurar um direito ao consumidor, esta poderá ser aplicada de forma conjunta com o Código de Defesa do Consumidor, ocorrendo, desse modo, a efetivação da teoria do diálogo das fontes.

Entende-se, portanto, que essa possibilidade de diálogo das leis se transforma em uma eficaz regra de interpretação que visa adequar as leis a uma realidade vivenciada em determinadas circunstâncias.

Voltando a discussão central, fica nítido constatar que os operadores do Direito não podem ignorar essa realidade, a Era da Informática está presente em todos os lugares e exige uma adaptação e adequação a sua sistemática. A crescente relevância social que o comércio eletrônico vem adquirindo, mostra que as relações de consumo também vêm se alterando, exigindo assim do Direito, meios jurídicos de proteção e garantias a essa realidade.

Segundo Soares (2022) com a compreensão de determinados fenômenos, a praticidade e alta demanda das relações consumeristas pelo meio eletrônico suscitou um aumento de dívidas, gerando lides resultantes desses liames comerciais, o que levou a uma fragilidade legal, por se tratar de uma forma inusitada de relação jurídica, onde propicia fraudes e ilicitudes para com os mais vulneráveis.

A supracitada autora acrescenta que cláusulas abusivas nos contratos bancários, eletrônicos dentre outros, são bem comuns. O desrespeito e a falta de fiscalização efetiva geram, principalmente, para as pessoas hipervulneráveis, que não tem conhecimento sobre as cláusulas contratuais e suas ramificações, um prejuízo do qual, sem ajuda jurídica e/ou judiciária não conseguem resolver e pagar suas dívidas ou exigir e cobrar os seus direitos (SOARES, 2022).

Há nesse contexto o superendividamento. A Lei nº 14.871/2021 define como superendividamento a situação em que o consumidor de boa-fé assume sua impossibilidade de arcar com todas as dívidas que contraiu, sem comprometer o mínimo para sua sobrevivência.

Ao discorrer sobre essa Lei, Schreiber (2022) explica que uma das razões para o surgimento dessa norma se deu pelo fato de que a publicidade massiva, a oferta de crédito *on-line*, a facilitação da compra de produtos e da aquisição de serviços por meio da internet e por aplicativos em celular, tudo isso estimula o consumo por uma população que, em sua maioria, sofre com baixos níveis de renda, escassa educação financeira e necessidades muito imediatas. O reflexo natural disso é o aumento dos níveis de endividamento dos brasileiros.

Essa realidade ficou ainda mais evidenciada com o surgimento da pandemia provocada pela Covid-19 que estimulou as compras realizadas pela internet. Isso fez com que apesar de seus benefícios, também se tornasse palco para o cometimento de inúmeros delitos em desfavor dos consumidores.

A título de exemplo, um tema bastante recorrente para os consumidores que recorrem às compras virtuais diz respeito ao arrependimento. Com a pandemia, muitos indivíduos passaram a fazer compras sem sair de casa. Além de ser uma medida de prevenção ao contágio do vírus, também se tem a comodidade e o fato de que os preços do comércio online (e-commerce) também se mostraram mais vantajosos do que nos estabelecimentos físicos (JUNIOR; JUNIOR, 2022).

Devido a isso, o consumo no comércio virtual vem numa crescente cada vez maior de uso. Diariamente são feitas milhares de compras pela internet dos mais variados produtos. Ocorre que nessa situação nem sempre o produto comprado é o mesmo visualizado virtualmente ou simplesmente o cliente não deseja mais adquiri-lo. Surge aí o arrependimento.

Essa questão é abordada no próprio Código de Defesa do Consumidor que tem traz o seguinte texto:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.(BRASIL, 1990).

Conforme exposto, o consumidor tem o direito de desistir da compra apenas quando ela foi feita de forma não presencial. Ou seja, fora do estabelecimento físico. O prazo, conforme mencionado pela lei, é de sete dias, contados do recebimento do produto ou da prestação do serviço. Ademais, o parágrafo único bem preconiza que os valores já quitados serão restituídos de forma integral (BRASIL, 1990).

Ainda que o artigo em destaque não mencione as compras pela internet, esse meio também integra o conceito 'fora do estabelecimento'. O referido diploma legal não faz menção à internet porque é anterior à disseminação online que o mundo vive hoje. Entretanto, as compras feitas pela internet se tornaram os principais alvos do direito de arrependimento, atualmente (CASTRO, 2019).

No mais, destaca-se a jurisprudência aferindo as afirmativas acima:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. PACOTE DE VIAGEM. **DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ARTIGO 49 DO CDC.** RESTITUIÇÃO INTEGRAL DA COMPRA. DEVOUÇÃO EM DOBRO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO PROVIDO. 1. A relação jurídica estabelecida entre as partes litigantes é nitidamente de consumo, onde a parte autora figura como consumidor e as requeridas como prestadoras de serviços, devendo a matéria ser apreciada sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (CDC). 2. **É cabível a devolução integral do valor pago quando a compra é feita à distância, fora do estabelecimento comercial, caso em que o consumidor tem até 7 dias para expressar seu desejo de arrependimento.** 3. Considerando a conduta em não devolver integralmente os valores despendidos, tem-se a presença dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil e, por consequência, o dever de indenizar em dobro, nos termos do art. 42, em seu parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 4. A não devolução imediata de valores após o exercício do direito de arrependimento, na forma do art. 49, parágrafo único do CDC, **além de desgaste, ocasiona no consumidor os sentimentos de impotência e frustração, o que enseja o dever de indenizar.** 5. Recurso conhecido e provido (TJTO, Apelação Cível, 0013566-73.2020.8.27.2722, Rel. ANGELA ISSA HAONAT, 5ª TURMA DA 1ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 17/08/2022, DJe 24/08/2022). (grifo meu)

Com o passar do tempo, como já mencionado anteriormente, a pandemia foi diminuindo, ao passo que a Covid-19 já esteja controlada em grande parte do mundo. Na área em destaque, os seus efeitos ainda são sentidos, uma vez que é possível verificar na jurisprudência brasileiras, lides que mostram como as empresas de e-commerce ainda tentam sabotar seus clientes.

Dentro do rol desses casos, cita-se como exemplo, as vendas externas, em que o fornecedor se dirige à residência do consumidor ou ao seu local de trabalho; as contratações por telefone ou telemarketing; as compras por correspondência e as aquisições pela TV ou qualquer outro meio eletrônico (CASTRO, 2019).

A respeito de todos esses casos, é importante lembrar que os contratos pactuados pela internet estão sujeitos à aplicação tanto do CDC, como também do Código Civil e do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Esta última legislação, em vigor desde 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e surgiu

justamente para reforçar a aplicação do CDC nas relações online. Isso está preconizado no art. 7º, XIII, da referida legislação (CASTRO, 2019).

Quando do recebimento do produto ou do início da prestação de serviço, é que nasce a possibilidade da frustração amparada pela lei, ou seja, o que de fato se apresenta, diverge do contratado ou adquirido. Sobre essa situação, cita-se o presente julgado:

RECURSO INOMINADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVOLUÇÃO DE PRODUTO. AUSÊNCIA DE RESSARCIMENTO NAS VIAS ADMINISTRATIVAS. TENTATIVA DE RESOLUÇÃO DO IMBRÓGLIO ADMINISTRATIVAMENTE SEM CONCLUSÃO. DESCASO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA E-COMMERCE. ART. 3º E 14 DO CDC. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (TJTO, Recurso Inominado Cível (DISTRIBUIÇÃO INTERNA), 0008203-17.2019.8.27.9100, Rel. LUCIANA COSTA AGLANTZAKIS, SEC. 1ª TURMA RECURSAL, julgado em 03/02/2021, DJe 11/02/2021). (grifo meu)

No caso acima, cinge a controvérsia sobre danos morais e materiais oriundos da falha na prestação do serviço, em que alega a parte recorrida-autora que realizou compra de 1 kit de 06 Câmeras, no valor total de R\$1.599,99 (um mil quinhentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos) através do site da recorrente, sendo o pagamento devidamente. Ocorre que realizou o cancelamento da compra com a devida devolução do produto, conforme orientado pela parte recorrente.

Assim sendo, fora devolvido o valor para a conta mercado pago do recorrido, mas que os valores sumiram de sua conta, mesmo após o recebimento do produto devolvido. No entanto, mesmo após inúmeros e-mails trocados, passados mais de 01 (um) mês não havia sido devolvido o valor - até mesmo a apresentação da presente demanda.

Assim sendo, constata-se de fato falha na prestação do serviço ao passo que a demora na devolução e resolução do valor que 'sumiu' de sua conta evidencia grave falha na prestação de serviço, em que mesmo atuando o mercado livre como *market place*, ainda responde objetivamente pelos produtos inseridos em sua plataforma e disponível aos consumidores.

Conforme mostrado na ementa, restando evidenciado o descaso provocado pela demora na solução do impasse, bem como em devolver valor já devidamente pago, devidos os danos morais e materiais arbitrados pelo magistrado *a quo*, estando em

consonância com julgados análogos por esta turma, não merecendo qualquer reparo a sentença objurgada.

Em outro caso, apresenta-se:

CONSUMIDOR. E-COMMERCE - PLATAFORMA DE INTERMEDIÇÃO DE VENDA DE REFEIÇÕES. RECUSA REITERADA DE VENDA DE PRODUTO MEDIANTE PRONTO PAGAMENTO - FORTUITO INTERNO - SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLA O MERO ABORRECIMENTO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Dispõe o Código de Defesa do Consumidor: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais. (art. 39, IX do CDC). [...] 5. Embora não esteja configurada a violação dos atributos da personalidade na sua concepção clássica **é de se reconhecer a situação vexatória a que foi submetido o consumidor, que nesse caso se revelou pela impossibilidade de adquirir produtos na modalidade delivery no auge da Pandemia de Covid-19 no ano de 2020, mediante compras na maior plataforma desse seguimento. Portanto, ultrapassados os meros dissabores do cotidiano.** 6. Com esse contexto, agravado pelo descaso no atendimento do justo reclame do consumidor, tenho que a fixação de danos morais no valor de R\$ 1.500,00 se mostra suficiente para reparar o dano e também para servir de referência para que fatos dessa natureza não se repitam. 7. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (07102606820208070020 - (0710260-68.2020.8.07.0020 - Res. 65 CNJ) TJDF. Terceira Turma Recursal. Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA. Data do Julgamento: 24/03/2021. Publicado no DJE: 07/04/2021).

No caso acima, restou provado nos autos que o consumidor, após não reconhecer uma compra realizada na plataforma de venda online *iFood*, realizada com a utilização indevida de seu cartão de crédito, se viu privado de realizar novas compras. Inobstante os reclames do consumidor nos canais disponibilizados na plataforma e também no site CONSUMIDOR.GOV, a situação se perdurou até o ajuizamento da citada demanda. Com isso, ficou claro que o consumidor ficou impossibilitado de comprar novos produtos de modo delivery justamente no período de pandemia, acarretando eventuais prejuízos de ordem financeira e moral.

Nota-se que nos casos citados neste estudo, é possível verificar que os Danos Morais são previstos nos casos onde o consumidor sofre algum abalo emocional ou psíquico numa compra online. Da mesma forma, que as empresas de e-commerce respondem pela Responsabilidade Civil objetiva.

Diante de uma realidade ainda muito presente, mesmo passado o ápice da pandemia, é preciso que a comercialização online se torne mais segura para a população. Nesse ponto, algumas ações governamentais surgiram ao longo dos últimos anos na busca de frear esses danos.

Como exemplos, foram criadas plataformas de solução de conflito de consumo, na busca de soluções mais rápidas e eficazes, como exemplo, “Reclame Aqui” e “consumidor.gov”. A primeira é um site que tem o propósito de auxiliar os consumidores que tiveram problemas com suas aquisições, a manifestarem sobre possíveis danos sofridos na relação de consumo, de forma que a avaliação feita após resposta do fornecedor, serve de métrica para outros consumidores comprarem ou não com o prestador (KHOUR, 2020).

Já o “consumidor.gov” é monitorada pela Senacon (Secretaria Nacional do Consumidor) criada pelo Ministério da Justiça, Procons, Ministérios Públicos e pelas avaliações da sociedade, semelhante à forma que funciona o “Reclame Aqui”. Nesse aspecto, é possível evidenciar congruências das duas plataformas de comunicação entre consumidores e fornecedores, mas, no caso do “consumidor.gov.br”, existe o respaldo da análise do Estado (KHOUR, 2020).

Ribas (2018) acredita que o uso das plataformas mencionadas é de extrema relevância, porque elas fornecem a base da experiência de consumidores reais, o que garante a informações realistas aos consumidores que utilizam esses dados para futuras aquisições.

No entendimento de Junior e Junior (2022) a ausência de uma lei específica que aborde esse tema não é um problema. Para os autores, não é eficaz a criação de uma legislação específica sobre comércio eletrônico, haja vista que o próprio uso da tecnologia, através das plataformas citadas, bem como o uso de cláusulas gerais, seja a melhor opção.

Entretanto, segundo o prof. Adriano Fernandes Moreira (2015) em sua obra “*A abusividade das práticas comerciais e da publicidade na prestação de serviços gratuitos pelo Google*” há uma vulnerabilidade dos consumidores na internet, o que acaba abrindo espaço para a violação também da vida privada.

O supracitado professor em sua obra cita o renomado autor Ricardo Lorenzetti (2004) ao qual explica a forma como as regras presentes no mundo real podem ser aplicadas ao cenário virtual. Para esse autor há três posicionamentos. O primeiro – base ontológica – a qual ele critica, entende que o Direito real não possui capacidade para regular o mundo da internet, não possuindo muitas funções nesse contexto.

No segundo entendimento – instrumental – entende que as leis digitais são compostas pelas regras do Direito comum, cujos conflitos são semelhantes, onde é preciso reconhecer um espaço público virtual, que permite a aplicação do Direito. No terceiro entendimento, este defendido por Lorenzetti (2004), entende-se que a “ancoragem” possibilita o reconhecimento e estudo do novo, mas sem desgarrar-se dos valores e clareza e rigor das normas.

De qualquer forma, fica claro observar que os problemas advindos do comércio eletrônico não acabaram após a pandemia. Ainda que no seu período mais crítico ela tenha se tornado uma importante ferramenta, os perigos encontrados nela ainda se fazem presente. Por conta disso, o uso de plataformas de reclamação, bem como a busca por indenização pelo Poder Judiciário são as melhores opções para resolver e prevenir eventuais prejuízos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a Revolução Industrial ocorrida no século XIX, o mundo vem se transformando de forma bastante rápida e intensa em todas as áreas. Seja no campo da cultura, da educação, da política, do social e principalmente da tecnologia, o mundo vem se tornando cada vez mais interligado e globalizado.

Por conta dessas últimas mudanças, a mais impactante certamente tem sido a tecnológica. Do surgimento do computador até a entrada da internet, o mundo se tornou em um espaço virtual e territorial.

Fruto dessa tecnologia pode ser encontrado no computador, em especial na internet. O Direito, uma ciência puramente social e que deve sempre caminhar com a evolução humana, tem de estar sempre atenta para as novas formas de vida humana.

Dentre as várias situações encontradas pelo uso da internet, tem-se o comércio eletrônico. Estabelecido sempre de rápida e prática, o comércio eletrônico é realizado por meio da internet, trazendo ao contexto jurídico um fato novo, que ainda tem gerado controvérsias e adaptações.

A compra ou venda por meio eletrônico é relativamente recente no Brasil, por esta razão, existem algumas lacunas legislativas a respeito desse tema. Discuti-lo, além de discorrê-lo é um dos motivos que se deve estudar essa nova realidade. Por ser uma

poderosa ferramenta de comunicação e agora de negócios, a formalização de compras e vendas por meio da internet também deve ser amplamente estudada.

A escolha do tema se deu primordialmente pelo fato de a internet ser uma nova forma de ampliar a comercialização, dando mais praticidade e agilidade à troca de informações e de mercadorias. Num país onde a grande maioria tem comprado e vendido mercadorias, a efetivação das compras tem se tornado um problema novo e que deve ser analisado, principalmente no que se refere à proteção ao consumidor.

Para além de analisar esse contexto, escolheu-se limita-la. Nesse sentido, se fez necessário discutir a proteção ao consumidor diante do comércio eletrônico pós pandemia da Covid-19. Essa situação, que alterou a forma de convivência entre pessoas, evidenciou ainda mais as compras online.

Os resultados encontrados na coleta de dados para a realização dessa pesquisa, mostrou que pandemia fez as compras online explodirem. Milhares de pessoas fizeram compras no período mais crítico da pandemia, muitas delas pela primeira vez. Apesar desse aumento de consumo, muitas situações foram criadas a fim de prejudicar o consumidor.

Apesar dos prejuízos gerados para alguns, foi possível notar que o Poder Judiciário trouxe um amparo para os consumidores no cenário digital. Os tribunais tem julgado de forma positiva ao garantir a segurança jurídica dos consumidores diante de uma situação desigual e prejudicial no comércio eletrônico.

Ademais, considerando que a temática desta pesquisa é atual e apesar do avanço da vacinação não só no Brasil, mas no mundo, ainda se estabelecem relações consumeristas em contexto pandêmico e não há previsão de erradicação do Coronavírus, o que torna as conclusões deste trabalho mutáveis ao longo do tempo, podendo haver novas adaptações de consumidores e fornecedores a diferentes formas de consumo e comportamento diverso frente às restrições impostas pela COVID-19.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABCOMM – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. **Tendências do e-commerce no pós-pandemia.** 2020. Disponível em <<https://abcomm.org/noticias/tendencias-no-e-commerce-no-pos-pandemia/>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor:** Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

BRASIL, Ângela Bittencourt. **Contratos Virtuais**. 2009. Disponível em: <<http://www.jurisdoctor.adv.br/artigos/contvirt.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

CASTRO, Luana. **Como funciona o direito de arrependimento previsto no CDC**. 2019. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/direito-de-arrependimento/>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

CESAR, Marcos. **Vendas online e o Direito do Consumidor**. 2012. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/vendas-online-e-o-direito-do-consumidor/>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

COIMBRA, Vinicius. **Pandemia completa três anos com 699 mil mortes e 37 milhões de casos no Brasil**. 2023. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2023/03/pandemia-completa-tres-anos-com-699-milmortee37milhoesdecasosnobrasilclf1gkxjt008u017y61154ui8.html>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Volume III: contratos e atos unilaterais. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

JUNIOR, Virgílio Oliveira Viana; JUNIOR, Vinicius de Alcântara. **O comércio eletrônico e as medidas de proteção para o consumidor**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de graduação em Direito, do Centro Universitário Una Barreiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel. Belo Horizonte, 2022.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597026443.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, Alessandra Mazzieri de. **Direito de Arrependimento: limites de sua aplicabilidade**. 2013. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182874,41046Direito+de+arrependimento+Limites+de+sua+aplicabilidade>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

LIMA, Ana Beatriz Vargas de. **O impacto da pandemia de Covid-19 nas relações consumeristas**. 2022. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

LORENZETI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. São Paulo: RT, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 12 ed. Editora Atlas: 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATTOS, Analice Castor de. **Evolução do Direito Contratual**. In:____. Aspectos Relevantes dos Contratos de Consumo Eletrônico. Curitiba, Juruá, 2019.

MENEZES, Luís César de Moura. **Gestão de Projetos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MORAES, Carlos Alexandre. **A aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no Direito do Consumidor Brasileiro**. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/05/23/aplicacao-da-teoria-do-dialogo-das-fontes-no-direito-do-consumidor-brasileiro/>. Acesso em: 05 abr. 2023.

MOREIRA, Adriano Fernandes. **A abusividade das práticas comerciais e da publicidade na prestação de serviços gratuitos pelo Google**. Revista Cereus. v. 7, n. 1, Jan./abr. 2015.

NEVES, Leandro. **Qual o impacto da tecnologia para a sociedade**. 2021. Disponível em: <<https://weni.ai/blog/impacto-tecnologia-sociedade/>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

NIELSEN, K. **Covid-19: Comportamento das vendas on-line no Brasil**. 2022. Disponível em: <<https://nielseniq.com/global/pt/insights/analysis/2020/covid-19-comportamentodas-vendas-online-no-brasil/>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

OLIST. **Direitos do Consumidor no comércio online: tudo o que você precisa saber**. 2015. Disponível em: <<https://blog.olist.com/direitos-do-consumidor-no-comercio-online-tudo-o-que-voce-precisa-saber/>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

PESCADOR, Cristina Maria; VALENTINI, Carla Beatris. Inclusão digital em uma escola do campo: movimentos provocados a partir da implantação de uma política pública no

modelo 1: 1. **Revista Iberoamericana De Educación**, 79(1), 135-154. 2019.

RIBAS, José Maria. **Direito de Arrependimento em loja física**. 2018. Disponível em: <<https://www.direitoconsumo.adv.br/direito-de-arrependimento-em-lojas-fisicas/>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Elementos essenciais do superendividamento no sistema jurídico brasileiro**. Seminário: O tratamento do consumidor superendividado. Superior Tribunal de Justiça (STJ), 2022.

SOARES, Gabriela Vitória Alves. **Da (in)segurança jurídica dos contratos eletrônicos**. Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS). Goiânia, 2022.

SOUZA, Maria de Fátima Rufino de. **O comércio eletrônico durante a pandemia do coronavírus: uma análise acerca do grau de confiabilidade dos consumidores**. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba (IFPB), curso Superior de Bacharelado em Administração, como requisito institucional para a obtenção do Grau de Bacharel(a) em Administração. João Pessoa, 2022.

SPADACIO, Cristiane; ALVES, Márcia Guimarães de Mello. **Nos entremeios: o biológico e o social no Brasil no contexto da COVID-19 e o papel da Atenção Primária à Saúde**. APS EM REVISTA, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 61–65, 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio eletrônico e legislação aplicável**. Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555593242.

TOMÉ, Luciana Mota. **Comércio eletrônico x pandemia de coronavírus**. Escritório Técnico de Estudos Econômicos do Nordeste – ETENE. Ano 6. nº 178. Julho, 2021.

WRAY, Christopher. **Chefe do FBI diz que coronavírus pode ter vazado de laboratório na China**. 2023. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/chefe-do-fbi-diz-que-coronavirus-pode-ter-vazado-de-laboratorio-na-china/>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

VILARDAGA, Vicente. **O impasse na saúde**. 2019. Disponível em: <<https://istoe.com.br/o-impasse-na-saude/>>. Acesso em: 01 mar. 2023.

NÚCLEOS DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

DENER NERES CAMINHA:
Advogado e Pós-graduado em
Direito Processual Civil.

RESUMO: O surgimento de conflitos é inevitável quando se vive em sociedade, tendo em vista que é natural que cada um busque proteger seus interesses e necessidades. Partindo dessa vertente, pode o conflito ser benéfico ou maléfico a depender do modo de como esse litígio atingirá e será interpretado pelo indivíduo. Sendo assim, se tem como uma prática comum do cidadão direcionar ao judiciário seus conflitos para que o mesmo possa resolvê-los, posto isso, revelando que é desconhecida pela maioria da população a existência dos vários instrumentos pacíficos que podem ser utilizados como meios para dirimir conflitos. A mediação destaca-se entre esses meios de resolução pacífica de conflitos, tendo embasamento no próprio ordenamento jurídico pátrio, auxiliando a população na busca de uma resposta eficaz e célere para seus anseios. Destarte, o presente artigo tem por objetivo descrever, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, a construção histórica e a importância da mediação comunitária que foi fomentada pelo pioneiro Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária do nobre Ministério Público do Estado do Ceará. Mediante isso, tal programa é um instituto que influi na pacificação social, incentiva a autonomia da pessoa, desafoga o judiciário e principalmente exercita a cidadania.

Palavras-Chave: Conflitos. Mediação Comunitária. Ministério Público.

COMMUNITY MEDIATION CENTERS MINISTRY OF PUBLIC AS PACIFICATION INSTRUMENT
CEARÁ STATE AND EXERCISE OF CITIZENSHIP

ABSTRACT: When living in society, conflicts among citizens are inevitable, due to the human's behaviour of being always trying to aim its own interests and necessities. Starting from that, the conflict would be harmful or beneficial, depending on both how the individual will be affected by that and how he will interpret it. Once these conflicts occur, the involved, as a common act, go right strait to court to solve the problem, showing the no knowledge of the existence of various peaceful instruments that can be used as a means to resolve conflicts. The mediation core stands out between these means of peaceful conflict resolution and foundation in their own native legal system, assisting the population in the search for an effective and rapid response to their concerns. Thus, this article discusses, through bibliographic and documentary research on the historical building and the importance of community mediation that was fostered by the pioneering Program the Community Mediation Centers of the Public Ministry of the State of Ceará. Thus, this

program is an institute that influences the social peace, encourages autonomy of the person, relieves the judiciary and especially exercising citizenship.

Keywords: Conflict. Community Mediation. Public Ministry.

INTRODUÇÃO

No decorrer da vida várias habilidades são desenvolvidas pelo indivíduo para se relacionar com o mundo que o cerca, isso possibilita que o mesmo se desenvolva e aprenda a viver em sociedade. Muitas dessas relações são desenvolvidas a partir de um interesse em comum ou por afinidades, esse vínculo pode advir de uma amizade, por motivos de estudo ou trabalho, por participar de um mesmo grupo (um clube, um condomínio, uma comunidade etc.), posto isso, percebe-se que as relações sociais acontecem por variados motivos podendo ser desenvolvida de forma solidária ou conflituosa.

O conflito está presente nas relações entre as pessoas, podendo ser gerado por diversos fatores como, por diferenças de opiniões, interesses, objetivos, dentre outros. Assim, se faz necessários meios eficazes para resolver esses litígios. Diante disto, o Ministério Público do Estado do Ceará que é a entidade responsável pela ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais promoveu a criação e inserção de Núcleos de Mediação nas comunidades desenvolvendo, desse modo, a participação de forma solidária da comunidade na resolução de seus próprios conflitos.

É de extrema importância ressaltar que o termo comunidade refere-se a um agrupamento de pessoas que vivem dentro de uma mesma área geográfica, seja ela rural ou urbana, unida por interesses afins e que participam das condições gerais de vida. Haja vista a política de urbanização a qual o país vem passando foi dado uma nova denominação a palavra comunidade, passando a ser usada para designar algumas favelas brasileiras. Por esse motivo geralmente ao se falar em mediação comunitária se tem uma ideia de que ela acontece somente nas periferias o que é um equívoco, pois a mediação comunitária não deve ser direcionada de forma exclusiva para solucionar conflitos de comunidades carentes, tendo em vista que os conflitos atingem todas as classes socioeconômicas e culturais.

A ideia de mediação comunitária é habitualmente relacionada a periferias por falta de conhecimento acerca do assunto, no entanto, o conceito de comunidade é bem amplo e ao se tratar de mediação comunitária o conceito amplia-se ainda mais, pois se entende que a mediação deve ser a oportunidade de diálogo entre as partes envolvidas no conflito que poderão ou não chegar a um entendimento, respeitando assim, as relações que tal mediação atende. (CRONEMBERGER, 2016)

Portanto, por meio da criação e implantação dos Núcleos de Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará e com o apoio de mediadores voluntários que atuam em diversos bairros da cidade, divulgando a mediação como uma ferramenta para resolução de conflitos, é notória a diminuição de casos de litígios no judiciário e a efetivação de benefícios para as pessoas mediadas que possibilita aos envolvidos no conflito, através do processo de conscientização realizada pelos mediadores uma reflexão de seus atos, ocasionando assim, grandes mudanças em suas vidas.

2. A MEDIAÇÃO COMO MEIO PARA DIRIMIR CONFLITOS

Uma das formas de resolução de conflito por um terceiro imparcial na negociação e onde a resolução do litígio é uma mera consequência dá-se o nome de mediação. Caracterizada por esse terceiro (mediador) como aquele que auxilia, facilita e ajuda ambas as partes à realização de um acordo. Em outras palavras, a mediação é a colaboração de um corpo fora do litígio totalmente imparcial, sem nenhum poder de decisão e seu único objetivo é simplesmente ajudar os envolvidos a alcançar por uma vontade consensual, uma solução mutuamente aceitável. São as partes que decidem e as próprias que chegam à solução, como relata a advogada Lívia Maria Xerez:

As pessoas envolvidas são responsáveis pelo resultado de seus embates, de forma diversa do que ocorre quando simplesmente recebem uma resposta do Estado-Juiz. Assim, a mediação também proporciona a inclusão social dos indivíduos na medida em que tenta provocar a conscientização de todos sobre a importância da participação ativa na efetivação dos direitos e deveres. Nesse contexto, divergência do conflito deve ser entendida como uma oportunidade de transformação do negativo através da contribuição de cada um e resultando na vitória de todos. (XEREZ, 2010, p.03)

A ideia de mediação não é recente, ocorrendo desde as sociedades primitivas até os tempos de hoje. Devido há seu tempo histórico a mediação pode ser meramente informal e sem perceber acontece em nosso dia a dia em várias situações, desde a intervenção de parentes e amigos até a de líderes comunitários e religiosos. Esses mediadores do cotidiano seguem métodos intuitivos, sem reflexão, baseados no bom senso e experiência de vida. Mesmo sem a técnica adequada pode-se afirmar que a mediação existe nesses casos.

Às vezes confundida com outras formas de resolução de conflitos, por exemplo, a conciliação, porém ambas divergem em vários aspectos. Uma das diferenças mais notórias está relacionada à questão do relacionamento entre os conflitantes, em alguns casos na mediação podendo ter um vínculo duradouro entre eles, portanto, o mediador

tem uma responsabilidade ímpar de conhecer de forma aprofundada a complexidade do litígio. Conseqüentemente para um auxílio qualificado nas questões controversas o mediador deve ter mais tempo para apurar a complexidade daquela inter-relação. Assim sendo, a conciliação e mediação não se confundem. Nas palavras de Lília Maia de Moraes Sales:

Diferencia-se, pois conciliação da mediação porque, na primeira, o tratamento do conflito é superficial, encontrando-se um resultado parcialmente satisfatório em um acordo; já na segunda, é aprofundado e o acordo representa total satisfação. A decisão pela aplicação de uma ou de outra técnica pode residir no fato de existir ou não relacionamento entre as partes envolvidas no conflito. Se existe um vínculo entre elas (família, vizinhos, colegas de trabalho), para a manutenção e aprimoramento desse vínculo, a mediação torna-se bastante adequada. Por outro lado, quando não há relacionamento entre as partes ou em relacionamentos circunstanciais (compra e venda casual, acidentes entre desconhecidos, colisões automobilísticas), a conciliação apresenta-se como meio satisfatório de solução de conflitos. (SALES, 2003, p.29-30)

Vale ressaltar, que a mediação não almeja simplesmente o acordo em si, tem como uns dos objetivos trabalhar o conflito estimulando o diálogo cooperativo entre as partes e elas cheguem a uma solução conciliatória. Com esse método pacífico entende-se que as partes em antagonismo, amadureçam sobre o conflito existente e analisem a melhor opção em face da relação criada. Nessa vertente, como enfatiza Moore (1998, p.43), "o acordo passa a ser a consequência lógica, resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento, e não sua premissa básica."

E mais do que nunca, devido à grande demanda de ações no poder judiciário, logo deixando o processo mais moroso, recorre-se cada vez mais para outros métodos de solução de conflito. Desta maneira, a mediação vem sendo bastante exercida e também impulsionada pelo Novo Código de Processo Civil que em seu art. 3 §3º que expressa que a mediação e os outros métodos de solução de conflitos sejam estimulados pelos juízes, advogados, Ministério Público inclusive no curso do processo. Não se pode esquecer que o responsável também por esse aumento na procura da mediação são os projetos criados pelo governo. Como por exemplo, o NMC (Núcleo de Mediação Comunitária) criado pelo Ministério Público do Ceará.

No âmbito do processo de mediação existem alguns princípios norteadores que são empregados para sejam assegurados aos litigantes um processo justo. Princípios esses que estão previsto no artigo segundo da lei 13.140/15 (Lei de Mediação). Vejamos:

Princípio da autonomia da vontade das partes, um dos princípios primordiais, pois tudo relacionado à mediação deriva do consentimento das partes, expressa o eventual poder de administrar o próprio conflito e ter a liberdade de tomar as próprias decisões; Princípio da imparcialidade, esse princípio é o principal para o papel do mediador, pois o mesmo em momento nenhum poderá empregar juízo de valor ou preconceito em relação alguma das partes, seu objetivo é ouvi-las e compreender a realidade dos mediados; Princípio da confidencialidade, a qual garante as partes que o mediador manterá sob sigilo todas as informações, relatos, documentos do processo, não podendo usar para uso próprio ou de outrem. Além desses, devem-se enfatizar outros princípios norteadores, como: boa-fé, oralidade e isonomia entre as partes. Para Nunes (2010, p.90) “[...] os princípios norteadores da mediação são: liberdade das partes, não competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, confidencialidade do processo.”

Dado o exposto, percebe-se a importância da mediação como um instrumento de pacificação social que trabalha como um auxiliar do Poder Judiciário, na qual não se tem a intenção de substituir o mesmo e sim fazer com que um e outro se complementem gerando benefícios a população, proporcionando qualidade no acesso da Justiça.

3. MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA NO BRASIL E SEU CONCEITO

Como já foi citada acima a mediação é uma forma pacífica que proporciona a resolução de um conflito entre as partes envolvidas nele, por meio de um terceiro imparcial que facilita o diálogo entre os mesmos, para que eles possam construir, com solidariedade e autonomia, a melhor solução para o problema. Mediante isso se entende por mediação comunitária o processo de resolver problemas que ocorrem dentro das comunidades, necessitando para a resolução desses conflitos, apenas um local e pessoas dispostas a ajudar. Segundo o Ministério Público do Estado do Ceará, (PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA, 2010, *online*), mediação comunitária é:

Uma técnica de administração de conflitos de caráter informal, não adversarial no qual um terceiro, chamado mediador que não tem poder sobre as partes (não decide, nem sugere), facilita a comunicação entre estas e ajuda a criar opções, para chegar a um acordo consensual e mutuamente satisfatório. A mediação comunitária promove uma maior responsabilidade e participação da comunidade na solução de seus conflitos, abrindo novos caminhos para uma positiva transformação sociocultural.

De acordo com Mendonça (2006, p.36), outro aspecto dessa mediação realizada nas comunidades é que ambas as partes saem vencedoras desse processo, extinguindo-se

assim, a ideia de que para se solucionar um litígio se faz necessário que uma das partes perda e a outra vença, portanto:

A mediação comunitária surge como uma fomentadora do respeito, participação e cultura de paz. Tudo isso se daria mediante técnicas e procedimentos operativos informais (desinstitucionalizados), em favor de uma Justiça que pretende resolver o conflito, dar satisfação à vítima e à comunidade, pacificar as relações sociais interpessoais e gerais danificadas pelo delito e melhorar o clima social: sem vencedores nem vencidos, sem humilhar nem submeter o infrator às “iras da lei”, nem apelar à “força vitoriosa do Direito”.

Dessa forma, a mediação comunitária é um trabalho desenvolvido nas comunidades que torna possível o acesso à justiça em bairros de diversas localidades que é realizada por mediadores da própria comunidade que como um dos protagonistas dessa ação promovem a pacificação social, pois amenizam os anseios daqueles que precisam, vale ressaltar que desde o início as partes envolvidas no litígio são empoderadas a elas próprias encontrarem a melhor solução para o seu problema o que torna os mediadores facilitadores na efetivação do diálogo, exercendo assim, a sua cidadania.

Conforme Sales (2007, p. 202-203), se encontra na mediação comunitária muitos aspectos positivos que a torna um meio expresso de cidadania, pois:

[...] estimula o diálogo entre os vizinhos, incentiva à participação ativa, incentiva à participação ativa dos cidadãos na solução de conflitos individuais e coletivos, cria espaços de escuta, previne a má administração de conflitos futuros e sugere o pensamento coletivo em detrimento do individual, ou seja, busca sempre a solução de um problema que satisfaça todas as partes envolvidas.

A mediação comunitária surgiu no Brasil como resultado da ineficiência do Poder Judiciário brasileiro em atender a necessidade de solucionar os vários conflitos e suas várias ramificações, assim como pela existência de dificuldades ao acesso de uma justiça célere, barata e eficaz. Reforça Sales (2007, p. 234-235) que: *“O estado Democrático de Direito elege como seus fundamentos: a soberania, a cidadania, [...] Possui como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, [...] e a redução da desigualdade social e regional, [...]”*.

Surgiu também a necessidade de oferecer alternativas de acesso gratuito à justiça, para a população que vivia as margens dos grandes centros urbanos, pois se notava um crescimento cada vez maior da mesma, junto com a necessidade de resolver seus conflitos. Diante disso, o Brasil no século XX, decide se modernizar e descentralizar algumas

atividades que até então só eram realizadas pelo judiciário, acompanhando assim os avanços nos métodos de resolução alternativa. Na década de 1970, surgiram inúmeros movimentos nos Estados Unidos que requeriam uma reforma no Sistema Judiciário e a inclusão de uma forma extrajudicial para resolver os litígios. Contudo, no Brasil a história da Mediação Comunitária nesses novos moldes é recente, cabe dizer que existem diversas iniciativas de organizações comunitárias e por parte dos Tribunais para implementar meios de resoluções alternativas no âmbito comunitário.

Um exemplo claro disso é que no Estado do Ceará, desde 1998, já se trabalha com a mediação comunitária, por esse motivo foi criada a:

Casa de Mediação Comunitária- CMC é um programa do governo do Ceará, o qual foi inicialmente executado pela Ouvidoria Geral (1998), depois pela Secretaria da Ouvidoria Geral do Meio Ambiente (SOMA) até fevereiro de 2003, quando, em função de mudanças administrativas do novo governo estadual, passou a ser coordenado pela Secretaria de Justiça e Cidadania. (SALES, 2007, p. 203).

Sendo criado no Estado do Rio de Janeiro em 1997 o MEDIARE:

O MEDIARE é um Centro de Referência da Administração de conflitos e integra redes de instituições- nacionais e internacionais- de Mediação e de outros Instrumentos de Resolução Alternativa de Disputas (RAD), com elas estabelecendo parcerias e intercâmbios. Compõe o quadro de fundadores do Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem- CONIMA, tanto participando da elaboração do Código de Ética e Regulamento Modelo para o exercício da Mediação no Brasil, assim como da construção do currículo mínimo para a Capacitação Básica em Mediação. (MEDIARE, 2007, p. 7).

Assim, a mediação comunitária vai além das decisões judiciais, isso porque ela não se restringe apenas ao fato apresentado, o mediador tem a função de buscar identificar os problemas que estão intrínsecos aquela relação, e a partir disso fazer com que as partes restabeleçam o diálogo, tornando assim, possível que ambos cheguem ao entendimento de uma solução que será justa para eles. Ressalta Isoldi (2008, p. 155) que:

A mediação comunitária, da forma como vem sendo desenvolvida no Brasil, tem se tornado cada vez mais importante, com resultados efetivos na melhoria da qualidade de vida das pessoas em situação econômica e social menos favorável.

Contudo, deve ser salientado que a mediação, inclusive a comunitária, não deve ser destinada exclusivamente para resolver conflitos de comunidades carentes, pois, [...], os conflitos atingem todas as classes socioeconômicas e culturais.

Em suma, a mediação comunitária não tem por interesse substituir o poder Judiciário, pelo contrário, ela tem por escopo complementar e subsidiar. Uma forma de perceber isso é que na medida em que ela impede que determinados litígios cheguem ao judiciário, ela está incentivando os envolvidos no conflito a resolvê-los sem a intervenção do Estado-Juiz. Portanto, essa mediação promove o empoderamento das partes para que as mesmas encontrem a melhor solução para seus problemas, sem que haja a necessidade de uma intervenção judiciária. Sendo assim:

É cabível salientar que a Mediação Comunitária do Estado do Ceará foi implantada nas comunidades não com o propósito de “desafogar o judiciário” e, sim, na visão de pacificar conflitos que ameaçavam a dignidade da pessoa humana, conflitos estes, que por meio do diálogo e da reflexão eram possíveis de serem solucionados. (LANDIM, 2013, p. 11)

4. OS NÚCLEOS DE MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA DO ESTADO DO CEARÁ

Quando mencionado o tema mediação comunitária no Brasil, o estado do Ceará é a referência, sendo o primeiro estado a criar um programa que envolvesse a mediação na comunidade. Haja vista, um estudo aprofundado sobre a Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará é essencial, sendo posto em análise o período de 1998 a 2016, para que se possa compreender sua história e experiência adquirida ao longo desses anos. (LANDIM; GONDIM, 2016)

A construção histórica dos núcleos de mediação comunitária teve início no dia 13 de setembro de 1998, pois foi nesse dia em que houve uma convocação de autoridades, feito pela Dra. Socorro França que na época era da Ouvidoria Geral do Ceará, para sintetizarem um plano operacional que gerasse a possibilidade de se ter um acesso à justiça, tendo como intuito a pacificação em prol da comunidade. Após essa primeira etapa de amadurecimento da ideia, no dia 02 de agosto de 1999, se teve o 1º convênio de número 02/99 de parceria para a implantação do programa da casa de mediação do Pirambu.

Sendo inaugurada no dia 24 de setembro a primeira Casa de Mediação do Brasil e do Estado do Ceará, tendo sua localização no Bairro do Pirambu, pois foi observado que o bairro, na época, era uma área de constantes atos de violência e de miserabilidade com surgimento de diversos conflitos diários, sendo estes noticiados como um dos bairros mais

violentos de Fortaleza. Mediante a essa realidade, observando a preocupação social em busca de melhoria de vida, quanto à pacificação social, foi criada a Casa de Mediação Comunitária do Pirambu.

Programa esse, criado pela Secretaria da Ouvidoria Geral e do Meio Ambiente (SOMA) e, também à Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará (SEJUS/CE), denominado de Casa de Mediação Comunitária do Estado do Ceará. Com a surpresa positiva relacionada ao alto índice de êxito nas mediações o projeto foi incorporando e logo no ano seguinte, foi possível expandir a mediação de conflitos para as comunidades do bairro da Parangaba, sendo instalada a segunda Casa de Mediação Comunitária do Estado do Ceará, em 26 de junho de 2000. (LANDIM; GONDIM, 2016, p.04)

Como se esperava, o projeto prosperou muito rápido, alcançando as demais localidades do Estado e da capital como Jurema, Pacatuba, Messejana, Barra do Ceará, Bom Jardim, Antônio Bezerra e Caucaia. E atualmente são 11 núcleos, 9 em atividade, 2 parados por problemas administrativos e sendo planejado em 2016 a inauguração de mais um núcleo localizado em Forquilha. (CRONEMBERGER. 2016)

O exímio promotor de Justiça Francisco Edson de Sousa Landim leciona em seu artigo (2013 p.4), que atualmente é referência sobre mediação comunitária:

O Estado do Ceará mais uma vez, antecipou-se ao Brasil e, hoje, expande para os demais Estados do País a prática da Mediação Comunitária, pois, como foi observada, a mediação é um instrumento de pacificação social que utiliza o acesso à justiça para facilitar possíveis resoluções de conflitos no âmbito extrajudicial.

E após oito anos, o programa até então pertencente a (SOMA) e (SEJUS/CE) passou a ser de responsabilidade do Ministério Público do Estado do Ceará, surgindo assim, nova nomenclatura, hoje, conhecido como Programa de Núcleos de Mediação Comunitária (NMC), vindo a ser instituído pela Resolução de n.º 01/2007, juntamente com o advento da Lei Estadual nº 14.114, publicada no Diário Oficial do Estado de 23 de maio de 2008.

Sendo agora a responsabilidade de conduzir o programa da conceituada entidade do Ministério Público do estado do Ceará, a qual é respeitada no âmbito judiciário por sua função essencial a justiça. Logo, a parceria entre o Ministério Público e o programa (NMC) foi considerada impecável.

Cabe ressaltar que por ser instituído o Órgão do Ministério Público para acompanhar os avanços da mediação comunitária, pode-se

afirmar que foi de plena adequação esse vínculo, pois sendo o Ministério Público, entidade competente para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais como assevera a Constituição Federal do Brasil, a mediação visa em seus princípios o olhar democrático e humano sob efeito dos valores morais que respaldam a dignidade da pessoa humana. Não obstante, o Programa de Mediação Comunitária, consagrou vários princípios, todos descritos no Código de Ética do Mediador Comunitário. (LANDIM, 2013, p.7)

Antes mencionado a grande responsabilidade da função do mediador na resolução do conflito, pois é ele que irá ajudar os litigantes a analisar a situação que estão passando no momento, constituindo um diálogo coeso e se, existindo uma possibilidade de ser construída uma solução que seja benéfica para todos. Diante disso, depreende-se que o mediador deve ser alguém com qualificação, vocação e treinamento para lidar com as circunstâncias conflituosas que lhe aparecerão. Para esse papel, é indispensável que o mediador seja capacitado tanto por estudos teóricos, e principalmente, pela prática.

Nos Núcleos de Mediação Comunitária, os mediadores são normalmente, pessoas da respectiva comunidade com alguns pré-requisitos definidos que será citado adiante, porém não importando classe social, raça, profissão, mas o primordial é que tenham interesse em participar da mediação comunitária. O voluntário irá passar por um processo de capacitação sob a orientação do próprio Ministério Público, que é formado por: 40 horas-aula teórica e 60 horas-aula prática. Sendo a prática dividida em três fases: observação, co-mediação e mediar. Posteriormente sendo aprovado em todo o processo, o voluntário receberá o certificado. E assim poderá exercer o papel de mediador comunitário. É imperioso ressaltar que os mediadores comunitários não recebem remuneração por suas atividades, conforme se encontra taxativo no artigo 16 do Regimento Interno do Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará:

Art.16 A atividade do mediador comunitário é um trabalho voluntário, não remunerado e sem vínculos para a Administração Pública, regido pela Lei do Voluntário (Lei nº 9.608 de 18 dezembro de 1998), mediante Termo de Adesão de Voluntariado.

Assim, o Regimento Interno do Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará (2013, *online*), determina em seus artigos 13 e 14, os requisitos para ser um mediador comunitário:

Art. 13 O mediador comunitário é uma pessoa da comunidade, capacitada, pelo Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária do

Ministério Público, nas técnicas de mediação comunitária que desenvolve trabalho voluntário com base na Lei do Voluntário (Lei nº 9.608 de 18 de dezembro de 1998).

Art. 14 A inscrição para o processo de mediadores comunitários obedecerá aos seguintes requisitos: I - pessoa da comunidade compromissada em promover a mediação comunitária; II - ter idade mínima de 18 anos completos; III - estar no gozo de seus direitos políticos, nos termos do art. 12, §1º da Constituição Federal; IV – estar em dias com as obrigações eleitorais; V – possuir idoneidade moral e não possuir antecedentes criminais; VI – apresentar os seguintes documentos: a) 02 (duas) fotos 3x4; b) cópia da carteira de identidade; c) cópia do CPF; d) cópia do comprovante de endereço. [...]

Por fim, na vertente das espécies de conflitos existentes nos Núcleos de Mediação Comunitária, pode-se afirmar que são de diversas formas, entretanto, uma característica comum entre elas é que a mediação comporta conflitos que envolvam vínculos sentimentais entre as pessoas, relações continuadas. Exemplos clássicos e recorrentes são de conflitos entre familiares e vizinhos. Como afirma a professora Lília Sales (2010, p.77):

Apesar de a mediação ser um meio de solução de conflitos que possa ser utilizado para vários tipos de controvérsias, ela tem apresentado um maior destaque na área familiar, tendo em vista as especificidades desses conflitos (relações continuadas, emoções, sentimentos, dificuldades de diálogo).

E através de estatísticas fornecida pela Coordenação dos Núcleos de Mediação Comunitária, em uma pesquisa realizada entre Janeiro e Março de 2015, sobre os tipos de conflitos que mais geraram procedimentos nos Núcleos. Destacam-se os conflitos entre vizinhos e os conflitos entre familiares ambos os mais recorrentes. Logo após, também com números consideráveis de procedimentos realizados se evidenciam os conflitos por cobrança de dívidas e os conflitos que versem sobre pensão alimentícia. Não menos importante, pois todos os conflitos são dá mesma relevância para as que estão envolvidas encontram-se os conflitos sobre imóvel, conflitos contra honra, reconhecimento de paternidade, ameaça, conflito escolar, entre outros. E que todos podem ser esclarecidos pela mediação.

CONCLUSÃO

A mediação tem como objetivo principal, que as partes juntas elaborem por meio de diálogos, a melhor solução possível para ambas, em vários conflitos da vida, como familiar, vizinhança, dívidas e etc. Com isso, podemos averiguar três funções essenciais com o instituto da mediação comunitária que são eles: a solução dos conflitos, a prevenção à má administração de conflitos e a inclusão social.

É notório e de suma importância à criação dos Núcleos de Mediação Comunitária do Ministério Público do Ceará, pois são conquistados inúmeros benefícios para os mediados e conseqüentemente para a comunidade em si, proporcionando uma acessibilidade maior à justiça, facilitando as possibilidades de possíveis resoluções de conflitos, deste modo, promovendo uma melhor convivência e a paz social.

Contudo, percebe-se que existe uma insuficiência de divulgação quanto aos Núcleos de Mediação Comunitária entre a população, tornando difícil que a mesma conheça e usufrua de seus serviços, no entanto, entende-se que não basta apenas divulgar o serviço, pois se faz necessário também ter suporte para atender a demanda. Portanto uma maior divulgação do programa teria que vim acompanhada com uma estrutura mais ampla referente ao atendimento oferecido.

Ademais, é cabível frisar que o programa NMC opera em prol da dignidade da pessoa humana ao proporcionar às comunidades a mediação como um dispositivo igualitário e solidário como forma de solução. A mediação comunitária é uma política pública que desempenha uma função humana e pacificadora com propósito de consolidar os direitos e deveres de cidadão e revigorar os valores morais. Também podemos destacar o papel de orientação da sociedade que encoraja a autocomposição, a comunicação e a responsabilidade.

Assim, é inegável que nesse contexto social é plausível promover a cidadania e cultivar os laços solidários existentes em uma comunidade. Os mediadores comunitários têm o discernimento da significativa função que exercem, realizando a mediação comunitária e como é satisfatória a concretização da cidadania, semeando a cultura e a paz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988.

CRONEMBERGER, JUCILEIDE. **Entrevista concedida pela coordenadora técnica e mediadora do Programa Núcleo de Mediação Comunitária**. Ceará. Fortaleza, 2016.

ISOLDI, Ana Luiza Godoy. **A mediação como mecanismo de pacificação urbana**. São Paulo, PUC, 2008, 199p. Tese mestrado em Direito Urbanístico. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

LANDIM, Francisco Edson de Sousa; GONDIM, Lílian Virgínia Carneiro. **Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará**: Uma experiência em virtude da paz. Disponível em: <<file:///C:/Users/Convidado/Desktop/Francisco%20Edson%20de%20Sousa%20Landim.pdf>>. Acesso em: 05 maio. 2016.

MELITO, Leandro. **Novo CPC: Saiba o que são e como funcionam as Câmaras de Conciliação**. 2016. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2016/03/saiba-o-que-sao-camaras-de-conciliacao>>. Acesso em: 03 maio. 2016.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Mediação Comunitária**. Uma ferramenta de acesso à justiça? Tese de Mestrado em História Política e Bens Culturais. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Núcleos de Mediação**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/institucional/nucleos-de-apoio/programa-dos-nucleos-de-mediacao/nucleos-de-mediacao/>>. Acesso em: 03 maio. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Programa dos Núcleos de Mediação**. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/institucional/nucleos-de-apoio/programa-dos-nucleos-de-mediacao/>>. Acesso em: 03 maio. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Resolução 001, em 27 de junho de 2007**. Dispõe sobre a criação e funcionamento do Programa de Incentivo à implementação de núcleos de mediação no âmbito das Promotorias de Justiça do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/orgaos-colegiados/colegio-de-procuradores-2/resolucoes/>> Acesso em: 03 Mar. 2016.

ORTMAYER, Verginia Rabelo. **Núcleos de Mediação Comunitários**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Convidado/Desktop/nucleo de mediacao comunitario verginia rabelo ortmayer.pdf](file:///C:/Users/Convidado/Desktop/nucleo%20de%20mediacao%20comunitario%20verginia%20rabelo%20ortmayer.pdf)>. Acesso em: 05 maio. 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. Meios alternativos de solução de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes; ANDRADE, Denise Almeida de

(org.). **Mediação em Perspectiva**: Orientações para mediadores comunitários. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p. 09-17.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. O que é Mediação de Conflitos. São Paulo: Brasiliense, 2014.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 5. Ed. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: Revolução no processo jurisdicional: Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008, p. 06-10.

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL, E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

MARIA DO CARMO OLIVEIRA GARCIA:

Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Graduada em Administração de empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente estudo busca identificar se o instituto do processo administrativo disciplinar, que trata a Lei nº 8.112/90, utilizado pela Administração Pública Federal, em especial, o prazo conclusivo do inquérito administrativo, está em consonância com o princípio da eficiência e com o direito fundamental da duração razoável do processo administrativo esculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e em documentos eletrônicos sobre o tema, a fim de verificar o pensamento dos doutrinadores e julgados sobre o assunto, além de informações e dados extraídos dos sítio dos portais eletrônicos do governo federal brasileiro.

Palavras chave: Eficiência. Processo Administrativo Disciplinar. Prazo PAD.

THE REASONABLE DURATION OF THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCESS, IN THE FRAMEWORK OF FEDERAL EXECUTIVE POER, AND THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY

ABSTRACT: The present study seeks to identify whether the administrative disciplinary process institute, which deals with Law nº 8.112/90, used by the Federal Public Administration, in particular, the conclusive period of the administrative inquiry, is in line with the principle of efficiency and with the right fundamental aspect of the reasonable duration of the administrative process enshrined in art. 5, LXXVIII of the Federal Constitution of 1988. The methodology used was research in literary editions and electronic documents on the subject, in order to verify the thinking of the indoctrinators and the information and data extracted from sources of the Brazilian federal government.

Keywords: Efficiency. Disciplinary Administrative Process. Deadline PAD.

1.INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF) assegura em seu artigo 5º, inciso LV a todos que estão em litígio ou em posição de acusados, em processos administrativos, o direito ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes. E, a partir da Emenda

Constituição 45/2014, houve a inclusão do inciso LXXVIII, ao art. 5º, assegurando o tempo razoável para a conclusão dos processos administrativos ou judiciais.

Por outro lado, o art. 37, do normativo constitucional, apresenta os princípios que regem a Administração Pública, direta e indireta, de todos os Poderes, os quais sejam: princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Nesse contexto, vê-se que houve uma preocupação do legislador ao inserir claramente dispositivos na Constituição de modo a assegurar o direito à defesa dos envolvidos em litígios e acusados, bem como para a celeridade e eficiência dos processos.

Trazendo os dispositivos acima mencionados para uma abordagem afeta ao processo administrativo disciplinar (PAD), a Lei n 8.112/90 apresenta as orientações e o rito processual a ser seguido pela Administração Federal e partes envolvidas, identificando os instrumentos disponíveis para apurar os indícios de irregularidades atribuídas a servidores públicos e o direito a defesa, bem como estabelece os prazos conclusivos dos processos disciplinares. Assim, o art. 152. da Lei 8.112/90, dispõe que o prazo para a conclusão do PAD é de até 60 (sessenta) dias, mas poderá ser prorrogado por igual período, ou seja, tem-se 90 (noventa) dias para a conclusão do processo. Todavia, na prática, identifica-se que esse prazo dificilmente é atendido, conforme pode ser observado no painel estatístico do governo federal, <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>, cuja média de processos acusatórios em andamento é de 698 (seiscentos e noventa e oito) dias.

Então, é importante perquirir se os processos administrativos disciplinares, no âmbito do Poder Executivo Federal, caminham juntos com o princípio da eficiência, e aqui não se insere uma análise ao mérito das questões abordadas nos processos, mas ao tempo despendido e o custo envolvido, justamente porque tais procedimentos trazem reflexos econômicos e sociais diretos à organização pública, ao servidor público e à sociedade.

Assim, pretende-se com este estudo apresentar o instituto do processo administrativo disciplinar e sua interação com o princípio da eficiência, examinado entendimentos doutrinários e/ou jurisprudenciais sobre o assunto para que ao final se chegue a um posicionamento próprio.

2.0 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

As atividades desenvolvidas pelo Estado são fundamentais para a organização coletiva e social, motivo pelo qual os serviços prestados pelo Estado devem ser céleres, efetivos e simples de modo a demonstrar a eficiência para com os cidadãos/usuários dos serviços públicos (PINHEIRO, 2000, p.1).

Nesse caminhar, dentre os princípios que norteiam a Administração Pública está o princípio da eficiência que, embora incluso no art. 37 da Constituição Federal de 1988 por

intermédio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não se considera novo, pois o Decreto-Lei nº 200/1967 já consagrava a necessidade da eficiência administrativa, ao estabelecer o controle de resultados das atividades do Poder Executivo, a meritocracia, a supervisão ministerial à administração indireta, impondo-se o dever da eficiência para uma boa administração.

Aqui cabe trazer as palavras do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo sobre o princípio da eficiência:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração.

Para Hely Lopes Meirelles (2003, p. 102) a eficiência é um dos deveres da Administração Pública, motivo pelo qual todo o agente público deve realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Já Di Pietro (2015, p. 117-118) entende que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: o primeiro relacionado a atuação do agente público, ou seja, o modo como o agente desempenha suas atribuições; o segundo, voltado à estrutura, disciplina, organização da administração pública, mas ambos aspectos possuem o mesmo objetivo: alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços públicos. Acrescenta ainda que o princípio da eficiência não se sobrepõe aos demais princípios, mas junta-se aos mesmos.

O doutrinador França (2000, p.1) enfatiza que o princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo.

Por sua vez, Sundfeld (1997, p. 1) diz que a eficiência seria a soma de todos os princípios constitucionais sendo o objetivo principal da Administração Pública.

Dessa maneira, verifica-se que o princípio da eficiência comunga com todos os demais princípios constitucionais que se volta para a concretização do bem comum, sendo o existir da Administração Pública.

3.O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A Administração Pública possui uma estrutura organizacional (física, pessoal, tecnológica) para executar e prestar os serviços aos usuários ou cidadãos que a demandam. Assim, para garantir e manter a regularidade da execução dos serviços prestados por seus subordinados utiliza meios de controles e os normativos legais inerentes ao Direito Administrativo Disciplinar.

A definição apresentada no Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria Geral da União (CGU), p. 13, resume didaticamente o Direito Administrativo Disciplinar, conforme transcrito abaixo:

O Direito Administrativo Disciplinar é um ramo do Direito Administrativo, que tem por objetivo regular a relação da Administração Pública com seu corpo funcional, estabelecendo regras de comportamento a título de deveres e proibições, bem como a previsão da pena a ser aplicada.

Dessa maneira, a Administração Pública utiliza o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) como instrumento para a manutenção regular das relações com seu corpo funcional. Tal instrumento é o meio de apuração para indícios de ilícitos praticados por servidores ou agentes públicos nesta condição que possam resultar em aplicação de penalidade. Esse instrumento é obrigatório para casos de perda do cargo pelo servidor estável, garantindo-se a ampla defesa ao acusado, conforme dispõe o art. 41, II, da Constituição Federal/88:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (BRASIL, 1988)

Alinhada ao que preconiza o art. 41 da CF/88, no âmbito do Poder Executivo Federal, tem-se a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e trata em capítulo próprio todo rito processual do PAD, as penalidades a aplicadas e prazos a serem observados pela Administração Pública.

O rito processual do PAD está dividido em três fases: a instauração; o inquérito administrativo (instrução processual, defesa do acusado e o relatório final); e o julgamento pela autoridade competente, consoante art. 151, da Lei nº 8.112/90:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III - julgamento.

Para conduzir os trabalhos do PAD é designada uma comissão composta por três servidores estáveis, ou seja, servidores em estágio probatório não poderão compor a referida comissão. Além disso, destaca o pré-requisito para a designação do presidente da comissão, conforme art. 149 da Lei nº 8.112/90:

Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

O prazo estabelecido no art. 152 da Lei nº 8.112/90 para a conclusão dos trabalhos da comissão é de até 60 (sessenta) dias, contados da publicação do ato que constituiu a comissão, podendo ser prorrogada por igual período, ou seja, tem-se 120 (cento e vinte) dias para a conclusão do PAD.

Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir

a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

Conforme Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, pg. 82, o prazo estabelecido no art. 152 da Lei nº 8.112/90 é somente uma referência e não deve ser considerado absoluto, uma vez que existem casos com maior grau de dificuldade que necessitarão de um prazo maior para sua conclusão, porém, para casos menos complexos, o prazo estabelecido pela Lei nº 8.112/90 é considerado razoável para a apuração.

O prazo foi delineado de forma geral para todos os processos administrativos disciplinares instaurados, o que não implica dizer que, independentemente da dificuldade do caso sob apuração, esse prazo deva ser considerado como absoluto. Trata-se de um balizador dos trabalhos da comissão disciplinar que venha a atuar em uma apuração mais complexa e, nos casos mais simples, há de ser tomado como um período razoável para a real e definitiva solução do feito. Todavia, isso não pode servir de escudo para a indefinida postergação dos trabalhos apuratórios nos casos mais complexos, sob pena de se descumprir ordenamento constitucional que estabelece como direito de todos, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), além de poder configurar crime a procrastinação do encerramento do processo (art. 31 da Lei nº 13.869/2019). E, ainda, até mesmo em função da existência do instituto da prescrição que, com a sua incidência, pode retirar da Administração Pública o direito de infligir qualquer punição a um eventual servidor autor de infração disciplinar.

A questão relacionada ao prazo conclusivo para emissão do relatório final e encaminhamento à autoridade julgadora é de extrema importância para as partes envolvidas. Se de um lado a Administração Pública enseja manter a regularidade dos serviços e esclarecer os fatos denunciados ou representados que levaram à instauração do PAD, por outro, os acusados também desejam uma resposta conclusiva com brevidade dos fatos apurados.

Embora a Lei nº 8.112/90 apresente o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a conclusão do PAD, quando os trabalhos da comissão ultrapassam esse prazo é possível a autoridade instauradora reconduzir ou constituir nova comissão, mantendo ou não os seus membros, e adotando o mesmo prazo de até 120 (cento e vinte) dias, computados a prorrogação, uma vez que se pretende apurar a verdade material dos fatos, em atendimento ao art. 143 da Lei nº 8.112/90.

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Sobre essa questão, o Manual de Processo Administrativo da CGU, p. 84- 85, apresenta o seguinte registro:

Conclui-se, portanto, que após vencido o prazo legalmente estabelecido para os trabalhos da comissão, não se dá a extinção do poder disciplinar da Administração, de modo que, passado esse prazo, necessária se faz a concessão de novos e subsequentes prazos para a elucidação dos fatos sob apuração, com espeque na busca da verdade material, e à luz de princípios como os da eficiência, moralidade e duração razoável do processo. Nesse sentido, poderá a autoridade competente, sempre ponderando no caso concreto a utilidade e necessidade da continuidade do procedimento, e com esteio nos princípios mencionados, conferir novo prazo de trabalho à comissão disciplinar.

[...]

Por outro lado, para a concessão de novo prazo, a autoridade deverá emitir novo ato designatório da comissão, para que, no prazo de até 60 dias contados da publicação da nova portaria no boletim interno (Boletim de Serviço ou Boletim de Pessoal), continue ou ultime a apuração deflagrada pela portaria de instauração inicial. Esse prazo poderá, assim como o originário, sofrer única prorrogação por igual período, consoante se depreende do art. 152 da Lei nº 8.112/90. Nessa toada, esgotado o prazo de prorrogação, a autoridade poderá novamente realizar o juízo de ponderação e decidir, no caso concreto, segundo as circunstâncias que o permeiam, por designar ou reconduzir novamente o trio processante, e assim sucessivamente, até o término dos trabalhos. Com o intuito de subsidiar a decisão da autoridade instauradora sobre os pedidos de recondução ou nova designação, formulados pelo trio processante, é imperioso que este sempre justifique a solicitação, demonstrando de forma sucinta os atos e diligências já realizados e quais ainda são indispensáveis, indicando o novo prazo necessário à sua realização.

O excesso de prazo em processo administrativo disciplinar também foi objeto de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu não acarretar a nulidade.

ADMINISTRATIVO – AÇÃO ORDINÁRIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – SERVIDOR MILITAR – EXCLUSÃO DAS FILEIRAS DA CORPORÇÃO – PRÁTICA DE ATOS INCOMPATÍVEIS COM A CARREIRA MILITAR – GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO – OBSERVÂNCIA – EXCESSO DE PRAZO – INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO – DESNECESSIDADE – EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – REFORMA. Observadas as garantias constitucionais do acusado e comprovada a prática de atos incompatíveis com o exercício das funções próprias da carreira militar, deve ser mantida a decisão do Conselho de Disciplina, que houve por excluir o servidor das fileiras da Corporação. O excesso de prazo, para a conclusão do processo administrativo-disciplinar, não acarreta, de imediato, nulidade susceptível de invalidar o procedimento, salvo se tal tenha significado a impossibilidade de seu exercício de defesa (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 841211 / MG - MINAS GERAIS)

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no Mandado de Segurança nº 7.962/DF no sentido de que não constitui nulidade quando o processo administrativo disciplinar extrapola os 120 (cento e vinte) dias, ou seja, o prazo originário de 60 (sessenta) dias mais 60 (sessenta) dias da prorrogação.

Ementa: Esta Colenda Corte já firmou entendimento no sentido de que a extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não consubstancia nulidade susceptível de invalidar o procedimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 7.962/DF).

No que se refere ao julgamento pela autoridade competente, o prazo estabelecido pela Lei nº 8.112/90, art. 167 é de 20 (vinte), contado do recebimento do processo. Todavia, o mesmo normativo no art. 169, § 1º, dispõe que o julgamento não causa nulidade ao processo.

Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

§ 1º O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.

Pacificada a questão relacionada a não invalidação do processo que extrapola o prazo legal conclusivo, identifica-se a existência de uma lacuna quando não se adota um prazo para a conclusão do PAD, pois a comissão poderá ser reconduzida ou constituída por diversas vezes, inexistindo um prazo referencial definitivo, gerando um desgaste para Administração e para a parte acusada.

Percebe-se que essa lacuna está em descompasso com o estabelecido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal/88:

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

[...]

XXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Destaca-se que quando se trata de normas e garantias fundamentais, segundo os termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal/88, a sua aplicação é imediata.

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:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

De outro modo, o direito à razoável duração do processo administrativo está diretamente vinculado ao princípio da eficiência que reza pela celeridade processual de modo que se alcance o fim almejado, fazendo-se constar dentre os princípios destacados no art. 2º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade,

moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 60-61) entende que a eficiência está relacionada a mecanismos céleres utilizados pela Administração para alcançar os resultados, e que o processo administrativo deve ser gerido com eficiência, para que a solução dos litígios seja rápida.

No processo administrativo, o princípio da eficiência há de consistir na adoção de mecanismos mais céleres e mais convincentes para que a Administração possa alcançar efetivamente o fim perseguido através de todo o procedimento adotado. Exemplificamos com o aspecto relativo à produção de provas (art. 29 a 47). É necessário dar cunho de celeridade e eficiência nessa fase, com a utilização de computadores, com a obtenção de documentos pelas modernas vias da informática e, por que não dizer, por gravações de depoimentos para minorar gasto do tempo que ocorre nessas ocasiões.

[...]

A eficiência é, pois, antônimo de morosidade, lentidão, desídia. A sociedade de há muito deseja rapidez na solução das questões e dos litígios, e para tanto cumpre administrar o processo administrativo com eficiência.

Cumprido ressaltar que a morosidade no processo disciplinar tem reflexo direto na vida pessoal e laboral do acusado, implicando até mesmo no deferimento do pedido de aposentadoria, nos termos do art. 172, da Lei nº 8.112/90:

Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

Vale lembrar que o Pacto de San José, no artigo 8, 1, dentre as garantias judiciais, apresenta o prazo razoável para a parte ser ouvida pelo juiz. Essa garantia pode ser aplicada também ao processo administrativo, uma vez que se o procedimento processual não for célere, o resultado ou o julgamento será moroso, impactando na vida do acusado, bem como nas atividades desenvolvidas pela Administração.

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. 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.

Sob o ponto de vista da economicidade, tem-se que o custo de um PAD é elevado, considerando o número de três servidores estáveis que atuam em cada comissão, o valor/hora de trabalho e o tempo médio de duração de um processo. Conforme dados extraídos do Painel Correição em Dados da CGU, no período de 2020 a 2022, <https://centralpaineis.cgu.gov.br/visualizar/corregedorias>, o tempo médio de processos em andamento no Poder Executivo Federal 525 dias.

Nota-se que o tempo médio dos processos administrativos disciplinares demonstrados no painel da CGU extrapola, em muito, o prazo originalmente concebido pela Lei nº 8.112/90. Então, é necessário haver critérios para garantir um grau de celeridade condizente conforme a complexidade dos fatos a serem apurados, conforme ressalta Fredie Didier Jr.:

[...] respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional” (DIDIER, 2009, p. 54).

Ademais, há que se pensar em na atualização da Lei. Nº 8.112/90, em especial, no que se refere aos prazos do rito processual do processo Administrativo Disciplinar, a fim de garantir uma aproximação da realidade afeta à conclusão dos procedimentos disciplinares.

4.CONCLUSÃO

Durante a produção deste artigo, buscou-se identificar se o direito fundamental à duração razoável do processo, disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal/88 e o princípio da eficiência estão sendo observados pelo instituto do processo administrativo disciplinar (PAD).

É certo que a Administração Pública deve adotar mecanismos de controle e de correição para evitar desvios ou aplicar as penalidades cabíveis, a fim de manter a regularidade de suas ações e prestação de serviços com qualidade e eficiência à sociedade.

Todavia, não se pode olvidar que a apuração de uma irregularidade ou desvios praticados por seus servidores devem ser realizados considerando um procedimento temporal definido, pois a possibilidade de reconduções ou constituição de novas comissões para dar seguimento a apuração, por indeterminadas vezes, não se demonstra saudável para a Administração e para o acusado

Nesse sentido, percebeu-se que embora o princípio da eficiência seja um instrumento de defesa da cidadania, pois prima pela qualidade dos serviços, a celeridade processual e ênfase nos resultados almejados pela Administração Pública, não se vislumbra a sua efetividade quando se trata do tempo dispendido para conclusão de um PAD, conforme observado pelo tempo médio de processo disciplinar em andamento descrito no painel correcional da CGU, que chega a 698 dias, demonstrando um descompasso entre o que rege a Lei nº 8.112/90, que é de 120 (cento e vinte) dias, já computado com o prazo de prorrogação para a conclusão do PAD e a duração razoável do processo, conjugada com o princípio da eficiência.

Essa referência temporal é preocupante, devendo ser objeto de reflexão pela Administração federal, e se apresenta como termômetro para indicar que algo não vai bem, pois a demora excessiva para a conclusão de um PAD implica em custos para a máquina pública, prejudica a vida laboral e familiar do servidor acusado, pois gera incerteza de seu futuro dentro da instituição, podendo causar até problemas de saúde, dentre outros reflexos que não cabe aqui descrever.

Então, a adoção de critérios, conforme a complexidade, local, quantidade de acusados, por exemplo, e a limitação de tempo para as reconduções das comissões processantes poderão ser de grande valia para que haja um equilíbrio no que se refere à duração necessária do inquérito administrativo disciplinar, dentro do que se espera ser um prazo razoável.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Senado, 1988.

BRASIL, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: 10 de junho de 2022.

BRASIL. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho257263/false>>

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Prescrição no processo administrativo disciplinar e segurança jurídica**. *Revista Brasileira de Direito Municipal [recurso eletrônico]*. Belo

Horizonte, v. 17, n. 62, out./dez. 2016. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/23123>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **A competência em razão do tempo da comissão de processo administrativo disciplinar e a nulidade dos atos processuais praticados depois de expirado o prazo de designação original sem prorrogação ou nova nomeação**. Boletim de Direito Municipal, São Paulo, v. 25, n. 12, p. 837-840, dez. 2009. Disponível em: Acesso em: 20 fevereiro de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEZAN, S. L. & CARMONA, P. A. C. (2017). **A Ilusória Amorfa do Processo Administrativo Sancionador: o Princípio da Instrumentalidade das Formas vs. as Finalidades do Processo, sob o Amparo da Ética, da Moral e da Complexidade**. Revista Direito. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo%209.pdf> Acesso em: 20 de fevereiro de 2022.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jul. 2000.> Disponível em:

<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/82>

Acesso em: 14 de maio de 2022.

LAKATOS, Eva e Marconi, Marina. **Metodologia do Trabalho Científico**. SP: Atlas, 1992.

Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em: 10 de junho de 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PINHEIRO, Michel. O princípio da eficiência na administração pública e o cidadão. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40. Disponível em:

<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/82>> Acesso em: 10 de junho de 2022.

PINHEIRO, Michel. O princípio da eficiência na administração pública e o cidadão. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: . Acesso em: 1 ago. 2013.

Painel de Correição da Controladoria-Geral da União. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>> Acesso em: 24 de abril de 2022.

Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. **Custos da Atividade Disciplinar no Poder Executivo Federal**, v. 11, nº 2, p. 212-234. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/8175>> Acesso em: 2 de junho de 2022.

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho257263/false>> acesso em: 16 de junho de 2022.

<https://centralpaineis.cgu.gov.br/visualizar/corregedorias>> acesso em 10 de junho de 2022.

EQUIPARAÇÃO DOS INSTITUTOS DO CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: DIFERENÇAS E SIMILARIDADES ENTRE O CÔNJUGE E COMPANHEIRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

BRIANY ESTER SAMPAIO:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil, Campus
Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN
(orientador)

RESUMO: Esse estudo monográfico tem o escopo discorrer sobre a evolução do casamento e seus impedimentos relativos e causas de anulabilidade expressas na legislação vigente no ordenamento jurídico, fazendo uma equiparação com o instituto da união estável configurada na convivência pública, contínua e duradora, com objetivo de constituir família, bem como a evolução das entidades familiares com as modificações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015. Isso posto, tem o desígnio de explicar sobre as diferenças do cônjuge e companheiro e analisar a constitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil vigente, que faz previsão ao direito do companheiro na sucessão.

Palavras-chave: Casamento. União estável. Entidades familiares. Sucessão.

ABSTRACT: This monographic study has the scope to discuss the evolution of marriage and its relative impediments and causes of annulment expressed in the current legislation in the legal system, making an equivalence with the institute of the stable union configured in public coexistence, continuous and lasting, with the objective of constituting family, as well as the evolution of family entities with the changes brought by the New Code of Civil Procedure of 2015. That said, it aims to explain the differences between spouses and partners and analyze the constitutionality of article 1790 of the current Civil Code, which provides for the partner's right to succession.

Keywords: Marriage. Stable union. Family entities. Succession.

INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico possui o intuito de analisar sobre o ramo do direito de família, consistindo em um fenômeno social, que está interligado no cotidiano, abrangendo princípios e normas que norteiam e regulamentam relações pessoais, nota-se que é de suma relevância abordar sobre a família, visto que é o início de toda abordagem

apresentada, na qual houve contínua evolução sobre os valores da sociedade, como as diversidades e construções de novas entidades familiares.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2017,p.17):

O direito de família de todos os ramos do direito o mais intimamente ligado própria vida uma vez que de modo geral as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Dessarte, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, dispõe que a família é a base da sociedade, e tem especial proteção do Estado, ademais, o parágrafo 3º do artigo supracitado expõe que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, podendo ser convertido em casamento.

Neste segmento, tem como ponto principal a análise e equiparação entre o casamento e a união estável na legislação brasileira, abordando a evolução desses institutos com o decorrer do tempo, abordando as diferenças e similaridades do cônjuge e companheiro na legislação vigente no ordenamento jurídico.

De início, será feita uma breve análise do matriarcado ao advento do patriarcado, com aspecto nas famílias constituídas pelo direito Romano e Canônico possuindo um enfoque sobre a influência delas no direito civil brasileiro, com comparações que norteiam a igreja católica, como também os novos paradigmas da família. Ademais, será mencionado sobre o casamento, na qual, houve modificações durante a contemporaneidade, trazendo inovações expressas na Constituição Federal de 1988, consistindo nas relações jurídicas formadas pelo matrimônio, sendo entendido como um negócio jurídico bilateral, além de ser a instituição mais solene e importante do direito privado, sendo regido pelo direito das famílias.

Nesta perspectiva, tem como escopo abordar sobre a união estável, na qual o Código Civil entende como uma entidade familiar, com a finalidade de constituição de família, determinando os impedimentos do artigo 1521 do CC, como também as causas suspensivas do artigo 1523, CC . Será feita uma breve análise do concubinato sendo relação que não detém proteção do direito de família, se diferenciando da união estável.

Assim, esta monografia tem como objetivo discorrer sobre a (in)compatibilidade do tratamento desigual entre companheiros e cônjuges, à luz da doutrina e a jurisprudência. Por fim, é de extrema importância salientar sobre a problemática do artigo 1790 do CC, ao se tratar da sucessão do convivente, e abordar as discussões relacionadas a sua aplicabilidade na legislação.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

É notório que a família teve diversas modificações e adaptações ao longo dos anos, para se adequar com os novos paradigmas da sociedade, se constituindo em um fenômeno social, que está interligado no cotidiano, abrangendo um conjunto de princípios e normas que regulamentam relações pessoais, destarte, o Estado dispõe função de resguardar a família, consoante com o artigo 226 da Constituição Federal.

Em síntese, o direito de família alude as relações familiares, uma delas compostas pelo casamento e união estável, consideradas entidades familiares, sendo garantidas pela Constituição de 1988. Destaca Sílvio de Salvo Venosa:

O casamento é o centro do direito de família irradiando dele normas fundamentais. Sua importância como negócio jurídico formal, abrange as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságua nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos. (VENOSA, 2006, p.27).

O instituto do casamento passou por diversas mudanças no decorrer do tempo, sendo considerado o mais significativo de todas as instituições do direito privado, pois é o ato mais formal e solene do direito de família, na qual os nubentes necessitam passar pelo processo de habilitação para que seja celebrado o matrimônio. Para conceituar o casamento civil, o doutrinador Euclides de Oliveira, explica que:

O casamento civil é o ato em que o Estado intervém desde a habilitação, para controle da inexistência de impedimentos, até a celebração por autoridade competente. Caracteriza-se como contrato, porque resultante do necessário consentimento dos contraentes, mas depende, ainda, da final declaração do celebrante, de que se acham casados na forma da lei [...]. (OLIVEIRA, 2003, p. 38-39).

Anteriormente o casamento era visto como a única forma reconhecida pelo Estado como entidade familiar, mas ao decorrer dos tempos, a sociedade passou por diversas modificações. Posto isso o Código Civil de 2002 em seu artigo 1723, prevê que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Maria Helena Diniz explana:

A união estável é a relação convivencial, *more uxório*, que passa a ser convertida em casamento, ante as ausências dos impedimentos do art. 1521 do Código Civil, visto que as causas suspensivas arroladas no art. 1523 não impedem sua caracterização, e reconhecida como entidade familiar, constituindo uma família. Assim, solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou de fato, e divorciados poderão constituir união estável, por força do art. § 1º do art. 1723. (DINIZ, 2002, p.1120).

1.1 A FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO E CANÔNICO

Ao longo da evolução histórica, a família passou por significativas modificações, sendo classificada como um instituto de ampla importância, de sorte, o Direito Romano dispôs de uma vasta influência, na qual detinha natureza patriarcal, onde o autoritarismo masculino conferiu origem ao pátrio poder possuindo caráter unitário exercido pelo pai, que chefiava toda a família que se mantinha sobre seu comando. No Direito Romano, consolidava-se através do matrimônio, sendo um estado de fato que produzia efeitos jurídicos e para que acontecesse era primordial o *affectio* (afeição em latim) durante o casamento, sem isso era causa de dissolução. Nesse ínterim, sucedeu uma intensa modificação na concepção da família com o surgimento do Direito Canônico na sociedade.

A análise da família, sob a ótica do Direito Canônico foi marcada pelo cristianismo, na qual os canonistas intitularam que o casamento religioso era algo sagrado, que não poderia ser desfeito, sendo assim um matrimônio indissolúvel. Ademais, para que ocorresse a dissolução deste matrimônio, só poderia ser permitido se houvesse morte de um dos nubentes ou em caso de adultério.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves acentua:

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico [...] Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade. (GONÇALVES, 2022, p.51)

1.2 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução da família no direito brasileiro é marcada por mudanças significativas que visam reconhecer e proteger as diferentes formas de constituição familiar, posto isso, a primeira legislação a abordar sobre este tema foi o Código Civil de 1916, na qual o casamento era concebido como uma entidade rigidamente estruturada, composto

somente entre homem e mulher não permitindo o divórcio. O legislador classificou a instituição familiar como matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, sendo formada por laços biológicos, tornando-se restrita outras modalidades.

Com a promulgação da Constituição de 1988, foram ampliados os direitos e garantias fundamentais, pautadas pelos princípios da dignidade humana e ideias de igualdade, onde o legislador trouxe expressamente o surgimento de novas entidades familiares, como a união estável, uniões homoafetivas e família monoparental, reconhecendo a diversidade e a pluralidade familiar, garantindo-lhe especial proteção do Estado, conforme dispositivo 226 da CF/88. Hodiernamente, o núcleo familiar é visto como uma instituição flexível e dinâmica, com fundamento nos laços afetivos, que se adapta aos diferentes contextos sociais e culturais.

2 DO CASAMENTO

O casamento é estabelecido por um vínculo entre duas pessoas firmada perante o Estado, com intuito de constituir família, sendo inescusável o consentimento de ambos, outrossim, é um contrato solene, gerando a sociedade conjugal, formando a união legítima. No tocante ao conceito de casamento, segundo Rodrigues (2002, p.19), “O casamento é o contrato de Direito de Família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Preliminarmente, a sociedade vivia de uma maneira conservadora e sob grande influência da igreja católica, a qual justificava o instituto do casamento como sagrado e indissolúvel, nesse contexto, o Código Civil de 1916 instituiu o desquite, sendo a única forma de dissolução do casamento, configurando uma modalidade de separação do casal e de seus bens materiais, o qual dissolvia a sociedade conjugal, sem romper o vínculo matrimonial, impossibilitando-os de contrair novas núpcias.

Em 1977, com o advento da lei 6.515, o instituto do divórcio foi criado, e o desquite passou a ser equiparado com a separação judicial, sem embargo, a Emenda Constitucional 09, aquiesceu que o divórcio era passível de dissolução, e para isso, era necessário passar por um período de separação de corpos, desse modo, após 2 anos ininterruptos de separação, iniciava-se o processo de divórcio. Consoante com Venosa (2010, p.15), “A batalha legislativa foi árdua, principalmente no tocante à emenda constitucional que aprovou o divórcio. O atual estágio legislativo teve que suplantar barreiras de natureza ideológica, sociológica, política, religiosa e econômica. (...)”.

Sumariamente, no ano de 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional 66, na qual, essa alteração gerou vultosos avanços ao direito de família, trazendo a possibilidade

de o divórcio ser efetuado de modo direto, sem a imposição da separação prévia ou de fato, do mesmo modo, essa medida extinguiu a exigência dos prazos legais. Além, do fim da exigência do lapso temporal, um dos basilares benefícios que a nova redação da que a Emenda traz é a extinção da separação judicial.

O artigo 226 § 6º da Constituição Federal, passou a vigorar com sua nova redação:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) (BRASIL, CONSTITUIÇÃO, 1988).

2.1 CAPACIDADE E CAUSAS SUSPENSIVAS

Via de regra, para se contrair o matrimônio, é necessário que os nubentes atendam o requisito da capacidade plena, contudo, a legislação brasileira nos dispositivos 1.517 a 1520 do CC, estabelece que a idade núbil para o casamento é de 16 anos de idade, mediante autorização de ambos os representantes legais. É válido ressaltar que, caso seja celebrado um casamento em que um dos nubentes não tenha atingido a idade núbil ou não tenha a autorização dos representantes legais, a consequência será sua anulabilidade conforme o art. 1.550, I, II do CC.

Outrossim, os artigos 1521 a 1524 do CC demonstra os impedimentos e causas suspensivas, que tem por finalidade impedir temporariamente ou permanentemente o casamento. O Código Civil em seu rol taxativo menciona que:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002)

Esclarece Maria Berenice Dias:

[...] Os pais de cada um dos noivos viram sogro e sogra do outro. Os parentes colaterais até o segundo grau (os irmãos) tornam-se cunhados. Cessando o casamento, o parentesco em linha reta (sogro, sogra, genro e nora) não se dissolve vindo a gerar, inclusive, impedimento para o casamento (CC, 1521, I). [...] (DIAS, 2010, p. 149)

Correlacionado as causas suspensivas, estas se traduzem em um impedimento relativo à realização do matrimônio, que não impedem a celebração do casamento, mas tem por escopo proteger o patrimônio de um ou ambos os nubentes, porquanto podem dispor sanções àqueles que contraírem o matrimônio, dado que o casamento é apenas irregular. Para André Borges de Carvalho Barros (2009, p. 333), “as causas suspensivas tem como finalidade evitar, além de confusão patrimonial, dubiedade com relação à filiação”. Estão dispostos nos incisos do art. 1523 do Código Civil:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

2.2 HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

O processo de habilitação de casamento é o primeiro passo para que seja possível consolidar o matrimônio, na qual o Estado por meio de um procedimento administrativo perante o Oficial de Cartório de Registro Civil indaga se não há qualquer impedimento legal para a consumação da união. Dessarte, estando em ordem a documentação, será feito o edital para dar publicidade a pretensão expressa pelos nubentes, que será fixado durante 15 dias no Cartório de Registro Civil da cidade de ambos, e compulsoriamente será publicado na imprensa local, convocando as pessoas que saibam de algum impedimento venha a opô-lo. É a habilitação de casamento que averigua se os noivos atendem a quaisquer exigências legais para essa celebração.

Paulo Lôbo sublinha:

"O oficial do registro público, verificando que a documentação da habilitação está regular, dar-lhe-á imediata publicidade em meio eletrônico, emitindo a certidão de habilitação 5 dias depois, findo os quais os nubentes poderão celebrar o casamento perante qualquer serventia de registro civil de sua livre escolha, ou perante autoridade religiosa, dentro do prazo de 90 dias (art. 67 da Lei de Registros Públicos, com a redação da Lei n. 14.382/2022)." (LÔBO, 2023, p.269).

3 CONCUBINATO

Preliminarmente, é válido acentuar que anterior a Constituição Federal de 1988, o casamento era tido por indissolúvel e os desquitados eram impedidos de constituir novo matrimônio, posto isso, passavam a ter uma relação afetiva de maneira ilegal, sem oficializar essa união. Ademais, não era reconhecida legalmente como entidade familiar, sendo considerada uma situação de fato. Conforme prevê o artigo 1.727 do Código Civil "As relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".

Á vista disso, o concubinato era visto como um passo alternativo ao casamento, sendo uma união consensual e duradoura, sem a proteção do Estado no âmbito familiar, na qual não gerava direitos no âmbito de direito de família, como também não produz os efeitos da união estável, isto é, o concubinato não gera direito quanto a alimentos e sucessórios.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves :

A expressão "concubinato" é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, também conhecido como adúlterino. Configura-se, segundo o novo Código Civil, quando ocorrem

"relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar" (CC, art. 1.727).

Malgrado a impropriedade da expressão utilizada, deve-se entender que nem todos os impedidos de casar são concubinos, pois o § 1º do art. 1.723 trata como união estável a convivência pública e duradoura entre pessoas separadas de fato e que mantêm o vínculo de casamento, não sendo separadas de direito.(GONÇAVES, 2023 p. 1302-1303)

4 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável se configura na convivência pública, contínua e duradora com o objetivo de constituir família (art. 1.723 C.C), diferentemente do casamento, pois trata-se de uma situação de fato, informal que não possui solenidade, com isso não altera o estado civil dos companheiros, mas está amparada pelos mesmos direitos garantidos no casamento civil. No Brasil, existem duas formas de obter a união estável, sendo por meio de escritura pública, ou por contrato particular, de resto, o dispositivo 1.725 do Código Civil prevê que salvo em contrato escrito pelos companheiros, aplica-se às relações patrimoniais o regime da comunhão parcial de bens.

Em suma, respalda em um direito garantido a todos os cidadãos, independente da orientação sexual, e inclusive as pessoas casadas podem vir a estabelecer união estável, basta que estejam separadas de fato, conforme §1.º do Art. 1723 do Código Civil. Outrossim, não é delimitado um período mínimo de convivência entre o casal para que seja requerida a união estável, sendo o critério para análise a relação contínua duradora, como também não é um requisito essencial habitarem sob o mesmo teto.

Desse modo exemplifica Rainer Czajkowski:

Convivência explica-se bem por participação de um na vida do outro, é o entrosamento de vidas [...] A convivência ditada pela lei não deve ser entendida como exigência de moradia comum, nem como necessidade de vida em comum more uxório. Um homem e uma mulher podem conviver mesmo que habitem residências distintas. (CZAJKOWSKI 2001, p. 77).

4.1 CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Preliminarmente, o dispositivo 226 §3º da Carta Maior assegura que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, desse modo, decorre da vontade de

ambos os conviventes tratando-se de um procedimento que poderá ser realizado de forma administrativa ou judicial. Consoante com o artigo 1726 do Código Civil "A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil".

Logo, quando for da vontade do casal, as partes podem comparecer ao Cartório de Registro Civil para solicitar a conversão. À vista disso, o casamento civil dispensa a cerimônia realizada pelo juiz de paz no cartório, tornando indispensável as demais etapas de habilitação.

Conforme entendimento do doutrinador Paulo Lobo:

"A conversão da união estável em casamento pode ser realizada apenas extrajudicialmente, de modo consensual. A Lei n. 14.382/2022 introduziu o art. 70-A na Lei de Registros Públicos para permiti-la, sem necessidade de intervenção do Ministério Público e de autorização judicial. Basta requerimento assinado pelos companheiros ao oficial do registro civil de sua residência, que promoverá o procedimento de habilitação nos mesmos moldes do casamento, com dispensa da celebração. A conversão se concluirá se não houver oposição de impedimentos para o casamento, durante o procedimento de habilitação. O requerimento deverá indicar o regime de bens que será adotado após o casamento." (LÔBO, 2023, p.454).

É válido acentuar que caso um dos companheiros estiverem apenas separados de fato, sem regularizar o divórcio na justiça, não será possível a conversão da união estável em casamento, por ser configurado como crime de bigamia.

5 INCOMPATIBILIDADE DO TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO

Mediante revisão da legislação vigente no ordenamento brasileiro, nota-se a incompatibilidade do tratamento desigual do cônjuge e companheiro a luz do artigo 1790 do CC, ao se tratar da sucessão do convivente. Isso posto, mesmo com os avanços ao longo dos anos, o direito do companheiro para fins sucessórios ainda apresenta uma posição desfavorável conforme expõe o artigo supracitado:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Por conseguinte, o dispositivo constitucional estabelece a sucessão do companheiro, sendo um assunto polêmico visto que ao analisá-lo, nota-se que na união estável, não existem os mesmos direitos sucessórios, na qual, o companheiro sobrevivente tem direito somente à totalidade da herança quando inexistirem herdeiros, de outro modo, irá atingir unicamente os bens que foram adquiridos onerosamente na vigência da união. Á vista disso, é válido referenciar que é elencado dois regimes sucessórios distintos, onde o companheiro não se constitui herdeiro necessário, somente o cônjuge. Portanto, evidencia que, mesmo sendo institutos com objetivos semelhantes, possuem efeitos totalmente distintos. Ao apresentar um tratamento discriminatório concedido à união estável, explica Dias:

[...] O conjugue é herdeiro necessário e figura no terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. O companheiro é somente herdeiro legítimo herda depois dos parentes colaterais de quarto grau. O direito a concorrência sucessória também é diferente. Quando ocorre os descendentes e ascendentes, o direito do companheiro se limita aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. (DIAS, 2013, p.26)

Sumariamente, é assegurado aos companheiros o direito real de habitação relativamente ao único imóvel destinado a residência da família, conforme a lei nº 9.278/96 . O Código Civil nada diz sobre o direito real de habitação na união estável, desta forma, permanece válido o artigo 7º, parágrafo único da lei supracitada para aplicação de tal direito. Nas palavras de Nevaes (2014, p.127-128). “Além do usufruto legal, ou de parte da propriedade plena da herança, terá, ainda, o companheiro sobrevivente o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família (Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único)”.

A respeito, Silvio de Salvo Venosa, entende:

Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento em matéria sucessória, mas não o fez. Preferiu estabelecer um sistema sucessório isolado, no qual o companheiro supérstite nem é equiparado ao cônjuge nem se estabelecem regras claras para sua sucessão. (VENOSA, 2007, P. 127).

Todavia, no tocante à equiparação entre união estável e casamento, e a polêmica envolvendo a sucessão do companheiro na legislação vigente, foi necessária uma decisão do STF para decidir sobre o tema, dado que muitas injustiças vinham sendo realizadas em face dos companheiros, visto que os mesmos não recebiam a mesma proteção que os cônjuges recebiam. Logo, em sede de Recurso Extraordinário nº 878.694 o qual se transformou na Repercussão Geral n. 809, o STF declarou inconstitucional o dispositivo 1.790 do Código Civil de 2002, não podendo haver distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, posto isso, o companheiro passou a ter o mesmo tratamento que o cônjuge, conforme o artigo 1.829 do CC/02.

Ademais, a mesma tese foi fixada para o tema 498 da repercussão geral, nos seguintes termos: "É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002".

7- CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo monográfico possibilitou uma análise dos institutos do casamento e união estável, trazendo de forma evidente as conquistas jurídicas obtidas ao longo do tempo elencados desde os primórdios até a situação atual, sendo abordado a visão histórica da constituição da família, como também os aspectos referentes à incompatibilidade da sucessão do cônjuge e companheiro na legislação vigente.

Assim, o direito de família se mostrou muito abrangente dentro do Direito Civil, onde resguarda direitos dos indivíduos, visando proteger as relações advindas das entidades familiares. Tais entidades que foram concebidas ao longo da evolução da sociedade brasileira, visto que anteriormente só existia uma entidade familiar, sendo esta constituída pelo matrimônio indissolúvel, não obstante, mediante tais avanços, a legislação reconheceu diversas entidades que são amparadas pela Carta Magda.

É válido acentuar que, o instituto da união estável antes de ser reconhecida como entidade familiar, era denominada concubinato, sendo uma união prolongada entre homem e mulher, sem o casamento.

Posto isso, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, ensejou-se proteção do Estado, não obstante, é constatado que este instituto não se equipara ao

casamento, visto que são totalmente divergentes. Sem embargo, mesmo que possuam a finalidade de constituir família, o casamento se fundamenta em um negócio jurídico formal e solene, à medida que, a união estável, não possui solenidade, sendo uma situação de fato, decorrendo efeitos distintos.

Este estudo demonstrou as vantagens e desvantagens entre o casamento e união estável, onde a principal diferença destaca-se na sucessão hereditária prevista no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, quanto ao direito de garantido ao companheiro. Em face ao exposto, em razão da polêmica do dispositivo, foi declarado inconstitucional pelo plenário do STF o artigo 1.790 do Código Civil, na qual determinava a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime jurídico estabelecido no artigo 1.829 do CC/02. Portanto o companheiro possuirá os mesmos direitos que o cônjuge quando for referente à sucessão.

Por fim, a referida decisão modificou vários aspectos referente ao direito sucessório dos companheiros, trazendo uma proteção extensiva, na qual se equipara aos direitos obtidos em virtude do casamento. A decisão do STF tem por escopo trazer uma maior segurança jurídica aqueles que optam pela união estável, trazendo deste modo um maior amparo legal ao instituto da união estável, da mesma forma que é quando se trata de casamento.

REFERÊNCIAS

ADRIANO, Daniel Dal Ponte. **Análise crítica a respeito da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.** Conteúdo Jurídico. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53926/anlise-crtica-a-respeito-da-inconstitucionalidade-do-artigo-1-790-do-cdigo-civil>. Acesso em: 03/05/2023.

ARAÚJO, Isabella Cristina Guilherme De . **O companheiro e o status de herdeiro necessário: Repercussão Geral nº 809 do STF.** Jus.com, 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/98931/o-companheiro-e-o-status-de-herdeiro-necessario-repercussao-geral-n-809-do-stf>. Acesso em: 15/05/2023.

AUGUSTO, Luís Fernando. **A evolução da ideia e do conceito de família.** Disponível em: <https://advocaciatpa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879/a-evolucaoda-ideia-e-do-conceito-de-familia>. Acesso em: 01/04/2023.

BARROS, Marcus Vinicius Alencar; FERRES, Nadejda. **A transformação histórica do modelo da família: As mudanças em relação ao parentesco o Código Civil acrescentou novas formas para seu estabelecimento, superando a distinção entre a filiação legítima e ilegítima.** migalhas, 2023. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/381697/a-transformacao-historica-do-modelo-da-familia>. Acesso em: 15/04/2023.

CARVALHO BARROS, André Borges de; BRANDÃO AGUIERRI, João Ricardo. **Elementos do Direito – Direito Civil**. 2ª Edição, Ed. Premiere Máxima, São Paulo-SP, 2009. Coleção Elementos do Direito, p. 435. Acesso em: 05/04/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Aplica-se a tese fixada no Tema 809/STF ao inventário em que ainda não foi proferida a sentença de partilha, ainda que tenha havido, no curso do processo, a prolação de decisão que, aplicando o art. 1.790 do CC, excluiu herdeiro da sucessão**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a7d9277053b8355e69db079f52d274e9>>. Acesso em: 15/05/2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/03/2023.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das Leis 8.871/94 e 9.278/96**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. Acesso em: 05/04/2023.

DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. Rev. Atual e ampla. São Paulo: Revista Tribunais, 2010. Acesso em: 05/04/2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. Acesso em: 05/04/2023.

FRANÇA, Gedfam Rubens Limongi. **A evolução histórica da dissolução do casamento**. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-evolucao-historica-da-dissolucao-do-casamento/1117712810>. Acesso em: 15/04/2023.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Acesso em: 08/04/2023.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Acesso em: 08/04/2023.

GONÇALVES, C. R.; LENZA, P. **Direito civil esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Acesso em: 08/04/2023.

LIVIANU, Roberto ; RIBEIRO, Martha Helena Costa . **História da família e sua proteção jurídica — o papel do MP**. ConJur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/historia-familia-protexao-juridica-papel-mp>. Acesso em: 15/04/2023.

LÔBO, P. **Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Acesso em: 08/04/2023.

NEVERES, Ana Luiza Maia. **A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. 05/05/2023.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável, do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil**. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2003. 10/03/2023.

PADILHA, Luccas . **As diferenças entre união estável e concubinato**. 2021. Disponível em: <<https://nancireginaadvogados.com.br/blog/as-diferencas-entre-uniao-estavel-e-concubinato/>>. Acesso em: 15/04/2023.

RIBEIRO, Regis Rezende. **Impedimentos e causas suspensivas ao casamento (arts. 1521 a 1524 Código Civil/2002)**. Jus Brasil, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/impedimentos-e-causas-suspensivas-ao-casamento-arts-1521-a-1524-codigo-civil-2002/115231647>. Acesso em: 15/04/2023.

RODRIGUES, Silvio Rodrigues. **Direito Civil**. 27 ed. Saraiva: São Paulo, 2002. Acesso em: 08/04/2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. Volume 7.7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. Acesso em: 05/05/2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família** .10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V.6. Acesso em: 10/04/2023.

AS FALHAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

JUCELINE NAKAMURA ROSSIGALLI:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul – SP

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON⁵⁶

(orientador)

RESUMO: O presente artigo trata da problemática do sistema prisional brasileiro do ponto de vista das dificuldades de ressocialização do preso no momento de seu retorno ao convívio em sociedade. Analisando a atual situação caótica do sistema carcerário surge a discussão sobre a ineficácia do sistema penitenciário em atingir sua finalidade no combate a reincidência e aos problemas gerados pelo mau encarceramento, superlotação e os seus reflexos na sociedade. Faz uma análise sobre as origens do modelo de política criminal e a evolução histórica das sanções penais, para confrontar com as funções declaradas desse sistema. Busca descaracterizar a prática de combater violência com violência, partindo do pressuposto que neste círculo vicioso todos saem perdendo, principalmente a sociedade. A metodologia adotada para realização do presente artigo foi o método dedutivo por análises e pesquisas bibliográficas, doutrinas, documentos e legislações. Objetiva-se expor a problemática do encarceramento em massa, e as consequências da negligência e do desrespeito aos princípios fundamentais e garantias constitucionais inerentes a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Evolução. Sanções. Ressocialização. Justiça.

THE FAILURES OF THE PRISON SYSTEM IN BRAZIL

ABSTRACT: This article deals with the problem of the Brazilian prison system from the point of view of the difficulties of resocialization of the prisoner at the time of his return to living in society. Analyzing the current chaotic situation of the prison system, the discussion arises about the ineffectiveness of the penitentiary system in achieving its purpose in combating recidivism and the problems generated by bad incarceration, overcrowding and its effects on society. It analyzes the origins of the criminal policy model and the historical evolution of criminal sanctions to confront the declared functions of this system. It seeks to de-characterize the practice of fighting violence with violence, based on the assumption

⁵⁶ Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, leticiasanga@bol.com.br

that in this vicious circle everyone loses, especially society. The methodology adopted to carry out this article was through analysis and bibliographic research, doctrines, documents and legislation. The objective is to expose the problem of mass incarceration, and the consequences of negligence and disrespect for fundamental principles and constitutional guarantees inherent to the dignity of the human person.

Keywords: Evolution. Sanctions. Resocialization. Justice.

1 INTRODUÇÃO

Desde os séculos passados o Poder Público vem buscando uma forma eficaz para coibir a prática de atos ilícitos, passando por vários estágios, que incluíram tortura, humilhação, violência e morte.

Com o passar dos anos e consequente evolução humana, a crueldade excessiva passou a ser repudiada, o Estado tornou se Democrático de Direito, com suas garantias e direitos fundamentais.

O artigo 1º da Lei de execução penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984 nos apresenta a premissa contida nessa norma, quer seja, a efetiva disposição da decisão condenatória e garantir ao condenado condições dignas de encarceramento, o que por consequência possibilita a reintegração social de maneira harmônica e pacífica.

Neste sentido este artigo tem por objetivo demonstrar que a Lei vem sendo violada vigorosamente por meio do encarceramento em massa, dos presídios superlotados, sem as condições mínimas de higiene e salubridade. Os apenados são amontoados em celas minúsculas pouco ventiladas, húmidas e na maioria das vezes tratados como animais, um severo desrespeito aos princípios Constitucionais sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho visa demonstrar que o resultado da omissão do Estado em relação a situação caótica do sistema prisional, é um indivíduo corrompido, incapaz do convívio pacífico em sociedade, uma vez que há de se levar em consideração a revolta social que germina na mente do preso quando toma consciência das condições desumanas a que está sujeito, que está sendo penitenciado além do que a Lei estabelece, por uma falha do Poder Público, representante da sociedade, e não mais em virtude do delito que cometera.

A Lei traz expressamente todos os direitos e garantias do preso, que via de regra não são respeitados.

O artigo buscou estabelecer um parâmetro entre o desrespeito a Lei e os princípios Constitucionais com o alto nível de reincidência criminal.

Insta salientar que o tema abordado é de grande interesse e repercussão social, tendo em vista os reflexos danosos causados a sociedade pelo mau encarceramento. Os presídios no Brasil têm funcionado como verdadeiras escolas do crime, convertendo criminosos condenados por crime simples em membros de facções criminosas. Este trabalho de pesquisa, foi desenvolvido com o método indutivo, mas também se utiliza do método dedutivo, baseado na legislação vigente, estudo bibliográfico, análise de dados estatísticos e artigos de revistas e internet.

O presente artigo converge na conclusão de que se faz necessária uma urgente intervenção estatal e o investimento de recursos federais, uma vez que a continuidade da omissão do Estado frente ao sério problema carcerário que o país enfrenta só aumenta a criminalidade e agrava a situação.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS SANÇÕES PENAIS

Durante séculos as penas eram executadas através de suplícios, o próprio corpo do acusado era sujeito a pena através das mais variadas formas de castigo, o acusado era cruelmente violentado, torturado e escarnecido na maioria das vezes para que confessasse o crime, pouco importando se de fato era o verdadeiro transgressor, a pena era utilizada não apenas como punição, mas também como meio de encontrar um culpado, o sistema de punição estatal desta época tinha como alicerce a tortura, infringindo ao acusado uma punição ilimitada e desregrada.

Até o final do século XVIII o suplício era a maneira de punir e o corpo do condenado era o alvo principal da correção penal. O tamanho do sofrimento era medido de acordo com a gravidade do crime.

O suplício era executado em praça pública para servir de exemplo aos espectadores como uma maneira de repressão.

Figura 1- suplício



Fonte: Wikipédia; 2010

Michel Foucault (1975), em seu livro *vigiar e punir* logo nas primeiras páginas conta a história de uma condenação épica, Robert-François Damiens um camponês que em 1657 tentou atacar o rei Luís XIV com uma faca, foi condenado pelo crime de parricídio, isto porque naquela época a figura do rei era considerado o pai da de toda nação, o suplício ao que Damiens foi submetido ficou marcado na história como um dos mais violentos e cruéis atos de punição.

Matéria veiculada no jornal *Gazette d'Amsterdam* (1757 *apud* Michel Foucault, 1975, p.8):

[...] Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Gréve, e sobre um patíbulo que ali seria erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado

e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Muito embora as punições fossem extremamente cruéis e aterrorizantes não se mostravam eficazes no intuito de reprimir as transgressões e atos de rebeldia. Ficando claro que a violência respondida com mais violência, criava um círculo vicioso que era não só prejudicial á sociedade como um todo, mas também em nada contribuía para a evolução do ser humano no sentido de uma convivência harmônica em sociedade.

As sanções penais, quer sejam naquela época, quer sejam nos dias atuais, não podem assumir o condão de vingança ou de mera retribuição do mal causado, mais sim abranger questões bem mais significativas no que tange a pacificação das relações sociais.

No século XVIII com o nascimento do iluminismo, iniciou-se uma grande mudança na maneira de punir, a humanização da pena criminal foi defendida por muitos pensadores iluministas da época dentre eles merece destaque Cesare Beccaria em sua obra *Dos Delitos e das Penas*. O ilustre pensador combateu veementemente a violência e defendeu o reconhecimento das garantias processuais ao acusado.

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo. e procurar fazer nascer a verdade Delos tormentos. como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz:

"Homens, resisti à dor. A natureza vos deu um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; mas, eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contrário; quero inspirar-vos um ódio de vós mesmos; ordeno-vos que vos tomeis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilaceração os músculos (BECCARIA, 1764, p.22).

O corpo humano deixou de ser o alvo principal da punição estatal, a partir de então, surgiram os castigos em forma de suspensão de certos direitos, os primeiros sistemas penitenciários foram erguidos e houve a consolidação da pena privativa de liberdade como punição.

A restrição ao direito de liberdade passou a ser a força motriz deste novo sistema, Michel Foucault (1975, p.63) em *Vigiar e Punir* narra sobre o período:

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na Segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; e entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco.

Com o fim do absolutismo monárquico a pena não era mais a reafirmação do poder do rei, e sim uma represália em nome da sociedade.

Dentre os sistemas criados cumpre ressaltar o Sistema Pensilvânico e o Sistema Auburniano.

No Sistema Pensilvânico o preso era mantido absolutamente isolado, não tinha contato nem mesmo com os outros presos, não trabalhava, não recebia visitas, seu único direito era ler a Bíblia para que assim pudesse entender o erro que cometeu e se arrepender.

O condenado ficava trancado em sua cela, dia e noite, completamente sozinho, este sistema de punir tinha como fundamento o princípio que a solidão do detento era um poderoso meio de reforma através da reflexão, solidão e do remorso (FOUCAULT, 1975)

No Sistema Auburniano os detentos eram obrigados a manter silêncio absoluto, só era permitido falar com os guardas mediante autorização prévia e em voz baixa, jamais deveriam conversar entre si, sob pena de o fazendo sofrer castigos físicos.(POLITIZE 2020)

Muito embora a rigidez do silêncio que se impunha, este sistema era considerado mais brando que o Sistema Pensilvânico pois o preso podia trabalhar e realizar pequenas tarefas em grupo desde que não estabelecessem nenhum tipo de comunicação entre si, o silêncio era considerado uma ferramenta essencial de poder .

Ao observarmos a maneira como as penas eram executadas nos séculos passados podemos chegar a conclusão que a severidade no cumprimento das penas, a morte, a tortura, a humilhação moral e física a que o preso era submetido desde o princípio das sanções penais, nunca foram efetivamente eficazes no cumprimento de seu principal objetivo, a repressão aos atos ilícitos, pois eles continuaram acontecendo ao longo dos séculos até aos tempos contemporâneos.

3 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Poder-se dizer que o sistema prisional em nosso país teve o seu marco inicial ainda enquanto colônia, pois Portugal era adepto a prática de enviar seus condenados ao Brasil, esta prática só teve fim com a chegada da família imperial 1808.

As prisões com celas individualizadas e com instrutura adequada para o cumprimento de pena de reclusão no Brasil começaram a surgir a partir do século XIX. A casa de Detenção de São Paulo mais conhecida como Carandiru inaugurada em 21 de abril de 1920 foi uma das prisões mais importantes do sistema prisional brasileiro e chegou a ser considerada o maior presídio da América Latina (WIKIPEDIA, 2022).

Nos seus 20 primeiros anos quando atingiu a capacidade máxima era considerado um dos melhores presídios a nível mundial, chamando a atenção para a organização, limpeza, higiene, segurança e disciplina.

Os índices de ressocialização eram positivos, a medida que a política adotada era a de aprendizagem.

Os detentos tinham aulas variadas, desde alfabetização, aprendizagem de ofício, plantavam, lavavam, cozinhavam, faziam medicamentos e trabalhavam na enfermaria do presídio.

O Carandiru era considerado uma fábrica de trabalho. Porém a partir de 1940 quando a penitenciária atingiu a sua capacidade máxima começaram os problemas relacionados a superlotação, inúmeras rebeliões, condições sub-humanas e predomínio das facções criminosas dentro do presídio.

Em 2 de outubro de 1992 ocorreu um dos maiores massacres da história do sistema prisional mundial.

Uma operação desastrosa da Polícia Militar do Estado de São Paulo, para controlar uma rebelião dentro do complexo do Carandiru terminou com o saldo de cento e onze mortos dos quais noventa e oito eram presos preventivos sem nenhuma condenação.

As circunstâncias do massacre até hoje não foram totalmente esclarecidas, segundo relatos, os Policias teriam entrado em confronto com os presos ao tentar conter uma rebelião, os policias teriam agido em legítima defesa uma vez que supostamente teriam sido atacados pelos presos que estavam armados com facas e seringas contaminadas com o vírus da Aids (HIV).

Nenhuma autoridade foi efetivamente responsabilizada pelo ocorrido, o episódio foi classificado pela ONU como uma das maiores violações dos direitos humanos a nível mundial.

O escritor Drauzio Varella transcreve o relato de um dos sobreviventes do massacre;

Passava das três da tarde quando a PM invadiu o Pavilhão Nove. O ataque foi desfechado com precisão militar: rápido e letal. A violência da ação não deu chance para defesa. Embora tenha sobrado para todos, as baixas mais pesadas ocorreram no terceiro e no quinto andar. Cerca de trinta minutos depois de ordenada a invasão, nas galerias cheias de fumaça ouviram-se gritos de "Para, pelo amor de Deus! Não é para matar! já chega, acabou! Acabou!". Uma depois da outra, as metralhadoras silenciaram (VARELLA, 1999, p.160).

Embora dados oficiais sejam de cento e onze mortos, segundo os relatos dos presos sobreviventes este número é bem maior, cerca de duzentos e cinquenta, contando os presos que saíram feridos e nunca mais retornaram, entre os policiais militares não foi registrada nenhuma morte.



Figura 2 - Massacre do Carandiru

Fonte: Politize, 2019.

A penitenciária do Carandiru foi desativada e demolida em 2005.

Atualmente o maior presídio do país é o Presídio Central também conhecido como cadeia pública de Porto Alegre. Dentre os muitos problemas encontrados nesse presídio o maior de todos é a superlotação o presídio conta hoje com 4.276 presos sendo que a instituição foi construída para abrigar no máximo 1.824, uma pesquisa realizada pela comissão de direitos da organização dos estados americanos OEA em 2008 declarou que o Presídio Central é o pior do país e da América Latina.

O Presídio Central é um retrato do sistema penitenciário brasileiro como um todo, e representa o prenúncio de uma bomba relógio prestes a explodir, tal qual ocorreu no Complexo do Carandiru.

De acordo com os dados do INFOPEN, sistema de informação estatística do DEPEN, das 1.381 unidades prisionais que operam hoje no Brasil, 1.018 já está funcionando com o número de presos acima da sua capacidade de lotação. A população carcerária do Brasil terceira maior do mundo ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China (CONNECTAS, 2020).

4 REALIDADE CAÓTICA DOS PRESÍDIOS NO BRASIL

Os presídios no Brasil se tornaram verdadeiros depósitos de pessoas, encarcerando de maneira desregrada e desordenada, lançando nas mesmas celas presos provisórios, preventivos, usuários de droga, condenados por crimes simples, e crimes hediondos, as organizações criminosas são fortalecidas a medida que os presos são agrupados de acordo com a facção a que se filiam.

De acordo com levantamento do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes, a quantidade de presos provisórios é de 41,5% da população carcerária, ou seja, são presos sem nenhuma condenação e na maioria das vezes quando a condenação se efetiva ela acaba sendo menor, que o tempo, que o preso passou aprisionado esperando pela sentença (POLITIZE, 2022).

Insta salientar que tal fato consiste em lesão ao princípio da homogeneidade da pena, onde o meio para se atingir uma finalidade não pode ser mais gravoso que a própria finalidade.

A realidade do sistema prisional brasileiro é que se trata de sistema muito caro que traz um resultado muito ruim, pois aprisiona da maneira descomedida e tornam as pessoas piores do que eram quando lá adentraram.

Os detentos são lançados em presídios super lotados, húmidos, pouco ventilados, onde falta água e produtos de higiene, convivem com ratos e baratas em um ambiente insalubre, propenso ao desenvolvimento dos mais variados tipos de doenças, desde sarna ao vírus do HIV, raramente lhes são oferecida a possibilidade de trabalho ou estudo,

convivem juntos, presos por crimes simples e presos por crimes complexos e gravosos como homicídio, diante deste quadro fatídico como esperar um bom resultado, um indivíduo ressocializado e passível de retornar a sociedade?

O estado do Maranhão abriga um dos mais superlotados complexos penitenciários do país localizado no município de Pedrinhas, em 2014 este presídio foi palco de uma verdadeira carnificina, durante uma briga entre facções criminosas, presos foram decapitados, esfolados vivos e seus corpos empilhados em um grande amontoado de cadáveres (VEJA, 2014).



Figura 2 - Penitenciária de Pedrinhas

Fonte: Arapinina em Foco, 2020.

Um detento da penitenciária de Pedrinhas relatou em seu depoimento a uma emissora de televisão que; achava que os presídios haviam sido construídos para recuperar pessoas como ele, que pagavam por crimes que haviam cometido contra a sociedade, e não para transforma-los em monstros, o que ele achava, no entanto, que já estava acontecendo com ele lá dentro (LUCENA, 2014).

Após o exaurimento de suas penas a maior parte dos condenados voltam a reincidir por crimes mais graves ou continuam presos após o cumprimento da pena primária por outros crimes cometidos dentro do sistema prisional em função da sua sobrevivência.

O Sistema é Dez, esta frase chama atenção na primeira página da introdução do livro CPI SISTEMA CARCERARIO, refere se a uma frase irônica rabiscada em uma porta da penitenciária Lemos de Brito em Salvador; "O sistema é Dez, Dez graçado, Dez humano,

Dez truidor, Dez ligado, Dez figurado, Dez engonçado, Dez agregador, Dez temperado, Dez trambelhado, Dez informado”(2020, p.14).

Em novembro de 2019 uma intervenção no sistema prisional do Pará autorizada pelo então Ministro da Justiça Sergio Moro e comandada pelo delegado Fabiano Bordignon resultou em 62 mortos e muitos relatos de tortura, o relatórios oficiais do Ministério Público Estadual e do Comitê Nacional de Prevenção e Combate a Tortura descreveram inúmeros casos de violação dos direitos humanos, incluindo situações onde os detentos teriam sido obrigados a entrar no esgoto, beber água da privada, foram violentados com cabo de vassoura e tiveram seus pés pregados em madeira (CONSULTOR JURÍDICO; 2019).

Tais episódios consolidam o despreparo das autoridades em lidar com a atual situação carcerária, e o desrespeito flagrante a legislação e princípios Constitucionais.

Regra 3

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada (MANDELA; 2015)

Presos que nunca antes tiveram contato com organizações criminosas em sua grande maioria saem dos presídios faccionados e voltam a cometer atos ilícitos quando regressam a vida em sociedade, passam a ter uma visão distorcida da realidade, vendo a sociedade e o Estado como inimigos, isto porque, enquanto encarcerados lhes são oferecida pelas organizações criminosas, uma suposta proteção que seria necessária para sobrevivência dentro do sistema prisional, formando assim aquilo que eles entendem como família, mas na realidade não passa de uma espécie de associação permanente, para prática de crimes e proteção de seus organizadores.

A verdade é que o sistema prisional no Brasil não mais é comandado pelo estado e sim regido pelas facções criminosas, que por meio de comandos enviados por aparelhos celulares controlam o crime organizado.

Trata-se uma ação conjunta e simultânea entre os indivíduos dentro dos presídios e seus comparsas do lado de fora, ditando regras, causando insegurança, organizando o

tráfico de drogas e de armas, e até mesmo retaliações, quando alguma medida tomada pela segurança nacional contraria seus interesses dentro dos presídios.

5 ÍNDICE DE REINCIDÊNCIA DOS PRESOS BRASILEIROS

O fato é que a super lotação dos presídios é a origem de todas as demais mazelas e violações que recaem sobre o apenado, impossibilitando que o sistema prisional cumpra com seu papel de ressocializar o preso, o objetivo principal do sistema é que o detento saia do presídio após o cumprimento de sua pena passível ao convívio em sociedade, para tanto, durante seu tempo recluso lhe seria oferecido condições de estudo, de trabalho, de desenvolvimento social e moral.

Isso é o que preconiza a lei de execuções penais Lei nº7.210 de 11 de julho de 1984, a Constituição Federal e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, além da garantia os direitos fundamentais inerentes a dignidade da pessoa humana.

A superlotação (...) gera fricções entre os reclusos e incrementa os níveis de violência dos cárceres; dificulta que os presos disponham de um mínimo de privacidade; reduz os espaços de acesso aos chuveiros, banheiros, pátio etc; facilita a propagação de enfermidades; cria um ambiente em que as condições de salubridade, sanitárias e de higiene são deploráveis; e impede o acesso às –geralmente escassas – oportunidades de estudo e trabalho, constituindo uma verdadeira barreira para o cumprimento dos fins da pena privativa de liberdade (CIDH, 2011).

Infelizmente o que se nota é que muito embora exista uma legislação regulamentando como deveria ser o processo de reclusão que se impõe ao apenado como sanção ao ato ilícito praticado, a realidade fática das condições precárias do sistema como um todo não permite a observância da lei em sua plenitude.

De acordo com as condições precárias da maioria dos presídios principalmente os situados nas grandes capitais do país, é possível afirmar que o apenado não sofre apenas a privação do seu direito de liberdade em função do crime cometido, mais sobre também privação dos seus direitos fundamentais, situação inadmissível em um país Democrático de Direito, as consequências que isso gera fatalmente cria um impacto negativo na sociedade, quando do regresso destes indivíduos ao convívio público.

A reincidência, na maior parte das vezes cometendo crimes mais gravosos mostram claramente o quão falho é o atual sistema prisional, o Estado é ineficiente no seu objetivo principal, a ressocialização do preso (GRASS, 2019).

Em uma visão simplificada a pena que se impõe ao condenado não concerne em vingança da sociedade nem tão pouco do Estado, trata-se de um castigo pelo mal causado, durante este castigo o indivíduo deve ser orientado de forma a desenvolver a consciência do erro cometido e da necessidade de mudança de conduta, o Estado deve fornecer oportunidades de estudo, de trabalho ou outras condições propícias para a evolução social e moral do preso, preparando-o para um futuro regresso ao convívio em sociedade, afinal de contas não é pretensão do Estado manter o preso perpetuamente.

1. Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis.

2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos. (NELSON MANDELA, 2015, p.5).

No entanto ao observar observar a sistemática do atual sistema prisional podemos verificar claramente que, os presos ao adentrar os presídios são submetidos a situações que não só, não correspondem com a evolução humana a que se espera, como também lhes causa um enorme regresso moral e social, tornando-os seres incapazes do convívio harmônico em sociedade.

O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, divulgou que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chega a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (2008).

6 CONCLUSÃO

É impossível falar de soluções para a atual situação caótica dos presídios no Brasil sem mencionar a necessidade de investimentos e recursos federais, os presídios em situação precária e o desrespeito à dignidade da pessoa humana são os motores da violência e dos grupos criminosos.

É necessária a intervenção urgente do Estado para retomar o comando dentro das unidades prisionais e evitar episódios infelizes como o massacre do Carandiru e Pedrinhas no Maranhão e tantos outros que compõem a triste realidade do sistema penitenciário brasileiro.

Um outro requisito que deve ser atendido para amenizar a atual situação catastrófica é o uso eficaz e coerente das medidas cautelares, a redução de presos provisórios ajudaria a desafogar o sistema prisional, a prisão preventiva é uma medida de último recurso e deve ser compreendida como medida excepcional por tratar-se de medida extrema restritiva da liberdade.

A constituição federal estipula que tal medida só pode ser aplicada se atendidos os requisitos constitucionais, visto que sua aplicação consiste em uma grave intervenção do Estado na vida do indivíduo, é preciso mudar a concepção de encarcerar indiscriminadamente e combater violência com mais violência.

A aplicação de penas alternativas aos casos de menor gravidade delitiva seriam uma opção para amenizar a superlotação do sistema prisional, ademais como já explanado alhures o objetivo da sanção penal é a ressocialização do indivíduo que cometeu ato ilícito, e não tortura-lo de forma física e moral como acontecia no século passado através da violência e dos suplícios.

Além disso, amontoar os presos sem fazer nenhuma separação quanto a gravidade do crime que ensejou a prisão pode causar um resultado contrário ao pretendido pelo sistema, ao em vez de um indivíduo ressocializado o que se tem como resultado é um criminoso faccionado.

Outro ponto relevante é a necessidade do aumento das possibilidades de trabalho e estudo dentro dos presídios, já dizia Max Weber no século passado "o trabalho dignifica o homem", o trabalho é uma importante ferramenta neste processo de inclusão do preso a vida em sociedade, somado aos estudos fornecem ao preso uma nova ótica sobre sua própria existência, é através do trabalho e dos estudos que evoluímos enquanto seres humanos, que aumentamos nossa percepção sobre o certo e o errado, que adquirimos conhecimento, cultura e traçamos objetivos para vida.

A grande verdade é que o Estado tem se mantido omissivo em relação à situação carcerária do país, e que muito embora existam legislações esparsas e normas constitucionais determinando como deve ser conduzida a sistemática do cumprimento de pena, sua aplicabilidade é mera utopia.

A consequência imediata do mal encarceramento é a reincidência, a violência, e a transgressão às regras sociais, criando dessa forma um círculo vicioso que impede qualquer possibilidade de uma sociedade harmônica voltada para o bem-estar da coletividade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, C.B. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. 2. Reimpr. São Paulo: EDIPRO, 1999.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de execução penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comissão Interamericana do Direito Humanos **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. [S. l.], 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**. 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 27.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GAZETTE D'AMSTERDAM. Pièces originales et procédures du procès fait à Robert-François Damiens, 1757, t. III, p. 372-374, 1757 apud FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 27.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GRASS, L. Socializar e ressocializar detentos em presídios. Este é o caminho. Metrôpoles, 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/ponto-de-vista/socializar-e-ressocializar-detentos-em-presidios-este-e-o-caminho>. Acesso em: 20 jun. 2022.

LUCENA, J. As facções criminosas nos presídios brasileiros. Brasil Escola, 2014. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jakk->

OLpiSsJ:<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/brasil/sistema-carcerario-brasileiro.htm+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 20 jun. 2022.

POLETIZE. **Sistema carcerário brasileiro**. 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-carcerario-brasileiro/#:~:text=Os%20dados%20mostram%20que%2C%20do,Os%20demais%20est%C3%A3o%20foragidos>. Acesso em: 20 jun. 2022.

UNODOC - Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crimes. **Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos**. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 10 jun. 2022.

VARELLA, D. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VEJA. **Presos filmaram e celebraram decaptação em presídio no MA**. 2014. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/presos-filmam-e-celebram-decapitacoes-em-presidio-no-ma/amp/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

WIKIPEDIA. **Massacre do Carandiru**. 2022. Disponível em: https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Massacre_do_Carandiru. Acesso em: 15 jun. 2022.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO RÉU REINCIDENTE À LUZ DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

MARCELO DOS ANJOS DE CASTRO:

Formado em Direito pela UNIVALI, Pós-graduado em Direito Contratual pela Universidade Cândido Mendes. Analista Judiciário do TRE AM (aprovado em 1º lugar). Aprovado nos concursos de Juiz do Acre, Delegado do Amazonas, Delegado do Ceará, Delegado do Paraná, Polícia Rodoviária Federal, entre outros.⁵⁷

RESUMO: O presente artigo objetivou analisar a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao réu reincidente. Nessa linha, pretende-se abordar toda a fundamentação teórica do postulado da Insignificância, principalmente o que toca sua natureza jurídica de causa supralegal de exclusão da tipicidade material. Ainda, tratar-se-á do instituto da reincidência no Direito Penal brasileiro, analisando seus pressupostos e efeitos. Por fim, através de toda a pesquisa produzida, confronta-se o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O que se constata no decorrer dos anos é uma notável dissidência de posicionamentos. Entrementes, a atual inclinação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a reincidência demonstraria um maior grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o que impediria a incidência do Princípio da Insignificância à espécie.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Reincidência. Bagatela.

ABSTRACT: This article aimed to analyze the possibility of applying the Principle of Insignificance to repeat offenders. In this line, it is intended to address all the theoretical foundations of the postulate of insignificance, especially what concerns its legal nature as a supra-legal cause of exclusion of the material typicality. Furthermore, we will deal with the institution of recidivism in Brazilian Criminal Law, analyzing its assumptions and effects. Finally, through all the research produced, the jurisprudential understanding of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice will be compared. What has been noted over the years is a notable divergence of positions. However, the current inclination of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice is in the sense that recidivism would demonstrate a greater degree of reprobability of the agent's

⁵⁷ E-mail: marcelopcpr@gmail.com

behavior, which would prevent the application of the Principle of Insignificance to the species.

Keywords: Principle of Insignificance. Recidivism. Bagatelle.

Sumário: 1. Introdução. 2.O Princípio da Insignificância. 2.1 Conceito de Princípio da Insignificância. 2.2 Critérios de Aplicação do Princípio da Insignificância. 3. Reincidência. 3.1 Conceito e Natureza Jurídica. 3.2 Pressupostos da Reincidência. 4. Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o Princípio da Insignificância. 5 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em razão do sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, o Direito Penal deve ser estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando princípios e garantias reconhecidos na Carta Magna. Assim, a intervenção estatal, vez que envolve graves restrições à liberdade individual, somente pode ser considerada legítima quando concretamente houver violação ou ameaça que justifiquem tal interferência.

Destarte, em decorrência de seu caráter fragmentário, bem como de sua natureza subsidiária, o Direito Penal deve ser aplicado apenas quando for o último recurso para a proteção do bem jurídico. Sendo assim, tem como função precípua a proteção dos bens jurídicos relevantes e indispensáveis para o alcance de uma justiça equitativa, devendo-se ater apenas à real violação dos bens jurídicos tutelados.

Nesse norte foi formulado o princípio da insignificância, o qual atua como ferramenta de interpretação restritiva do tipo penal, excluindo da incidência penal as condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, não chegam a colocar em risco o bem jurídico tutelado, em razão de sua mínima ofensividade.

O Princípio da Insignificância, proposto por Claus Roxin em 1964, permite a interpretação restritiva do tipo penal buscando como finalidade a exclusão das lesões tidas como de pouca importância da esfera punitiva estatal.

A jurisprudência pátria dissente quanto à aplicação do citado postulado, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal buscou criar vetores que orientassem os julgadores nesse sentido. Nada obstante, uma situação em particular não se enquadrou precisamente nos critérios delineados, tampouco foi apreciada na oportunidade: a do agente reincidente.

As Cortes Superiores enfrentam esta hipótese frequentemente, do que desponta uma divergência notável, considerando-se que são exarados os mais variados

entendimentos. Dessa situação emerge uma consequência muito severa: o abalo da segurança jurídica. Isto porque, situações idênticas podem ser tratadas diferentemente ao passo que são submetidas a órgãos julgadores diversos.

Frente a este cenário, o desenvolvimento desta pesquisa tem por objetivo buscar uma solução jurídica à problemática apresentada, evitando, assim, a perpetuação de juízos divergentes. Portanto, é precisamente a possibilidade de aplicação ou não do Princípio da Insignificância nos casos de reincidência que se pretende investigar.

A metodologia de abordagem utilizada foi o método indutivo. Quanto às técnicas de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica em doutrinas, legislação vigente, artigos publicados em meios eletrônicos e jurisprudência.

2. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Conforme destaca Silva (2011), tal o princípio da insignificância e sua moldura hodierna se deve precipuamente a Claus Roxin, que em 1964 formulou como base de validade para a determinação do injusto, levando em consideração a máxima latina *mínima non curat praetor*.

Verificam-se vestígios da formulação do princípio em comento na obra de Franz Liszt, de 1903, que discorreu sobre a hipertrofia do direito penal para fins de controle social e pergunta-se se não seria oportuno recorrer à antiga máxima latina *mínima non curat*. A respeito do significado da máxima latina, entende-se que o magistrado “desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis” (SILVA, 2011, p. 87).

Para Lopes (2000), o princípio da insignificância não pode ser estudado de forma desvinculada do princípio da legalidade. Assim, o autor passa a relatar a evolução histórica do princípio da legalidade e seus consequentes desdobramentos, travestidos em brocados latinos como os da *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, consagrando os princípios da anterioridade e irretroatividade da lei penal incriminadora; *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*, que proíbe o emprego de analogia em malefício ao réu; *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, que veda o emprego de costumes para incriminar condutas; *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, conhecido como princípio da taxatividade; até que se chegou, enfim, ao princípio da *nullum crimen nulla poena sine iuria*, ou seja, não há crime sem ofensa a bem jurídico ou gravidade que sustente a aplicação da lei.

Segundo o autor acima mencionado, a insignificância não surge do Direito Romano, mas sim dos ideais iluministas, tendo como seu maior instrumento normativo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Da origem histórica surge, controvérsia doutrinária: para uns, o princípio da insignificância surge com o Direito Romano; para outros, o princípio da insignificância não

se deu no Direito Romano. Para Capez (2021), o princípio em voga surge do Direito Romano, tendo cunho civilista, tendo forte influência do brocardo latino *minimus non curat praetor*, sendo que, em 1964, Claus Roxin traz o princípio da insignificância para o Direito Penal, tendo em vista seus benefícios de ordem social, objetivos estes traçados pela moderna política criminal daqueles tempos

Segundo Masson (2016), o princípio da insignificância surge no Direito Civil do aforismo latino *minimus non curat praetor*. Assim, o direito penal não deve se ocupar de temas irrelevantes, incapazes de lesar o bem jurídico a ser tutelado. Ainda, o autor relembra que o princípio em comento fora incorporado ao direito penal na década de 70 pelos estudos do saudoso doutrinador Claus Roxin.

Lopes (2000) pontua que o delito da bagatela (*Bagatelledelikte*, para os alemães) surge na Europa pós 2ª Guerra Mundial. Para o doutrinador, por conta da grave crise econômica vivida pelo Velho Continente, os delitos de caráter patrimonial e econômico aumentaram sobremaneira, e, na sua grande maioria, consistentes na subtração de bens de pequena monta.

Contudo, o autor supracitado observa que parte da jurisprudência, sendo esta “menos socialmente avançada”, vem se plasmando no sentido de que o princípio da insignificância traz necessariamente em seu âmago a patrimonialidade, de forma que só é aplicável o princípio em voga em delitos que envolvam interesses econômicos, servindo de baluarte para o exegeta a quantidade ínfima de lesão provocada à vítima.

2.1 Conceito de Princípio da Insignificância

Conforme se depreende dos ensinamentos de Lopes (2000), o princípio em voga surge de uma criação exclusivamente pretoriana e doutrinária: não há na legislação, seja ela ordinária ou constitucional, algo que o defina, sendo, portanto, criado através da interpretação sistemática do ordenamento jurídico. O autor explicando Alberto Silva Franco, vincula o princípio da insignificância à antijuridicidade material à força de oito argumentos:

O primeiro, de ordem constitucional, segundo o qual se vive em um Estado de Direito, e esse Estado de Direito pressupõe mais que um mero Estado de Legalidade. Assim, apesar de haver necessariamente uma ligação com garantias formais advindas da premissa anteriormente dita, não há como se olvidar o elo que liga, também, o Estado de Direito à justiça material.

A segunda consideração também leva a uma análise constitucional, inspirada pelo brocardo latino *cogitationes poenae nemo patitur*, segundo o qual não há incriminação de

mero pensamento interno, devendo, necessariamente, ocorrer uma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Assim, para o autor, existe uma ligação entre o direito à liberdade moral e a noção de crime como fato necessariamente lesivo.

A terceira consideração, de ordem dogmática, interpreta que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal não são objetos estáticos, que permanecem em repouso, “mas sim unidades funcionais de caráter social, sem as quais nossa sociedade, em sua estruturação concreta, não seria capaz de existir” (LOPES, 2000, p. 49). Assim, os bens jurídicos só existem por conta de estarem em constante contato com a vida social e serem dela originados.

A quarta consideração preceitua que o patrimônio de uma pessoa não pode ser levada como uma mera operação aritmética de todos os bens que possuem valor monetário, não se trata de um determinado estado, mas sim “de uma concreta unidade funcional, a unidade da função de assegurar ao titular, como fundamento da vida econômica da pessoa, um âmbito de efetividade econômica e de existência” (LOPES, 2000, p. 50).

Já a quinta consideração “é a de que a lesão patrimonial deve conceber-se na sua concreta repercussão no âmbito da vida de uma pessoa e não como uma diminuição abstrata de valor de seu potencial econômico” (LOPES, 2000, p. 50).

Quanto à sexta consideração, esta atribui um peso à lesão patrimonial relevante

A sétima consideração é de que os crimes de bagatela se situam exatamente nessa posição das lesões ínfimas, de forma que a única repercussão que enseja na Justiça Criminal é carga excessiva de processos e a conseqüente falta de tempo para análise de casos realmente relevantes.

Por derradeiro, a oitava consideração “é a de que, em relação a delitos não patrimoniais, a jurisprudência tem reconhecido a necessidade da lesividade do ilícito penal” (LOPES, 2000, p. 50)

Para Nucci (2021), conceituando o princípio da insignificância e relacionando-o com outros da seara penal, sustenta que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funciona como *ultima ratio* no sistema punitivo, não devendo se ocupar com bagatelas, decorrendo tal postura da intervenção mínima, que, situada em um Estado Democrático de Direito, demanda legítima ofensividade ao bem jurídico tutelado para ser, então, acionado *o jus puniendi* estatal

No entendimento de Sirvinskas (2003), o princípio da insignificância está relacionado com a teoria social da ação, devendo ser punido somente fatos que possuam relevância social. Contudo, alerta que o sistema penal pátrio admite a conciliação das teorias finalista

e social da ação, pois, se não fosse assim, não seria admitida a aplicação do princípio em comento. Lembra o autor que tal princípio possui a natureza jurídica de exclusão de tipicidade.

O princípio em comento se divide conforme Lopes (2000) em dois: independentes ou próprios e dependentes ou impróprios:

A infração de bagatela imprópria é aquela que surge como relevante para o Direito Penal, apresentando desvalor na conduta e também no resultado. Portanto, existe tipicidade, ilicitude e culpabilidade do agente. Todavia, a pena revela-se incabível no caso concreto, tendo em vista fatores ligados à personalidade do agente, colaboração com a Justiça, reparação do dano causado à vítima, reduzida reprovabilidade do comportamento etc. Assim, na bagatela imprópria, obrigatoriamente se observa a insignificância no caso concreto, jamais no plano abstrato. Assim, o autor relembra que o fato real deve ser confrontado com um princípio basilar do Direito penal, qual seja, o da necessidade da pena, insculpido no art. 59 do CP. Para ilustrar melhor o caso, cite-se como exemplo - o sujeito que comete furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º), que, após dois anos de persecução penal, o magistrado verifica que o agente não cometera mais nenhum deslize, sendo portanto aplicável o princípio em comento. Assim, ao contrário da insignificância própria, na imprópria a ação penal necessariamente deve ser iniciada, mas, na análise do caso concreto, o magistrado verifica melhor guardada a exclusão da pena.

Na infração bagatela própria, o agente jamais poderá ser preso em flagrante. Ao invés disso, deverá ser conduzido até a presença de uma autoridade para a singela lavratura do TC (termo circunstanciado), vez que o fato é materialmente atípico. Todavia, deve-se registrar o fato para posterior arquivamento. Duas posturas devem ser evitadas pela autoridade policial: não registrar o acontecimento, tendo em vista ter sido fato atípico por conta da insignificância; a segunda seria a lavratura do auto de prisão em flagrante em decorrência de conduta materialmente atípica.

Na infração bagatela imprópria, na opinião de Gomes (2009), se fala de conduta formal e materialmente típica, e, portanto, haverá persecução penal. Porém, ao final do processo, caso sejam revelados os requisitos da insignificância, tais como reparação dos danos, ofensa não muito relevante do bem jurídico, bem jurídico de relevância não exageradamente importante, autor bagatela - sem antecedentes, culpabilidade não significativa etc. -, o fato de já ter sido eventualmente preso, de ter respondido a um processo etc., o juiz deverá absolver o réu por conta do princípio da insignificância, dispensando o réu do cumprimento da pena, nos termos do art. 59 do CP.

Lopes (2000) tece importante consideração ao uso e critérios de aplicação do princípio da insignificância. Para o autor, faltam as condições para o reconhecimento do

princípio aqui em debate. Assim, tende a doutrina brasileira a elastecer o seu conteúdo. Pela falta de critério, por via transversa, tende-se a malversar a igualdade jurídica e também o princípio da legalidade, transformando o princípio da insignificância em um “conceito particular”. Tal movimento, assevera o autor, tende a levar a derrocada do princípio da bagatela.

Assim, a falta de critérios para a implementação do princípio em estudo torna-se obstáculo intransponível para se atingir o princípio da igualdade, que, como se sabe, é um dos fundamentos da aplicação do princípio da insignificância.

Outrossim, Lopes (2000) tece crítica ao entendimento de Luiz Flávio Gomes, em que alerta para a nocividade da confusão de conceitos entre o princípio da insignificância com crimes de pouca significação. Para o autor, pelo princípio afasta-se a tipicidade material do crime, já pelo segundo busca-se alternativas para dar tratamento mais célere à persecução penal, tendo em vista a menor importância do crime.

2.2 Critérios de Aplicação do Princípio da Insignificância

Lopes (2000) afirma categoricamente que não há critérios precisos para a distinção entre o delito de bagatela e o delito criminalmente relevante. Porém, o autor se estriba nos ensinamentos de Teresa Armenta Deus, que traz as seguintes distinções:

A primeira delas é a escassa reprovabilidade do delito. Ensina Ribeiro Lopes que a reprovabilidade está jungida com a adequação social. Só é reprovável o que não é, também, adequado para fins sociais, sendo, portanto, uma espécie de censura projetada pela sociedade sobre a conduta

O segundo requisito é o de ofensa a bem jurídico de menor relevância. É de fundamental relevância o estudo da dogmática acerca do bem jurídico, tendo em vista que o direito penal se destina somente à proteção de bens jurídicos. O legislador não pode eleger bens jurídicos diversos daqueles protegidos pela Constituição, funcionando esta como parâmetro de controle negativo da atuação do legislador ordinário.

Para Lopes (2000, p. 148), o bem jurídico de menor relevância não pode ser confundido com o que vem previsto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal, que estatui os crimes de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, a potencialidade lesiva é medida de forma abstrata, não existe nenhum juízo de valor, tendo, conforme previsto pela legislação pátria, efeitos meramente processuais, ao passo que a irrelevância do bem jurídico “tem uma dimensão plúrima, implicando as conotações sob o prisma da intervenção mínima e da insignificância”. Assim, o bem juridicamente irrelevante é aquele que, analisado abstratamente, não merece pender de tipificação incriminadora, e também aquele que

abstratamente é considerado relevante, todavia, “não foi suficientemente alcançado num grau mínimo para legitimar a intervenção concreta do Direito Penal”.

O terceiro e último requisito é o da habitualidade. Os delitos em massa merecem uma tutela penal diversificada, isso, pois, visa-se proteger o princípio da igualdade, tendo em vista aqueles que não praticam delitos com habitualidade e também o interesse das próprias vítimas.

Segundo Gomes (2009), há que se analisar o princípio da insignificância sob duas vertentes: uma no resultado e outra na conduta. Para isso, o autor dá o seguinte exemplo: a conduta de atirar uma bola de papel contra um transporte coletivo (art. 264) é absolutamente insignificante, a insignificância reside na própria conduta. Já a ação de subtrair uma cebola de alguém, por mais que o resultado seja insignificante, a conduta não o é. Nesse diapasão, Gomes considera inadequado mesclar como critério de aplicação da insignificância fatores pessoais e do próprio fato. Ou a conduta é insignificante ou o resultado. Para o autor, o juiz não deve adentrar em fatores pessoais, sob pena de fugir por completo da dimensão objetiva da insignificância, dando margem, inclusive, para a introdução no sistema penal pátrio do famigerado direito penal do autor.

3. REINCIDÊNCIA

A fim de compreender a discussão da qual decorre o tema do presente artigo, é imprescindível analisar o instituto da reincidência, ao passo que ele é uma das hipóteses que gera dissidência jurisprudencial no momento da aplicação ou não do princípio da insignificância.

Ditticio (2007, p. 46), em seu estudo acerca da reincidência, dispõe que a ideia de que o agente reincidente deve ser mais severamente punido não é nova, já aparecendo no Velho Testamento, bem como nos direitos romano e germânico e difundindo-se pelo mundo com o Código Penal Francês de 1810.

Bissoli Filho (1998) afirma que no Direito Penal brasileiro a reincidência criminal foi ingressando aos poucos, passando a exercer uma influência muito visível. Não há registro que no período das Ordenações do Reino o instituto fosse reconhecido, sendo que foi através do Código Criminal do Império de 1831 que a reincidência, como instituto penal, ingressou no Direito brasileiro.

Desta forma, a fim de entender sua evolução, importante traçar um breve panorama histórico da reincidência no ordenamento jurídico brasileiro. Capela (2013) afirma que o instituto da reincidência sofreu sensíveis alterações legislativas desde o Código Criminal do Império até a redação que se conhece atualmente.

Segundo Prado (2018, p. 604), o Código Criminal do Império de 1830, em seu art. 16, §3º, bem como o Código Penal de 1890, no art. 40, consagravam tão somente a reincidência específica como circunstância agravante da pena. No entanto, enquanto o Código de 1830 não definia “delito da mesma natureza”, o diploma de 1890 “o fez em termos excessivamente restritos – ‘como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo’ (art. 40) ”.

Prado (2018) leciona que esse dispositivo foi alvo de severas críticas doutrinárias, vindo a sofrer alterações substanciais com o Código Penal de 1940. Tal diploma passou a acolher, além da reincidência específica, a reincidência genérica, porém ainda adotava o sistema de reincidência perpétua.

Foi com a Lei 6.416/1977, a qual alterou inúmeros dispositivos do Código Penal, que o instituto da reincidência sofreu suas mais consideráveis modificações. Houve a extinção da reincidência específica, bem como o estabelecimento de um limite temporal aos efeitos da condenação anterior, com o escopo de não estigmatizar para sempre o condenado.

O Código Penal atual (após a reforma de 1984), segundo Zaffaroni e Pierangeli (2018, p. 717), “suprimiu os conceitos de habitualidade e outros análogos, e as medidas de segurança ligadas a essas ‘classificações’ de pessoas arbitrárias e perigosas, que claramente advieram do Código italiano de 1930. Todavia, mantém a reincidência [...]”

Assim, verifica-se que a reincidência passou por sensíveis alterações legislativas até chegar à redação em que se encontra atualmente, bem como houve diversas mudanças quanto ao seu conceito e aos requisitos necessários a sua configuração, o que se analisará a seguir.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

Conforme Bissoli Filho (1998) a palavra reincidência deriva de *reincidere* ou de *recidere*, o que significa, no sentido literal, recair ou repetir o ato. Desta forma, em termos comuns, seria a repetição da prática do crime.

No entanto, sabe-se que no sentido jurídico sua definição não é tão simples. Bissoli Filho (1998) afirma que para poder ser feita uma definição de tal instituto, deve-se reportar ao texto legal, certificando-se quais são os elementos que a configuram. É desta configuração que pode ser retirado seu conceito jurídico.

Assim, considerando que no ordenamento jurídico brasileiro a reincidência está prevista nos artigos 63 e 64 do Código Penal, são nesses dispositivos que se podem encontrar os elementos para sua conceituação, bem como as condições de sua verificabilidade.

Bissoli Filho (1998, p. 99) sintetiza que a reincidência criminal, em sentido amplo, é composta de dois elementos básicos, os quais seriam: "a) uma condenação anterior transitada em julgado; b) a prática posterior de uma infração penal (tentada ou consumada), no prazo de cinco anos. "

Quanto à sua natureza jurídica, Mirabete (2019) afirma que prevê a lei a reincidência como circunstância agravante do delito, em virtude do maior índice de censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática de um delito.

Trata-se de circunstância agravante genérica, incidindo na segunda fase da aplicação da pena privativa de liberdade. Ademais, é de caráter subjetivo, pois se relaciona à figura do agente, e não ao fato. Assim não se comunica aos demais coautores ou partícipes.

Com o escopo de elucidar o que seriam tais circunstâncias, ao lecionar sobre a individualização judicial da pena, Bitencourt (2022) ressalva que os tipos penais descrevem as condutas ilícitas e estabelecem seus elementos essenciais. Além desses elementos, sem os quais a figura típica não se completa, o tipo penal pode ser integrado por outras circunstâncias influenciadoras na dosagem final da pena.

Prado (2018) afirma que sua razão de ser no ordenamento jurídico penal é decorrente do princípio da proporcionalidade, exigindo-se uma individualização dos delitos e de suas consequências. Além disso, aduz que tais circunstâncias atenuam ou exasperam a pena em virtude da maior ou menor gravidade do injusto ou da culpabilidade ou por exigências político-criminais.

3.2 Pressupostos da Reincidência

Queiroz (2020) afirma que não basta o cometimento de novo crime para a configuração da reincidência, é necessário que esse novo crime tenha sido cometido após transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Ademais, não é suficiente uma sentença condenatória se esta ainda está pendente de recurso, não tendo passado em julgado. Além disso, pouco importa se o agente cumpriu ou não a pena da condenação anterior que gerou a reincidência.

Do art. 63 do Código Penal é possível extrair os requisitos para a configuração do instituto, os quais seriam: a) prática de um crime anterior, no Brasil ou no estrangeiro; b) trânsito em julgado da sentença condenatória; c) prática de novo crime após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Destarte, um dos pressupostos para a configuração da reincidência é que o cometimento do novo delito se dê após o trânsito em julgado da decisão que o havia condenado anteriormente.

Contudo, nem todos os crimes geram reincidência. Queiroz (2020) aduz que o Código excepciona os crimes militares próprios e os crimes políticos, conforme disposição do art. 64, II, do CP. Os crimes militares próprios são aqueles dispostos no Código Penal Militar e que só podem ser cometidos por militares, não por civis, como por exemplo, a insubordinação.

Já quanto aos crimes políticos, Queiroz (2020, p. 342) afirma que “são as infrações penais contra a segurança interna e externa do Estado, sendo puramente políticos os crimes que atentam exclusivamente contra interesses políticos da nação [...]”. Já os relativamente políticos seriam os crimes comuns, porém praticados com finalidade político-subversiva. Somente os primeiros – puramente políticos – não geram reincidência. Ademais, em relação às contravenções penais.

Bissoli Filho (1998) afirma que a reincidência criminal que envolva contravenção somente ocorre se ambos ou o segundo fato for contravenção. Desta forma, se o primeiro fato delituoso for uma contravenção e o segundo um crime, não se operará a reincidência.

Greco (2019, p. 567) afirma que “somente haverá reincidência se o agente houver praticado dois crimes, não podendo cogitar dessa circunstância agravante se a infração penal anterior ou posterior constituir em uma contravenção penal”

No entanto, sabe-se que no caso de o agente vir a cometer uma infração penal após passar em julgado uma sentença que o tenha condenado por qualquer crime, será reincidente. Tal entendimento está previsto no art. 7º da Lei das Contravenções Penais, Decreto-lei n.3.688 (GRECO, 2019).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2018) aduzem que a lei não faz distinção se o delito anterior foi doloso ou culposo, tampouco a respeito do segundo delito.

Nesse mesmo sentido seguem os ensinamentos de Capela (2013), ao salientar que para a configuração da reincidência não importa a quantidade de pena anteriormente imposta, bem como qual sanção aplicada, podendo o delito anterior ter sido apenado tão somente com pena de multa

No ordenamento jurídico brasileiro, o agravamento de pena é apenas um dos efeitos decorrentes do reconhecimento da recidiva. Destarte, o reincidente está sujeito a diversas consequências legais, as quais restringem benefícios de natureza material e processual.

Para Bissoli Filho (1998), a reincidência criminal passou a exercer uma profunda influência no Direito brasileiro, interferindo em todas as fases do processo de criminalização, desde a elaboração das leis até a fase de execução penal. Serão essas interferências que se estudará a seguir.

Bissoli Filho (1998) destaca que, além de influir profundamente na aplicação da pena, por ser uma circunstância que sempre agrava a pena, a reincidência está prevista como requisito de avaliação de vários institutos penais, interferindo desde a elaboração das leis até a fase de execução penal. O autor sustenta que a reincidência constitui fator de diferenciação dos indivíduos. Estes, quando considerados reincidentes, são inseridos em um grupo específico - considerado como perigoso - merecendo tratamento processual específico, o que resulta nos efeitos elencados anteriormente.

Ademais, a influência da reincidência no sistema penal não é limitada apenas ao contido na lei. Tal instituto acaba por orientar os operadores do Direito na formação de posturas dogmáticas e na apreciação dos casos em concreto.

Portanto, além de exercer influência explícita no Direito Positivo, a reincidência acaba por influir implicitamente na atuação dos operadores jurídico-penais, interferindo na formação de juízo de valor destes e direcionando as decisões. Essa influência pode ser constatada inclusive na problemática do presente artigo, ou seja, a aplicação do princípio da insignificância ao réu reincidente.

Verifica-se que, por muitas vezes, operadores de direito deixam de aplicar o princípio da insignificância em razão de fatores exclusivamente subjetivos do agente, como por exemplo a reincidência.

4. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Delineados os aspectos doutrinários que esclarecem os institutos penais do Princípio da Insignificância e da reincidência, necessário faz-se convergir o estudo para averiguar a possibilidade ou não da aplicação da benesse da insignificância ao réu comprovadamente reincidente, principal indagação desta pesquisa, a partir de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que ao longo dos anos vem caminhando por posicionamentos divergentes.

A divergência jurisprudencial quanto à aplicação do princípio da insignificância ao réu reincidente não é orientação recente na Corte Suprema. Conforme (2013), o Ministro Francisco Rezek, já em 1993, ao analisar o HC nº 70.747/RS, deixou de acatar o princípio da insignificância, embora o desvalor do resultado fosse mínimo, em face das condições

do agente. O resultado jurídico foi insignificante, no entanto o fato não foi considerado irrelevante porque o réu era reincidente, possuindo condenações por desacato e desobediência.

Tal decisão foi alvo de críticas por parte de Luiz Luisi (1998), ao afirmar que os fatos se tratavam de uma espécie de lesão corporal, a qual era constituída de um arranhão com um pouco mais de um centímetro. O autor questiona se essa ínfima lesão corporal tem a relevância suficiente para constituir um efetivo dano ao bem jurídico tutelado pelo tipo previsto no § 6º do art. 129 do Código Penal. Indo além, afirma que, se inexistente a tipicidade, a vida pregressa do indiciado, não têm o condão de dar matiz criminal ao fato.

Em relação aos últimos anos, Gonçalves (2011) aduz que a controvérsia no STF ainda persiste. Alguns Ministros do STF sustentam que a aplicação do princípio da insignificância nos casos de reincidência seria um incentivo a prática de novos delitos. Entendem desta maneira os ministros Ricardo Lewandowski (HC 102.651/MG), Carlos Ayres Britto (HC 96.202/RS). Dias Toffoli (HC 101.591/MG), Carmen Lúcia (HC 107.674/MG) e Joaquim Barbosa (AgRg no AI 600.500/MG).

Porém, em sentido contrário, Gonçalves (2011) elenca que entendem pela aplicabilidade do princípio em questão não obstante a reincidência do agente os Ministros César Peluso (HC 93.393/RS), Celso de Mello (HC 106.510/MG) e Gilmar Mendes (HC 106.510/MG). Os defensores desta corrente argumentam que apenas devem ser analisadas as particularidades da conduta e de seu resultado, não as particularidades do agente.

Assim, levando em consideração as decisões proferidas pelos Ministros acima citados, passa-se a uma breve análise cronológica do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do princípio da insignificância aos casos envolvendo agentes reincidentes.

A Segunda Turma da Suprema Corte, no julgamento do HC 93.393/RS ocorrido em 14.04.2009, concluiu pela aplicabilidade do princípio da insignificância ao paciente acusado de furtar um pneu automotivo de aproximadamente R\$ 160,00 (cento e sessenta reais), mesmo ele sendo reincidente específico.

Nestes termos, colhe-se da ementa:

AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de roda sobressalente com pneu de automóvel estimados em R\$ 160,00 (cento e sessenta reais). Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a

objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser afastada a condenação do agente, por tipicidade do comportamento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93393, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em: 14 abr. 2009.).

Justificando o posicionamento, o Ministro Cezar Peluso sustentou que para a averiguação da tipicidade da conduta, não há a necessidade de ponderação acerca das circunstâncias pessoais do agente, isto porque, reconhecido a atipicidade do fato, torna-se irrelevante se o delito foi praticado por reincidente contumaz, simplesmente porque não haverá crime.

Divergindo deste entendimento, a Primeira Turma, no mesmo ano, negou provimento ao *Habeas Corpus* n. 97.772/RS, no qual o réu era acusado de violação de domicílio e furto de uma pequena quantidade de roupas usadas no valor de R\$ 143,00 (cento e quarenta e três reais).

Neste *writ*, a relatora Ministra Cármen Lúcia reconheceu que para verificar a tipicidade só seria necessária à análise das circunstâncias pessoais do agente se estas constituíssem elemento do crime; entretanto, ponderou que a reincidência deve ser levada em consideração, excepcionando-se da regra, visto que, apesar de ser uma condição subjetiva, remete-se ao critério objetivo da reprovabilidade do comportamento. Nesse contexto, concluiu a Ministra:

O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois, crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. [...] Tenho, pois, que o criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável que não pode ficar imune ao direito penal e sua conduta deve ser considerada materialmente típica, tal como decidido pelas instâncias inferiores na espécie em pauta (BRASIL. Supremo Tribunal Federal Habeas Corpus n. 97772, da Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em: 03 nov. 2009).

Ainda, a título de demonstração da divergência existente entre as duas Turmas do STF, cabe mencionar o julgamento do HC 107.674/MG, pela Primeira Turma, e do HC 108.872/RS, pela Segunda Turma, ambos no ano de 2011. A Primeira Turma, em 2011, negou provimento ao *Habeas Corpus* n. 107.674/MG, no qual o paciente foi denunciado por tentativa de furto de cinco barras de chocolate avaliadas em R\$ 19,95 (dezenove reais e noventa e cinco centavos), sob o argumento que o mesmo era reincidente.

A relatora Ministra Cármen Lúcia ressalva que o valor “realmente causa estranhamento para os fins de persecução penal e acionamento da máquina estatal para apuração e penação de conduta antijurídica”, no entanto, “é necessária a análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 107674, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em: 30 ago. 2011).

Divergindo desse entendimento foi o julgamento do HC 108.872/RS, também no ano de 2011, pela Segunda Turma do STF. Neste *writ*, concluiu-se pela aplicabilidade do princípio da insignificância a um agente reincidente denunciado por tentativa de furto de um cabo de cobre de para-raios, avaliado em R\$ 100,00 (cem reais).

Colhe-se da ementa:

Habeas Corpus. 2. Tentativa de furto. Bem de pequeno valor (R\$ 100,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. 4. Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. 5. Ordem concedida (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 108872, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 06 set. 2011).

O relator Ministro Gilmar Mendes aduz que, para a incidência do princípio da insignificância, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, e não os atributos inerentes ao agente

Além da divergência apresentada entre as Turmas, cabe salientar que se verificam dissidências no entendimento dentro das próprias Turmas, de acordo com a composição do órgão colegiado. De acordo com Cunha (2014), em sua análise das jurisprudências do STF quanto à aplicação do princípio da insignificância ao réu reincidente nos delitos de furto, verificou-se que a Primeira Turma do STF possuía uma posição definida, sempre pelo não cabimento do princípio em questão aos reincidentes. Já a Segunda Turma divergia em seu entendimento, ao passo que em alguns casos concedia a ordem e em outros a denegava, havendo Ministros que votavam de forma incoerente em casos parecidos.

Um exemplo desta divergência dentro da própria Turma, tem-se o julgamento do HC 106.510/MG, pela Segunda Turma do STF, em 2011. O caso trata da possibilidade de aplicação ou não do princípio da insignificância a um paciente reincidente que praticou tentativa de furto de uma máquina de cortar cabelo, avaliada em R\$70,00 (setenta reais). Conforme a ementa:

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 - DELITO DE FURTO SIMPLES, EM SUA MODALIDADE TENTADA (CP, ART. 155, "CAPUT", C/C O ART. 14, II) – "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 70,00 – DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 106510, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão: Min. Celso de Mello, julgado em: 22 mar. 2011)

O relator Ministro Joaquim Barbosa entendeu estarem ausentes os requisitos autorizadores da incidência do princípio da insignificância, visto que o paciente era reincidente.

Ayres de Britto acompanha o relator, aduzindo que por se tratar de um paciente afeito à criminalidade, profere seu voto no sentido da denegação da ordem de Habeas Corpus. Aduz que o reconhecimento do princípio não pode significar um estímulo à reincidência.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello discorda do relator, manifestando-se pela concessão da ordem. Justifica seu voto pelo fato de entender que os requisitos inerentes ao princípio da insignificância estavam preenchidos, sendo eles critérios objetivos.

Assim, o Ministro Gilmar Mendes, ao sustentar que a conduta seria atípica, bem como que o entendimento acerca do princípio ainda está em processo de construção, votou pelo deferimento da ordem, sendo então deferido o *Habeas Corpus* em razão do empate. Nos últimos anos, percebe-se que há certa tendência das duas Turmas em considerar os elementos concernentes à personalidade do agente, orientando-se no sentido de que a reincidência do agente impede a aplicação do princípio da insignificância.

Neste sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski se posicionou no *Habeas Corpus* nº 120.489, julgado em 10/12/2013, ao reforçar a reprovabilidade da prática de condutas criminosas reiteradas com a conseqüente necessidade de condenação do réu reincidente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 120.489, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 10 dez. 2013).

Em 2016, pode-se mencionar outra decisão do STF quanto ao tema, no julgamento do *Habeas Corpus* 133.252/MG em que foi afastada a aplicação do princípio da insignificância em razão do agente ser reincidente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 133252, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em: 15 mar. 2016).

Em decisão mais recente, ocorrida em 23 de abril de 2019, no julgamento do *Habeas Corpus* 135.164/MT, a primeira Turma do STF não reconheceu por aplicar o princípio da insignificância. O caso refere-se a um furto avaliado em R\$ 130, 00 (cento e trinta reais). Em primeira instância o juiz considerou o princípio da insignificância. Discordando da decisão, o Ministério Público estadual recorre ao Tribunal de Justiça e neste novo julgamento a Primeira Câmara Criminal condena o agente ao regime semiaberto. Após imposição do regime inicial semiaberto, a Defensoria Pública da União impetra o HC no STF. Trata-se de réu reincidente.

HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. ABRANDAMENTO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016). 2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desses fatos decorrentes. 3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal. 4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de que o paciente é contumaz na prática delituosa, o que desautoriza a aplicação do princípio da

insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE. 5. Quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido. A imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência e nos maus antecedentes, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de furto de bem pertencente a estabelecimento comercial, avaliado em R\$ 130,00 (cento e trinta reais). Ainda, à exceção dos antecedentes, as demais circunstâncias judiciais são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida pouco acima do mínimo legal (cf. HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), de modo que o regime aberto melhor se amolda à espécie. 6. Ordem de Habeas Corpus concedida, de ofício, para fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 135164 MT 4001750-21.2016.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/04/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-170 06-08-2019).

Por maioria de votos (3x2), os ministros da primeira Turma - Luiz Fux, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, consideraram que para o caso - não caberia aplicação do princípio da insignificância por se tratar de agente reincidente, porém, não concordaram com a aplicação de regime semiaberto, decidindo então, pelo regime inicial aberto. Dos votos vencidos, o Ministro Marco Aurélio não aceitou a tese do Ministério Público Federal que se posicionou pelo regime aberto, indeferindo a ordem. Já a ministra Rosa Weber considerou que o caso se aplica o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade material.

Assim, percebe-se que nos últimos anos, no âmbito jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, embora seja possível vislumbrar entendimentos pela aplicação do princípio da insignificância mesmo nos casos que o réu seja reincidente, tal posicionamento não é dominante.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, em seu histórico de julgamentos sobre a aplicabilidade ou não do princípio da insignificância ao réu reincidente até bem pouco tempo havia uma variação de entendimentos, havendo uma tendência atual para a não aplicação do princípio da insignificância no caso de constante reincidência. É o caso do AgRg no HC 490903/SC:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias destacaram a dupla reincidência da agravante pela anterior condenação definitiva por crimes de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é suficiente para obstar a incidência do princípio da insignificância.

2. Agravo regimental não provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 490903/SC. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgamento 06/06/2019, publicação DJe 11/06/2019).

No caso acima, apesar do furto de cerveja, bala, iogurte e carne não ser considerado em termos de valor relevante, o agente não foi absolvido devido possuir outros agravantes. A reincidência impediu a aplicação do princípio da insignificância.

Outro julgado trata-se do AgRg no AREsp 1420946 GO 2018/0336615-2:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

I - Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que não há que se falar em atipicidade material da conduta pela incidência do princípio da insignificância quando não estiverem presentes todos os vetores para sua caracterização, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

II - Como dito no decisum reprochado, é inaplicável, na hipótese, o denominado princípio da insignificância, tendo em vista que, apesar do pequeno valor da res furtiva, o recorrente é reincidente específico na prática de delitos patrimoniais. Agravo regimental desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1463296/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento 25/06/2019. Publicação DJe 01/08/2019).

No caso acima, ainda que se trate de furto de dois frascos de xampu no valor de R\$ 23,05 (vinte e três reais e cinco centavos), entenderam os Ministros da Quinta Turma, por unanimidade, não aplicar o princípio da insignificância, devido conduta reiterada do agente.

Verifica-se desta forma que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, tendem atualmente a não aplicação do princípio da insignificância nos casos de réus que praticam delitos reiteradamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme proposto, esta pesquisa analisou a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao réu reincidente a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como da doutrina.

Constatou-se que o Princípio da Insignificância desponta como postulado geral do direito penal que permite a interpretação restritiva do tipo, isto é, opera como um corretivo frente às situações que não poderiam ser antecipadas pelo legislador, afastando, assim, uma reprimenda penal injusta ou desproporcional.

Nessa senda, salientou-se que a corrente predominante no Direito Penal pátrio compreende que a natureza jurídica do Princípio da Insignificância é de causa supralegal de exclusão da tipicidade. Logo, ele legitima que uma ofensa ínfima ao bem jurídico, mas formalmente típica, torne-se atípica sob a perspectiva material, em razão de não se justificar uma repreensão penal na situação.

Em relação as decisões do STF a questão, percebeu-se uma visível oscilação de entendimento no decorrer dos anos, a qual ocorre inclusive dentro das próprias Turmas. Porém, nas últimas decisões do STF, tem-se que o entendimento predominante considera inaplicável o princípio da insignificância ao réu reincidente, principalmente sob o argumento de que a reiteração criminosa demonstra um maior grau de reprovabilidade do comportamento. Este posicionamento também se vislumbra nas mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Ponderando-se todo o exposto, conclui-se que a aplicação do Princípio da Insignificância depende da visão adotada pelo operador do direito, entretanto, adotando-se a visão teórica da doutrina, a reincidência não se mostraria um óbice ao emprego do Postulado da Insignificância.

REFERÊNCIAS

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 93393**, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em: 14 abr. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 97772**, da Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em: 03 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 107674**, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em: 30 ago. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 108872**, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 06 set. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 106510**, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão: Min. Celso de Mello, julgado em: 22 mar. 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 120489**, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em: 10 dez. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 133252**, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em: 15 mar. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 490903 / SC**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgamento 06/06/2019, publicação DJe 11/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 1463296/MG**. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento 25/06/2019. Publicação DJe 01/08/2019

CAPELA, Fábio. Uma Visita ao Instituto da Reincidência. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 13, n. 77, p. 74-95, dez/jan. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). – 25. ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

DITTICIO, Mário Henrique. **Crítica tridimensional da reincidência**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. **Reincidência penal e princípio da insignificância**. 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/10616-Reincidencia-penal-e-principio-da-insignificancia>. Acesso em: 10 mai. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. 21 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz das Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) e da jurisprudência atual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. O princípio da insignificância e o pretório excelso. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, ano 6, n. 63, fev/1998.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral – vol. 1**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 21^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal: evolução histórica, escolas penais, valores constitucionais, princípios penais e processuais e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

APOSTAS ESPORTIVAS ONLINE: ESTUDO SOBRE A LEGALIDADE DAS APOSTAS NO BRASIL

OSMARIO RODRIGUES DA SILVA:
Acadêmico de Direito na Universidade de
Gurupi UNIRG⁵⁸.

FABIO ARAUJO DA SILVA⁵⁹

(orientador)

RESUMO: As apostas esportivas online têm se destacado como uma forma de entretenimento e como um mercado lucrativo. No entanto, a legalidade dessas apostas varia de país para país, o que levanta questões importantes a respeito da regulamentação e legislação envolvidas. No contexto brasileiro, a legalidade das apostas esportivas online ainda é um tema em evolução e sujeito a debates. Recentemente, a Câmara dos Deputados aprovou a PL 442/91, trazendo assim uma sustentação jurídica para o que a prática deixe de ser considerada diretamente uma contravenção penal. Apesar dos avanços na legislação e na criação da ANJ, existem desafios a serem enfrentados para garantir uma implementação efetiva e a criação de um ambiente regulamentado e seguro para as apostas esportivas online no Brasil. Alguns dos desafios incluem a prevenção da lavagem de dinheiro, o combate ao jogo ilegal e a proteção dos consumidores. Este estudo foi conduzido através de uma pesquisa bibliográfica. Foram analisadas diversas fontes, incluindo artigos científicos, relatórios governamentais, leis e regulamentos relacionados às apostas esportivas online no Brasil, também, foram explorados os marcos legais vigentes e os desafios enfrentados na implementação de um ambiente regulamentado e seguro para as apostas esportivas online no país. A coleta e a análise dos dados foram realizadas de forma sistemática e criteriosa, com o objetivo de compreender a evolução legal e as perspectivas futuras dessa prática.

Palavras-chave: Jogos de apostas; online; legalidade;

ABSTRACT: Online sports betting has stood out as a form of entertainment and also as a lucrative market. However, the legality of these bets varies from country to country, which raises important questions regarding the regulation and legislation involved. In the Brazilian context, the legality of online sports betting is still an evolving topic and subject to debate. Recently, the Chamber of Deputies approved PL 442/91, thus providing legal support for the practice to no longer be directly considered a criminal offense. Despite advances in legislation and the creation of the ANJ, there are challenges to be faced to

⁵⁸ Email: osmariorodriguesds@gmail.com

⁵⁹ Mestre em Direito. Professor da universidade de Gurupi UNIRG. Email: fabiosilva2020@yahoo.com.br

ensure effective implementation and the creation of a regulated and secure environment for online sports betting in Brazil. Some of the challenges include preventing money laundering, combating illegal gambling and protecting consumers. This study was conducted through a bibliographical research. Several sources were analyzed, including scientific articles, government reports, laws and regulations related to online sports betting in Brazil, also, the current legal frameworks and challenges faced in the implementation of a regulated and safe environment for online sports betting in the country were explored. . Data collection and analysis were carried out systematically and carefully, with the aim of understanding the legal evolution and future perspectives of this practice.

Keywords: Gambling games; online; legality;

INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, deve-se notar que este é um tema recente na modalidade de aposta não autorizada pelo ordenamento jurídico as leis do nosso país. No entanto, tem grandes adeptos e circulando quantidades consideráveis de dinheiro, e à margem do poder público.

No entanto, jogos de azar sempre foram controversos no Brasil. Agora permitidos, agora proibidos ao longo dos anos, eles ganharam a reputação de atividade ilegal porque são frequentemente associados a atividades criminosas, corrupção, evasão fiscal e como meio de lavagem de dinheiro. No entanto, é inegável que a popularidade do jogo é alta no Brasil, independentemente de ser ilegal ou não.

Quem apoia as apostas esportivas as promove com a promessa de entretenimento. Se a pessoa prever corretamente um evento esportivo, ela receberá uma recompensa. A vantagem da casa é que a casa sempre ganha. A vantagem da casa é que a casa sempre ganha.

Justifica-se então o presente estudo na perspectiva de que existe uma necessidade de estabelecer o que se torna crime e o que é de fato uma aposta legalizada. Por um lado existe um negócio extremamente rentável que poderia criar um "boom" na economia e por outro lado uma prática extremamente viciante que poderia levar cada vez mais brasileiros a fila do sistema de proteção de crédito.

Assim, é sabido que com a promulgação de uma nova legislação, é capaz que só aumente os investimentos na área, além do mais, no Brasil, já é possível que se encontrem casas de apostas no Brasil. Dessa forma, a presente pesquisa servirá, através de uma análise teórica que poderá servir de base para se conhecer os principais aspectos dessa prática, bem como a legislação que a disciplina

Dessa forma, a problemática da presente pesquisa versa sobre a análise do ordenamento jurídico vigente no que tange sobre os jogos de apostas online, visto que, existe um conflito entre ordenamento jurídico sobre a criminalização. Assim, a pesquisa traz a seguinte problemática: As apostas esportivas online são ou não legais, conforme o ordenamento jurídico vigente?

Assim, as apostas esportivas são um fenômeno social muito difundido, portanto torna-se importante nas discussões sobre a regulamentação deste fato, o que torna importante lembrar as discussões e avanços legislativos quanto à sua regulamentação no Brasil, trabalhando em conjunto para que os apostadores conheçam a legalidade desta prática.

Com os anos, principalmente com as melhoras no que tange, a revolução nos meios digitais, alguns países passaram a utilizar tal modalidade, assim, o interessado na prática (brasileiro) realizava apostas dos seus jogos em empresas fora do país, países onde é legalizada a modalidade, dessa forma, se esquivando em da legislação nacional.

BREVES PERCEPÇÕES ACERCA DAS APOSTAS ESPORTIVAS: HISTÓRICO, CONCEITO E TERMOS

Evidências de apostas esportivas foram encontradas nos mais diversos povos da antiguidade, como no antigo Egito; no Império Romano, em batalhas entre gladiadores, e até mesmo em passagens da Bíblia que mencionam a prática de jogos de azar. Na Grécia antiga, ou seja, no palco dos antigos Jogos Olímpicos, o público que assistia ao evento sempre concordava com os valores baseados na previsão do resultado. (SOARES, 2019)

Com o tempo, à medida que a prática se generalizou, os estados logo reconheceram os jogos como uma ótima alternativa para aumentar a receita por meio de impostos. Logo depois começaram a aparecer as primeiras loterias e, conseqüentemente, as máquinas caça-níqueis foram criadas com o intuito de financiar projetos públicos que as loterias começaram a se popularizar no mercado europeu. Depois disso, as loterias começaram a se popularizar em todo o mundo. Mesmo com a igreja, é importante reconhecer a prática antes de criticá-la por ferir a moral ou os bons costumes. (MARTINS, 2021)

A partir dessa época, com a disseminação global do esporte como um todo e o advento da internet, televisão e outras mídias, as apostas esportivas passaram a ser conhecidas em todo o mundo, tornando-se um verdadeiro mercado. Os programas de televisão dedicados ao esporte começaram a ser transmitidos em todo o mundo, as discussões nos canais de esportes da televisão e não apenas os resultados desses programas foram relatados nos jornais locais. Como resultado, o jogo de azar foi associado ao desenvolvimento do esporte, aumentando o número de usuários e diversificando a

multiplicidade de jogos e atividades associadas ao esporte. Havia inúmeras maneiras de apostar. (VAL, 2022)

Como resultado, o jogo esportivo é uma prática cultural milenar que prevalece em várias culturas, inclui elementos de recreação e até mesmo uma identidade coletiva. (ARAÚJO, 2016)

Portanto, podem ser consideradas como uma forma de jogo em que as pessoas apostam em um resultado específico de um evento esportivo, como um jogo de futebol, corrida de cavalo ou partida de tênis. As pessoas podem apostar em diferentes resultados, como a vitória de uma equipe ou jogador, o número de gols marcados em um jogo ou o tempo que levará para que um determinado evento ocorra.

O jogo esportivo pode ser considerado uma forma de comércio, em que o valor monetário é determinado pela capacidade do jogador de prever o resultado da competição esportiva. (DIAS, 2020).

APOSTAS ESPORTIVAS ONLINE

Com a globalização e a tecnologia, o número de jogadores e casas de apostas aumentou exponencialmente, como resultado, agora existem casas de apostas em todo o mundo que permitem que os jogadores apostem a qualquer momento. Com a invenção dos smartphones, o mundo dos jogos de azar daria mais um passo em direção à sua popularidade com as próprias casas criando aplicativos dedicados aos jogadores casuais.

As apostas esportivas online se popularizaram devido ao aumento do acesso à internet e ao desenvolvimento de tecnologias para tornar as transações financeiras mais seguras e ágeis. Com a legalização em diversos países, as empresas de apostas esportivas passaram a investir cada vez mais em publicidade e patrocínios esportivos, tornando-se uma indústria bilionária.

A disseminação da Internet foi um acontecimento significativo e um avanço no campo do jogo, embora o próprio conceito de jogo online tenha sido concebido na década de 50 do século XX. Os americanos conceberam o jogo online, mas a primeira aposta online oficial ocorreu no Canadá em 1972. De acordo com site APOSTADOR FC (s/d, online):

A primeira aposta online foi feita no início dos anos 70(1972) no *Canadá* e foi lá que surgiu o primeiro regime de licenciamento global (1996), mas o boom só viria a surgir nos anos 90. O motivo para este boom está ligado ao boom tecnológico e ao crescimento da Internet globalmente. Só em 1998, a indústria das apostas

desportivas gerou mais de 800 milhões de dólares. Isto levou a um grande investimento por parte das casas de apostas no mundo cibernético com boa parte dos bookies a serem fundados na última década do século XX e no início deste século. Como exemplos, temos a Pinnacle Sports (1998), Bet365(2001), Bwin (2001), Unibet (1998), William Hill (2001), etc.

As apostas esportivas online surgiram como uma forma de entretenimento e também de possibilidade de lucro para os apostadores. Esse tipo de aposta ganhou força no final dos anos 90, com o surgimento das primeiras casas de apostas online, que ofereciam diversas modalidades esportivas para seus clientes. Discorre MARTINS (2021, p. 16)

Daí para a frente o que se viu, foi uma evolução ainda mais relevante das operadoras, se anteriormente, só era possível apostar em mercados específicos dentro de um jogo, paulatinamente foram englobados novos eventos as partidas, assim como ocorreu um aumento considerável na quantidade de esportes disponíveis para jogar. A gama de serviços ofertada por essas empresas em suas plataformas, vai desde esportes tradicionais como futebol, basquete e vôlei até cassinos e chegando ao inovador e curioso mundo dos e-Sports.

As modalidades mais comuns de apostas esportivas online são: futebol, basquete, tênis, MMA, boxe, corridas de cavalo e de cachorro, além de outros esportes populares em diversos países. Cada modalidade pode ter diferentes tipos de apostas, como vencedor da partida, resultado correto, total de pontos ou gols marcados, entre outras.

A era digital e o comércio eletrônico tiveram um efeito significativo na vida das pessoas em todo o mundo. A internet é considerada uma das maiores invenções da história da humanidade. Isso facilitou o uso de computadores ou dispositivos móveis por todos, ou qualquer pessoa que os use, para acessar informações, entretenimento e até oportunidades de ganhar dinheiro. (MARTINS, 2021)

Uma das principais causas desse aumento foi a busca da população por um meio de subsistência que proporcionasse uma renda adicional. Com isso, a internet facilitou para os apostadores fazerem suas apostas online, o que gerou uma comunidade de apostadores que discutia possíveis apostas, compartilhava dicas, estudava a fundo os mais variados eventos esportivos, etc. (VAL, 2022)

Em resumo, as apostas esportivas online surgiram como uma forma de entretenimento e possibilidade de lucro para os apostadores, oferecendo diversas

modalidades esportivas para apostas. No entanto, é importante que os apostadores joguem de forma responsável e que as empresas operem de forma ética e responsável.

REGULAÇÃO DAS APOSTAS ESPORTIVAS NO BRASIL

No Brasil, os jogos de azar foram proibidos por meio de um decreto-lei de 30 de abril de 1946, que restabeleceu a eficácia do artigo 50 e seus parágrafos da Lei de Contravenções Penais - Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941 - esta lei permitia a exploração de jogos de azar em um local público ou acessível ao público. (PRADO; GRANDE; STRINGUETO, 2021)

Com a assinatura do decreto de 1946 que se baseava principalmente nos malefícios do jogo para a moral e os bons costumes, todos os cassinos do Brasil foram fechados e esses estabelecimentos tornados ilegais. Da mesma forma, qualquer aposta realizada em competições esportivas seria punível, neste caso, a pena seria reclusão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, os efeitos da condenação incluiriam também a perda de móveis e decorações do local.

Apesar dessa proibição existir desde a década de 1940, é importante reconhecer que a lei ainda está em vigor e, como resultado, o jogo ainda é ilegal no Brasil. Isso dificulta avaliar quantas personalidades conhecidas do esportes estão participando de jogos abertamente e fazendo vídeos sobre suas apostas.

É importante destacar que as apostas são feitas em ambiente virtual, ou seja, pela internet, fator fundamental para viabilizar o atual cenário de apostas em e-Sports. Vê-se que as leis contra jogos de azar no Brasil foram promulgadas em uma época em que os cassinos e estabelecimentos congêneres eram considerados uma questão de moralidade. Conforme fundamenta LIRA (2018, p. 42):

Os avanços tecnológicos que o mundo globalizado trouxe até o presente momento, no século XXI, sempre são objeto de discussão acerca do quão prejudicial possa ser para a sociedade, quando usada para fins ilícitos. Após os avanços da tecnologia da informação e dos sistemas de comunicação, uma série de mudanças logísticas nos grupos criminosos articularam uma maior eficiência em suas atividades. É bem verdade, que como conhecemos, isso não foi relevante para evitar que a sociedade se atualizasse e hoje temos as mais variadas tecnologias inter-relacionadas que se comunicam com simples toques manuais e que cabem no bolso. Pois bem, com as apostas não houve diferença no aspecto de desenvolvimento. Os apostadores que faziam suas apostas em canhotos de papel,

autenticado em duas vias, para que atestasse a validade do bilhete vencedor, hoje não age desta forma. Já são oferecidas tecnologias o suficiente para que o indivíduo opere o sistema do conforto do seu lar e os jogadores realizem suas apostas também de qualquer lugar.

Dessa forma, é preciso reconhecer que os tempos mudaram e a lei está desatualizada, o que faz com que a linguagem da Lei de Contravenções sobre jogos de azar não seja muito clara para lidar com a situação atual, principalmente quando se considera o advento da Internet, Esta era uma situação inimaginável quando a Lei de 1946 foi assinada. No mesmo raciocínio VIDAL (2022, p. 38):

A discordância sobre o assunto é clara, porém, com o desenvolvimento da sociedade, é necessário monitorar nossa posição jurídica, pois a regulamentação é conhecida por proporcionar progresso econômico. Portanto, é fundamental que o Estado, como representante de seu povo, o estabeleça com o objetivo de adequar a prática do jogo no país para que seja capaz de frutificar na sociedade mesmo que a legislação vigente o proíba.

Apesar das apostas esportivas serem uma atividade que tem ganhado cada vez mais espaço no Brasil. A regulação dessa prática ainda é um tema bastante controverso e que gera muitas discussões. Partindo dessa premissa, parlamentares como o senador Ciro Nogueira (PP-PI) afirmaram em seu texto de fundamentação do Projeto de Lei 186/2014:

Estudos revelam que o Brasil deixa de arrecadar em torno de R\$ 15 bilhões caso seja legalizado as modalidades, contidas neste projeto de lei (jogo do bicho, videoloteria, bingo, videobingo, cassino, apostas esportivas e iGaming). A título de curiosidade e para estabelecer uma comparação com atividades conhecidas, destacamos a arrecadação do IPI – Bebidas, IPI – Fumo, IPI – Automóveis e CIDE - Combustíveis para comparar com os 15 bilhões do jogo legal: IPI – Bebidas – R\$ 3,147 bilhões; IPI – Fumo – R\$ 4,077 bilhões; IPI - Automóveis - R\$ 4,126 bilhões; CIDE - Combustíveis - R\$ 2,736 bilhões. (BRASIL, 2014)

Apesar de todas essas evoluções e de estar plenamente estabelecida no mercado brasileiro, as apostas esportivas online ainda não são especificamente regulamentadas na prática e passaram por diversas mudanças ao longo de sua história tanto em termos de licenciamento quanto de tentativas de acabar de vez com a prática. Por sua vez, a disputa acabou prejudicando o acesso do país ao que poderia ser uma importante fonte de financiamento. (MARTINS, 2021)

Em 2018, o presidente Michel Temer deu um grande passo na regulamentação das apostas esportivas com a promulgação da Lei 13.756/2018. Dessa forma, as apostas esportivas de cota fixa são legalizadas tanto presenciais quanto online.

Por lei, a iniciativa privada pode então explorar a atividade econômica de apostas esportivas em um ambiente altamente competitivo, o que trará diversos benefícios para o Brasil,²⁵ como atração de investimentos estrangeiros, geração de empregos e tributação nacional. Outro ponto é retirar os apostadores brasileiros do mercado offshore por meio de operadoras licenciadas no país, permitindo que eles migrem para um mercado legal e regulamentado. (VAL, 2020).

A nova legislação adapta o Brasil ao melhor modelo de tributação utilizado no mundo e altera alguns pontos da antiga Lei nº 13.756, que causou polêmica entre os especialistas da área quando de sua publicação (SECKEHELMANN, 2020).

Essa lei é fundamental para começar a discutir o tema das apostas esportivas com mais seriedade no Brasil e, portanto, é um ponto de partida original. Com a introdução da lei, em janeiro de 2019, centenas de empresas de jogos começaram a aparecer em todo o Brasil, anunciando na TV e nas redes sociais, patrocinando clubes de futebol, sentindo-se mais à vontade para anunciar a legalidade de seus negócios no Brasil. (VAL, 2022)

A regulação das apostas esportivas no Brasil ainda é um tema complexo e em constante evolução. A legislação atual é insuficiente para lidar com o avanço tecnológico e a popularização das apostas online, o que gera insegurança jurídica para os apostadores e operadores do mercado.

A regulamentação das apostas esportivas no país é importante não só para a arrecadação de tributos, mas também para o combate ao jogo ilegal e à lavagem de dinheiro. No entanto, é fundamental que a regulação seja realizada de forma responsável e com a devida proteção ao consumidor, incluindo medidas de prevenção ao vício em jogos de azar.

Por sua vez, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 442/91 após 30 (trinta) anos de discussão, que agora aguarda aprovação do Senado Federal e posterior sanção do Presidente da República para entrar em vigor. Sujeito a possível aprovação do Senado e do presidente, entrará em vigor a chamada "Lei do Jogo de azar", que regulamentará a prática de jogos de azar e de azar em troca do recolhimento de valores aos cofres estaduais e do cumprimento de determinadas exigências. Em suma, o Brasil desenvolverá um sistema nacional de jogo e jogo para organizar o novo "mercado" de jogo e emitirá regulamentos para controlar, fiscalizar e incentivar a prática de jogos de habilidade e de azar. (PARDI, 2022)

A regulação das apostas esportivas no Brasil é uma questão que ainda precisa ser aprimorada e melhorada. Isso porque muitas empresas que operam nesse ramo atuam de forma irregular, sem a devida licença das autoridades competentes. Além disso, existem muitas dúvidas sobre a tributação e a forma como essas empresas devem ser regulamentadas.

Para que a regulação seja efetiva, é necessário um diálogo aberto entre o governo, as entidades esportivas, as operadoras de apostas e a sociedade civil. Somente assim será possível alcançar um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico do setor e a garantia da integridade do esporte e dos direitos dos apostadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada, pode-se concluir que as apostas esportivas online ainda se encontram em um cenário de incerteza jurídica no Brasil. Embora a prática não seja expressamente proibida, a falta de regulamentação específica para o setor gera insegurança tanto para os operadores quanto para os jogadores.

Porém, é importante ressaltar que a legalidade das apostas online pode variar de acordo com o tipo de aposta realizada e o local em que é realizada. Além disso, recentes discussões no Congresso Nacional acerca da regulamentação das apostas online podem vir a mudar esse cenário e trazer maior segurança jurídica para o setor.

Outro ponto de debate é a atuação de empresas estrangeiras no mercado de apostas esportivas no país. A lei exige que as empresas obtenham uma licença de operação no Brasil, o que pode dificultar a atuação de empresas que não possuem presença física no país. Além disso, há questionamentos acerca da tributação das empresas estrangeiras e da possibilidade de remessa de recursos ao exterior.

Em resumo, embora a legislação tenha trazido mais segurança jurídica para as apostas esportivas no Brasil, ainda existem dúvidas e controvérsias acerca da sua legalidade e aplicação. É importante que os apostadores e operadores estejam atentos às regras estabelecidas e busquem orientação jurídica para evitar problemas futuros.

Sendo assim, é fundamental que os interessados em apostas esportivas online estejam atentos às possíveis mudanças na legislação e busquem orientação jurídica para evitar possíveis sanções. É necessário também que os órgãos competentes regulamentem de forma clara e precisa as atividades relacionadas às apostas online, visando proteger os jogadores e fomentar o mercado de forma justa e segura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APOSTADOR FC. A História das Apostas Desportivas. Disponível em: <https://apostadorfc.net/a-historia-das-apostas-desportivas/>. Acesso: 23 de março de 2023

ARAÚJO, Caio César Souza de. Jogos de azar, internet e direito: uma análise dos jogos de azar na internet e da possibilidade de regulamentação no Brasil. 2016. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo.

BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei nº 186/2014. Dispõe sobre a exploração de jogos de azar em todo território nacional.

DIAS, André Luiz Santa Cruz. As apostas esportivas como forma de comércio. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 19, p. 91-110, 2020.

EBERHARD, Vinicius Vivian; DE LIMA, Nédio Daria Pires. TRIBUTAÇÃO DAS APOSTAS ESPORTIVAS: REGULARIZAÇÃO E TRIBUTAÇÃO DAS APOSTAS ESPORTIVAS NO BRASIL. Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste, v. 7, p. e30579-e30579, 2022.

Lira, Pedro Enrick Moraes de. Os desafios para a regulamentação das apostas esportivas frente ao sistema jurídico brasileiro. 2018. 53fl. – Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito). Centro de Ciências Jurídicas Sociais, Universidade Federal de Campina Grande. – Sousa/PB – Brasil, 2018.

MARTINS, Caio Rodrigo Nunes REGULAMENTAÇÃO DAS APOSTAS ESPORTIVAS NO BRASIL: IMPACTOS E DESDOBRAMENTOS NO MERCADO TRIBUTÁRIO / Caio Rodrigo Nunes Martins – Brasília, 2021. XX p. Orientador: Prof. Wagner Rodrigues dos Santos Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo – Graduação) – Universidade de Brasília, 1º semestre de 2021.

PAES, Nelson Leitão. O “Duplo Dividendo” da Regulação das Apostas Esportivas pela Internet. 2018.

_____. Reforma tributária: os efeitos macroeconômicos e setoriais da PEC 233/2008. **Estudos Econômicos (São Paulo)**, v. 41, n. 2, p. 487–512, abr. 2011.

PRADO, Fernando A.; GRANDE, Mariana; STRINGUETO, Matheus. A regulamentação das apostas em e-sports no Brasil. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343170/a-regulamentacao-das-apostas-em-e-sports-no-brasil>. Acesso: 5 de abril de 2023

RODRIGUES, Henrique Vale de Gato Santos. **As apostas desportivas online associadas à combinação de resultados**. 2015. Tese de Doutorado.

SOARES, Igor de Camargo. Regulação e Tributação de apostas esportivas no Brasil: lei 13.756/18 e a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. 2019.

Val, Fernando de Arruda do. A regulamentação das apostas esportivas no Brasil. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

VIDAL, Gustavo Pires. Jogos de azar: da legalidade que institui o projeto lei nº 442 de 1991. 2022.

A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PROCESSUAIS: DO CONTEÚDO NORMATIVO DO ARTIGO 327, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

TAINA DOS SANTOS MADELA:

Pós-graduada em direito processual pela PUC-MG60

RESUMO: O presente artigo tem por objeto principal a análise do artigo 327, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, este dispositivo permite a inserção, no procedimento comum, de técnicas especiais de diferenciação procedimental. Com vistas a garantir, portanto, a flexibilização do procedimento, entre o comum e os especiais, desde que se assegure a aplicação, no procedimento comum, das técnicas processuais essenciais aos procedimentos especiais obrigatórios. O método de abordagem deste artigo baseia-se em pesquisa bibliográfica e utiliza o método dedutivo. Verifica-se, assim, que são procedimentos que garantem a adequação e adaptabilidade procedimental.

Palavras-chave: Código de Processo civil de 2015; Procedimento Comum; Procedimentos Especiais.

ABSTRACT: The main purpose of this article is to analyze Article 327, §2, of the Code of Civil Procedure 2015, this provision allows the insertion, in the common procedure, of special techniques of procedural differentiation. In order to ensure, therefore, that the procedure is flexible, between the common and the special, provided that the application, in the common procedure, of the procedural techniques essential to the compulsory special procedures is ensured. The method of approach of this article is based on bibliographic research and uses the deductive method. Thus, these are procedures that ensure adequacy and procedural adaptability.

Keywords: 2015 Code of Civil Procedure; Common Procedure; Special Procedures.

INTRODUÇÃO

O presente estudo faz uma análise acerca da aplicação do artigo 327, § 2º, do CPC, na cumulação objetiva de pedidos, em um único processo, ainda que entre eles não haja conexão.

Verifica-se que o modelo de flexibilização adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, proporcionou a cumulação de pedidos com tipos diversos de procedimentos

60 Artigo desenvolvido como trabalho de conclusão de curso para a obtenção do certificado de Pós-graduação em Processo Civil da Universidade Federal de Rondônia – UNIR. E-mail: taina_madela@hotmail.com.

previstos, admitindo-se o emprego do procedimento comum, sem prejuízo da adoção das técnicas diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos.

Nota-se que o modelo de flexibilização procedimental adotado pelo Código de Processo Civil busca permitir a modulação do procedimento às especificidades objetivas e subjetivas da causa, como medida de acesso à justiça.

Ocorre que o presente dispositivo busca o acesso à justiça com enfoque na autonomia da vontade das partes, especialmente no que tange à cumulação de pedidos com procedimentos diversos.

A metodologia utilizada no trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, tendo em vista que se utiliza da legislação brasileira, de artigos de recursos informativos, dissertações, revistas, utilizando o método dedutivo.

1 DA TÉCNICA PROCESSUAL ESTABELECIDADA NO ARTIGO 327, § 2º, DO CPC

Com o advento do novo Código de Processo Civil, os procedimentos especiais conectam-se com o procedimento comum, se passado a obter uma maior integração possível, a fim de que a equação resultante de sua aplicação conjunta possa-se ofertar um leque variado de técnica especial, com o objetivo de exprestar ao procedimento maior efetividade.

Desse modo, de acordo com os artigos 327, §2º, e 1.049, parágrafo único, do CPC, o procedimento comum brasileiro permite a incorporação de diversas técnicas de diferenciação procedimental. Assim, o procedimento comum, ganha uma nova visão, modificando a percepção tradicional, a qual o procedimento especial era quem detinha o monopólio ou a exclusividade para a previsão de uma dessas técnicas.

Nesse sentido, segue a disposição do artigo 327 do CPC:

Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

[...]

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a

que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.⁶¹

O artigo 1.049, parágrafo único do CPC segue o entendimento o §2º, do art. 327 do CPC, que permite que se incorporem ao procedimento comum técnicas de procedimentos especiais que com ele não sejam incompatíveis, o qual enuncia:

Art.1.049. Sempre que a lei remeter a procedimento previsto na lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código.

Parágrafo único. Na hipótese de a lei remeter ao procedimento sumário, será observado o procedimento comum previsto neste Código, com as modificações previstas na própria lei especial, se houver.⁶²

Para o doutrinador Cerqueira (2017, p. 99), através do artigo 327, § 2º e o art. 1.049, parágrafo único, houve “novo conceito de compatibilidade com o procedimento comum [...] e a possibilidade de adaptação do procedimento comum a partir da cumulação com o emprego de técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais típicos dos pedidos cumulados”.⁶³

Nota-se, portanto, que este artigo 327, § 2º “permite a conversão do procedimento especial em procedimento comum” (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 41)⁶⁴. Assim, a partir do CPC/2015, passa-se a facilitar a aplicação do procedimento padrão aos procedimentos especiais não apenas de forma subsidiária (como forma de integração de lacunas, na ausência de norma específica), mas também de maneira supletiva, isto é, mesmo existindo regra especial, o procedimento comum pode ser aplicado.

61 BRASIL. Lei nº. 13.105 de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

62 BRASIL. Lei nº. 13.105 de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

63 CERQUEIRA, Társis Silva de. **A nova face do procedimento comum no novo Código de Processo Civil diante dos procedimentos especiais**: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. Revista de Processo, vol. 273, nov. 2017, p. 99.

64 DIDIER JR; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria procedimentos dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 41.

Verifica-se que quando diz respeito a pedidos sujeitos ao procedimento especial e ao procedimento comum, torna-se possível a cumulação de pedidos, desde que seja adotado o procedimento comum, que, por ser mais amplo, possibilita maior ampla defesa por parte do requerido, inexistindo prejuízo ao mesmo, segundo estabelece o artigo 327, § 2º, do CPC.

Entretanto, no que tange ao procedimento especial, nem todo procedimento especial pode ser revertido ao procedimento comum, tendo em vista que os procedimentos especiais apontam-se como facultativos ou cogentes.

Quando se referem a procedimentos especiais facultativos, em que o ordenamento jurídico possibilita que pedidos sujeitos a procedimentos especiais sejam também formulados via procedimento comum, não há impedimento da aplicação da regra do artigo 327, § 2º, do CPC, aplicando-se a conversibilidade do procedimento especial em procedimento comum. A exemplo disto pode citar o mandando de segurança.

Em contrapartida, quando se referem a procedimentos especiais cogentes, os quais são feitos para atender interesse público, sendo obrigatório e inderrogável pela vontade das partes, não se lhes afigurando possível optar pelo procedimento comum, o que impossibilita a aplicação da regra do art. 327, § 2º, do CPC. Pode-se citar como exemplo a ação de desapropriação.

Neste ínterim, o procedimento comum, antes de excluir, exerce uma força atrativa de outras técnicas previstas em procedimentos especiais, que sejam compatíveis com o rito padronizado. O dispositivo do art. 327, § 2º, do CPC, possibilitou a flexibilidade do procedimento comum pelas técnicas especiais, podendo haver livre trânsito das técnicas entre os procedimentos.

A flexibilidade permite um ajuste do procedimento, tornando-se um sublime instrumento de acesso à justiça. Imperioso destacar, as palavras de Cabral (2016, p. 201) “não apenas da perspectiva da tutela oferecida (ou na óptica do próprio Judiciário), mas com olhos voltados para as necessidades humanas que precisam do Estado-juíz”.⁶⁵

Verifica-se que essa adaptação só se torna possível no CPC, tendo em vista ele adota a tônica da flexibilização do procedimento e das formalidades dos atos processuais, sendo possível que se criem adaptações ao procedimento comum e, com isso, transformá-lo em um procedimento especial por convenção processual.

Desse modo, verifica-se que a flexibilização procedimental através da possibilidade de cumulação de pedidos de ritos distintos confere ao jurisdicionado verdadeira resposta

65 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 201.

aos problemas de acesso formal à justiça, buscando uma tutela adequada, efetiva e tempestiva.

Faz-se importante evidenciar que o artigo o art. 292, § 2º, do CPC/1973, já possibilitava a cumulação objetiva de pedidos que correspondem a tipos diversos de procedimentos, nos seguintes termos: “quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.”⁶⁶

Neste contexto, é necessário colacionar as palavras de Cerqueira (2017, p. 102):

O procedimento comum não é rígido e, portanto, não carece de flexibilização. Ele é modulável e pode ser “montado” a partir de técnicas especializadas (módulos procedimentais) e decorrentes da legislação, independentemente da postura das partes ou do órgão jurisdicional. Basta que a postulação se insira na previsão normativa para que incida o prescritivo dos arts. 327, § 2º, e 1.049, parágrafo único, ambos do CPC.⁶⁷

Contudo, devido a extinção do procedimento sumário no código de 1973, é equivocado a referir procedimento ordinário, o termo correto é procedimento comum, conforme explana o doutrinador Redondo (2017, p. 30):

O Código de 2015 manteve a grande divisão de procedimentos em comum e especiais, trazendo alterações mais significativas naquele primeiro. Foi extinta uma das espécies do procedimento comum – foi abolido o procedimento sumário – e, por consequência, foi abandonado o emprego do adjetivo “ordinário”, o que fez o procedimento comum tornar-se “único” no texto do CPC de 2015.⁶⁸

Verifica-se, portanto, que anteriormente ao CPC de 2015, havia técnicas processuais dentro de um procedimento que não é, de fato, especial. A partir do CPC/2015, o

66 BRASIL. Lei nº. 5.869/1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2021.

67 CERQUEIRA, Társis Silva de. **A nova face do procedimento comum no novo Código de Processo Civil diante dos procedimentos especiais**: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. Revista de Processo, vol. 273, nov. 2017, p. 102.

68 REDONDO, Bruno Garcia Redondo. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 30.

procedimento comum perde sua rigidez e tem o seu alcance ampliado na busca pela satisfação do direito material.

Desse modo, o intuito do procedimento comum era desenvolver maior universalização e simplicidade, havendo poucas regras procedimentais a serem seguidas, suportadas por garantias constitucionais que, em sua abrangência, já suportassem de forma suficiente o processo como um todo.

O artigo 327, § 2º, do CPC/2015 inovou, ao permitir que no procedimento comum sejam empregadas as técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados.

Cabe apresentar a concepção de Fredie Didier Jr. (2017, p. 649), sobre o procedimento comum ser receptivo à incorporação de técnicas diferenciadas, o qual evidencia que:

Essa cláusula geral pode ser fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é xenófobo e, por isso, não é rígido.⁶⁹

Além disso, no momento em que se estabelece o procedimento comum como único, constitui-se um “procedimento mais adequado para todos ou quase todos os litígios levados ao Judiciário” (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 19).⁷⁰ Desse modo, o procedimento comum além de ser instrumento de satisfação de demandas gerais, também é uma ferramenta de expressão da autoridade do Estado (DINAMARCO, 2009).⁷¹

Diante disto, a partir do Novo Código de Processo Civil passou-se a propiciar com o procedimento comum a alteração de prazos e da ordem dos atos processuais objetivando a compatibilização às necessidades da situação que as partes visam pleitear. Cabe destacar as situações apresentadas por Marinoni et al (2019, 54), o qual estabelece:

[...] autoriza-se o juiz a “dilatara prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (art. 139, VI). Também, nessa linha, prevê o art. 190

69 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 1, p. 649.

70 DIDIER JR.; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria procedimentos dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 19.

71 DINAMARCO, Candido R. (Candido Rangel). **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

que, se a causa versar sobre direitos que permitam autocomposição, podem as partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Do mesmo modo, estabelece o art. 191 que o juiz e as partes de comum acordo, podem fixar calendário para a prática dos atos processuais.⁷²

Dentro dessa lógica, o procedimento comum possui uma visão de universalização e simplicidade, havendo poucas regras procedimentais a serem seguidas, suportadas por garantias constitucionais que, em sua abrangência, já suportassem de forma suficiente o processo como um todo. Diante disto, Didier et al. (2018, p. 20) enuncia:

Por ser o procedimento mais prestigiado e o mais completo, defendia-se, até, um “princípio de preferibilidade do rito ordinário”. O procedimento padronizado seria aquele que possibilitaria a melhor qualidade da tutela jurisdicional, contendo a mais completa cognição e ofertando o melhor resultado para as partes em termos do desempenho de suas garantias fundamentais processuais, e, por isso, haveria uma preferência normativa em seu favor. ⁷³

No que se refere ao procedimento especial, aquele “construído para servir a uma determinada espécie de situação jurídica material; é, por isso, especial, porque criado para atender a uma situação jurídica específica” (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 21). Conforme ilustra Didier et al. (2018, p. 21):

O procedimento especial, portanto, possui pressupostos de cabimento específicos, que fazem com que a incidência da norma que prevê o procedimento especial se dê pelo critério da especialidade. É frequente, em razão disso, que o procedimento especial seja designado pela lei ou conhecido na praxe forense, por metonímia, pelo nome da situação jurídica substancial a que serve: ações possessórias, ação de consignação em pagamento etc. Sob esse ângulo, o procedimento comum seria aquele aplicável a todas as causas, ressalvadas aquelas submetidas a procedimento especial

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3”. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 54.

⁷³ DIDIER JR; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria procedimentos dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 20.

(art. 318, caput, CPC15); além disso, o procedimento comum seria aplicável, subsidiariamente, aos procedimentos especiais e ao processo de execução (art. 318, par. único, CPC16).⁷⁴

Nota-se, portanto, que o procedimento comum é aquele visto como básico, geral, já o procedimento especial é aquele distinto da generalidade, sendo assim “[...] comum e especial são, nesse sentido, atributos relacionais: o procedimento pode ser comum ou especial, a depender do paradigma examinado” (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 22).⁷⁵

Nesta linha, cabe destacar as variedades procedimentais que o Novo Código e o procedimento comum, juntamente com as técnicas especiais, apresentaram ao direito processual brasileiro, quanto a isto afirma Mitidiero et al. (2019, p. 55):

Como é evidente, essa evolução da abordagem do procedimento, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos (procedimento uniforme) ou para alguns casos específicos (procedimentos especiais), permite a constatação de que se caminha, constantemente, para a previsão de normas que abrem oportunidade à concretização das técnicas processuais em cada caso, evidenciando a possibilidade da construção da ação ou do procedimento conforme as necessidades substanciais carentes de tutela e as particularidades do caso concreto.⁷⁶

Busca-se, portanto a universalização e a preferibilidade do procedimento comum, uma vez que ao cumular pedidos, as partes utilizarem este procedimento, como rege o art. 327, § 2º, do CPC/2015. Este artigo apresenta uma característica única, há de que o novo Código introduz a partir da perspectiva do procedimento comum, a adaptabilidade.

Esta inovação trazida pelo Código tem a finalidade de adequar a satisfação da tutela, sem necessidade de acumular as funções do sistema judicial. Tal argumento é reforçado por Didier; Cabral e Cunha (2018, p. 70), quando argumenta que:

74 DIDIER JR; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria procedimentos dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 21.

75 DIDIER JR; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria procedimentos dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 22.

76 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3**”. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 55.

[...] pode-se extrair a conclusão de que o procedimento comum é adaptável, maleável, flexível, bem diferente do modelo tradicional; de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 70).⁷⁷

Constata-se, portanto, que as técnicas processuais dos procedimentos especiais para o procedimento comum buscam a absoluta sintonia com as determinações adotadas pelo CPC de 2015, ditando uma compreensão melhorada sobre o tema, demonstrando-se um importante instrumento para a concretização da efetividade jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015, como foi demonstrado, figura-se como adaptável e flexível às demandas para garantia de direitos. Possui um procedimento comum extremamente diferente do procedimento ordinário, detém procedimentos especiais codificados e abarca a legislação extravagante sem feri-la.

Constatou-se que o artigo 327, § 2º, do CPC/2015, além de autorizar a cumulação objetiva de pedidos que corresponde a tipos diversos de procedimentos, tal como já previa o art. 292, § 2º, do CPC/1973, foi além, permitindo-se que sejam empregadas as técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais, desde que não sejam incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Assim, com o advento dos procedimentos jurisdicionais diferenciados, chega-se, enfim, às normas abertas e a disponibilização mitigada procedimental para os sujeitos do processo. Permite-se a construção da ação e o procedimento adequado para garantir a tutela do direito material no caso concreto.

Destarte, com a nova sistemática fomentada pelo Código de Processo Civil, podemos deduzir que a inovação legal estabelecida pelo artigo 327, § 2º, do CPC, vem ao encontro, diretamente, do objetivo do processo: prestar tutela de direito de forma efetiva, adequada e tempestiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº. 5.869/1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 18 de setembro de 2021.

⁷⁷ DIDIER JR.; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria procedimentos dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 70.

BRASIL. Lei nº. 13.105 de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CERQUEIRA, Táris Silva de. **A nova face do procedimento comum no novo Código de Processo Civil diante dos procedimentos especiais**: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. Revista de Processo, vol. 273, nov. 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1.

DIDIER JR; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria procedimentos dos procedimentos especiais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Candido R. (Candido Rangel). **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3". 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

REDONDO, Bruno Garcia Redondo. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

O PRIVILÉGIO DE EXECUÇÃO PRÉVIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VS O RESPEITO PELOS DIREITOS E INTERESSES LEGALMENTE PROTEGIDO DOS PARTICULARES, NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

WILSON CARLOS MUCAPOLA:
Advogado. Mestrando em Ciências Jurídico Políticas pela FDUAN; Docente de Direito Administrativo na FDUAN.

LEÃO CHIMINHI: *Mestre em Ciências Jurídico Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Director Geral do Centro de Formação Técnico Profissional da Endiamaa⁷⁸*

Resumo: O que deve caracterizar os órgãos da Administração Pública, na busca da satisfação de interesses tidos como colectivos, é uma incessante busca de uma base de harmonia, no exercício das suas actividades e a defesa das garantias e interesses legítimos dos particulares. Daí que, os gestores públicos devam observar com alguma atenção, a função administrativa, que tem um papel extremamente relevante, que é fundamentalmente a de conferir poderes de autoridades à Administração Pública, com vista a que o interesse colectivo possa sobrepor-se aos interesses do particular, mas, também, a de reconhecer direitos a estabelecer garantias em favor dos particulares, frente à Administração Pública, de modo a limitar juridicamente os abusos do poder e proteger os cidadãos contra os excessos de autoridade da Administração.

Palavras Chave: *Administração Pública, Execução Prévia, Garantias Jurídicas; Interesses; Particulares.*

Nota Prévia

O presente artigo de opinião é fruto de um caloroso aceso debate académico entre os seus autores, depois de aprofundarmos os conhecimentos a respeito da matéria, objecto deste estudo, surgiu a ideia para a sua materialização.

⁷⁸ CHIMIM, Leão, Mestre em Ciências Jurídico Políticas, pela Faculdade de Direito de Lisboa, Director do olo diamantífero da Lunda-Sul. MUCAPOLA, Wilson, Advogado, Docente da FDULAN, Mestrando em Ciências Jurídico Políticas, pela FDUAN, artigo *de opinião*.

Pelo seu jeito e domínio dessas matérias de utilidade pública, que caracterizam o Mestre Leão Chiminhi, foi fundamental para que ambos fossem exteriorizar aquilo que nos ia a alma à respeito.

Se o artigo despertar curiosidade e o interesse dos investigadores deste ramo jurídico ou dos agentes intervenientes dos organismos públicos, já será um contributo para o conhecimento universal do direito administrativo, na vertente da sua organização, funcionamento e das ralações que ela estabelece com os demais entes jurídicos, na vida pública angolana, com maior destaque com os particulares.

Considerando que o sistema jurídico é dinâmico, e o direito administrativo é precisamente o fruto das transformações que ocorre na sociedade, ao longo dos tempos, pois deve reflectir e acompanhar a realidade sociopolítica, económica, cultural e legislativa, que se insere, sentimos que era necessário realizar actualizações pontuais pela forma como deve ser exercido o privilégio de execução prévia da administração pública, face a observância das garantias jurídicas dos particulares.

Os Autores

Introdução

Quando se fala em Administração Pública, tem-se presente todo um conjunto de necessidades colectivas cuja satisfação é assumida como tarefa fundamental na busca da prossecução dos interesses colectivos que visa prosseguir, através dos seus diversos serviços que coloca a disposição dos cidadãos.

A administração pública é a expressão de manifestação e execução do poder executivo. É por meio dela que de forma geral, em nome da colectividade exprime o seu poder do privilégio de execução prévia, face aos demais entes jurídicos no exercício da função administrativa, mediante a capacidade de impor e fazer executar determinada conduta.

Goza de prerrogativas atribuídas pela lei, nos termos dos quais pode impor aos particulares a sua conduta através de uma decisão unilateral, em jeito de manifestação de poder de autoridade e de supremacia, típico das colectividades públicas, aí assenta o seu privilégio de execução prévia ao abrigo da função administrativa.

Os órgãos da Administração Pública na busca dos fins colectivos, gozam do privilégio de decisão executória entendido como o privilégio de execução prévia, que lhe atribui a faculdade de impor coercivamente as suas decisões de forma unilateral.

O princípio da execução previa é a autoridade que os órgãos administrativos têm para tornar certos e incontestáveis, para efeitos de execução, os direitos das pessoas colectivas públicas.⁷⁹

Tais poderes são inerentes à sua função, de maneira que, sem os mesmos dificilmente poderia sobrepor o interesse colectivo ao interesse privado de cada particular individualmente considerado. O poder administrativo, encerra prerrogativas de autoridade indispensáveis à realização dos seus fins.

Quando se fala em poderes, devem ter-se em conta as modalidades que elas tomam, de tal forma que, no quadro do exercício da função administrativa, teremos poderes normativo, poder de decisão, poder de direcção, poder de policia, poder sancionatório... Tendo no acto administrativo, no regulamento administrativo, nos contratos administrativos ou públicos celebrados entre os órgãos da administração pública e os particulares, bem como nos actos materiais ou técnicos da sua forma de expressão.⁸⁰

Os meios pelos quais a Administração Pública manifesta a sua autoridade e supremacia constituem-se em verdadeiros poderes públicos, dos quais a Administração Pública se serve na sua veste de imperium, para impor legitimamente os seus comandos com autoridade necessária aos destinatários (particulares), da actividade, vencendo as resistências ou ultrapassando a inércia destes, se isso tiver lugar.⁸¹

Os poderes públicos ou prerrogativas de poderes públicos noutros termos, consubstanciam-se na capacidade legal de regulamentar, de expropriar, de tributar, autorizar, de recusar, no privilégio de execução prévia. Mas, para estados modernos democráticos e de direitos, aos órgãos da administração pública, não se conferem apenas poderes de autoridade, estabelecem-se também para elas deveres, limitações ou restrições e sempre em homenagem aos fins que prossegue, a exemplo temos a prestação de contas e a probidade administrativa, etc. Devem ser tidas como algumas das limitações que constroem a Administração Pública por força das necessidades colectivas que lhe estão subjacentes.

1. As Garantias dos Particulares Face à Administração Pública

⁷⁹ PACA, Cremildo, Administração Pública e Poder Executivo de Angola, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, p. 23

⁸⁰ idem

⁸¹ Ibidem

As garantias dos particulares é uma das temáticas relevantes do estudo do direito administrativo, por atribuir aos particulares determinados poderes jurídicos que funcionam como protecção ou defesa contra abusos e ilegalidade da Administração Pública.

As garantias são meios criados pela ordem jurídica com a finalidade de evitar ou sancionar as violações do direito objectivo, ou dos interesses legítimos dos particulares.⁸² Constitucionalmente é um direito salvaguardado, na medida em que os cidadãos têm o direito de ser ouvidos pela administração pública nos processos administrativos susceptíveis de afectarem os seus direitos e interesses legalmente protegidos⁸³, tal como reza o disposto no artigo 200º da CRA.

Os particulares têm o direito de serem informados pela administração pública sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de enquadrar-se no leque das garantias dos particulares.

As garantias dos particulares estendem-se igualmente, aos actos potencialmente ilegais ou lesivos de direitos. Assim sendo os actos administrativos devem ser notificados aos interessados e carecem de fundamentação expressa quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares.⁸⁴

Aos particulares é garantido o acesso aos arquivos e registos administrativos, por força do princípio do participativo ou da participação, decorrente da ideia da democracia participativa, impondo à Administração Pública, o dever de dar aos particulares a possibilidade de participarem na gestão administrativa, tende à prossecução do interesse da colectividade.

Elas desdobram-se em garantias *políticas, administrativas, contenciosas, impugnatórias* e *pectitórias*. O critério de distinção é o critério dos órgãos a quem é confada a efectivação das garantias.

1.1. Garantias Políticas

Toda a organização democrática do Estado constitui uma garantia para os particulares.⁸⁵ São exemplo a fiscalização da constitucionalidade das leis, a sujeição dos decretos leis, a regra da aprovação do orçamento geral do Estado, a fiscalização do

⁸² TRAVESSAS, Bernardo efectivação das garantias dos particulares face à administração Pública, 2016, . 2

⁸³ Nos termos do artigo 200º n.º 1 da CRA.

⁸⁴ PACA, Cremildo, Administração Pública e Poder Executivo de Angola, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, . 101

⁸⁵ Psicanalisar o Direito Administrativo, 2018, . 1

executivo pela Assembleia Nacional, entre outras. No entanto ainda podemos encontrar outras garantias adjacente como o direito de petição, direito de resistência

Contudo, estas garantias não são suficientes nem são inteiramente seguras, por um lado porque cobrem muito poucos casos, e dentro de cada caso não abrangem todos os aspectos relevantes e por outro lado, porque sendo confadadas aos órgãos públicos, vão naturalmente ser apreciadas segundo critério de conveniência política e não com base na justiça e na imparcialidade.

1.2. Garantias Administrativas

São as garantias que se efectivam através da actuação e decisão de órgãos da Administração Pública.⁸⁶ A ideia fundamental assenta na institucionalização, dentro da própria Administração de mecanismos de controlo da sua actividade designadamente controlos hierárquicos ou tutelares. Normalmente são criados por lei, para assegurar o respeito da legalidade e a observância do dever de boa administração garantido simultaneamente o respeito pelos direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares.

1.3. As Garantias Pectitórias

O direito de petição ou de requerer é um direito que consiste na faculdade que os particulares gozam de dirigir pedidos aos órgãos da Administração Pública para esta tome determinadas decisões, preste informações ou permita acesso a arquivos seus ou a processos pendentes.⁸⁷

Num outro entendimento pode se dar o caso, que as garantias pectitórias, consubstanciam-se numa iniciativa ou impulso processual, para se efectivar a marcha de abertura de um procedimento administrativo, por iniciativa do particular, por intermedio de envio de um requerimento. Uma vez recebido o requerimento, é obrigatoriamente objecto de registo, em suporte adequado.⁸⁸

Sobre o requerimento pode recair um despacho inicial, do serviço podendo assumir os seguintes conteúdos:

a) Aceitação;

⁸⁶ Idem

⁸⁷ Ibidem

⁸⁸ FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, Direito Administrativo, Luanda, Mayamba, 2018, 7ª edição. P. 263.

b) Indeferimento liminar;

c) Aperfeiçoamento, se o requerimento não satisfizer todas as exigências. Este aperfeiçoamento far-se-á através do suprimento oficioso das deficiências, caso tal seja possível, ou mediante convite ao requerente.⁸⁹

A administração pública, tem a obrigação de dizer ao particular que o requerimento não está devidamente formulado, notificando-o ou convocando-o para esse fim. O requerimento não terá andamento se o direito que se quer valer caducou ou se verificar a ilegitimidade do requerimento quando o pedido for extemporâneo.

1.4. As Garantias Impugnatórias

As garantias impugnatórias conferem o direito aos particulares, perante a um acto administrativo, já praticado pelo órgão da administração pública, impugnar esse acto, com vista a sua revogação, anulação administrativa, ou modificação.

Ou seja, nessas garantias, atribui o poder aos particulares, de impugnarem todos aqueles actos, com as quais não se revêm, nem se sintam parte integrante dos mesmos. Tal pode ser feito por via da interposição de uma reclamação, ou recurso hierárquico, e outras vias legalmente previstas que façam com que o órgão da administração que praticou tal acto, reveja a sua decisão, a favor do particular.

A reclamação é o meio de impugnação de um acto administrativo, perante o seu próprio autor, e fundamenta-se na circunstância de os actos administrativos poderem, em geral ser revogados, anulados, revistos, pelos órgãos que os tiver praticado.

Em regra, pode reclamar-se de qualquer acto administrativo, mas não é possível reclamar de acto que decida anterior reclamação ou recurso administrativo, salvo com fundamento da omissão de pronúncia.

O recurso hierárquico deve ser visto como uma garantia administrativa dos particulares, que consiste em requer ao superior hierárquico de um órgão subalterno a revogação, ou anulação de um acto administrativo ilegal por ele praticado ou a prática de um acto ilegal por ele praticado, ou a prática ilegalmente omitido pelo mesmo.

1.5. As Garantias Contenciosas

⁸⁹ Idem

As garantias contenciosas representam a forma, mas elevada e mais eficaz de defesa dos direitos subjectivos ou dos interesses legalmente protegido dos particulares, são as garantias dos particulares que se efectivam através dos tribunais.⁹⁰

2. Equilíbrio na busca da Satisfação das Necessidades Colectivas e a observância do Respeito pelos Direitos e Interesses Legalmente Protegido dos Particulares

Determinados autores como Celso Bandeira de Melo, entende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular é condição de existência da própria sociedade. Ou seja, neste sentido, sentido facilmente pode se perceber que, dá-se uma maior prevalência dos interesses colectivos em detrimento dos particulares.

É preciso que os órgãos da Administração Pública, percebam que é preciso primar sobre uma incessante busca de uma base de harmonia das suas exigências no exercício das suas actividades e a garantia dos particulares e defesa dos seus direitos e interesses legítimos.

O facto da Administração Pública, da prevalência a prossecução do interesse colectivo, não quer significar que não se sujeita ao ónus ou limitações de interesse público e ainda à atribuição de direitos subjectivos.⁹¹

Daí que, a função administrativa, deve jogar um papel preponderante que é fundamentalmente, a de conferir poderes de autoridade à Administração Pública, com vista a que o interesse colectivo possa sobrepor-se aos interesses privado, mas, também, a de reconhecer direitos a estabelecer garantias em favor dos particulares frente à Administração de modo a limitar juridicamente os abusos do poder e proteger os cidadãos contra os excessos de autoridade da Administração.

Assim sendo é crucial salientar que a procedimentalização da actividade administrativa impõe a ponderação de múltiplos interesses contraditórios relevantes no processo de formação, com vista a tomada de uma decisão, no exercício da função administrativa.¹⁵

Daí que, aconselha-se aos entes públicos, na busca da realização da satisfação das necessidades colectivas, é fundamental que se garanta a melhor ponderação possível da

⁹⁰ OLIVARES, Aíonso, sicanalisar o Direito Administratvo, 2018, Lisboa . 5

⁹¹ FEIJÓ, Carlos. PACA, Cremildo, Direito Administratvo, Luanda, Mayamba, 2018, 7ª edição. P. 33 15
Idem

decisão à luz do interesse público e por outro, assegurar o respeito pelos direitos e interesses legítimos dos particulares.

3.Princípios mediadores da relação entre os órgãos daAdministração Pública vs os Particulares

Os princípios que norteiam a função administrativa, devem ser compreendidos como regras que visam garantir um bom desempenho dos serviços públicos. Têm uma função, na medida em que visam conferir unidade ao ordenamento jurídico administrativo, servindo-se de fundamento para elaboração de normas jurídico-administrativas.

3.1 Princípio da Prossecução do interesse Público e do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegido dos particulares

Este princípio surge essencialmente com a finalidade de procurar limitar os órgãos da administração pública, que devam no exercício das suas funções, na resolução dos interesses da colectividade, devem observar as garantias e o respeito pelos direitos e interesses dos particulares. Não devem os órgãos públicos invocar os interesses públicos, para esmagar a esfera jurídica, dos particulares.⁹²

Este princípio encontra a sua consagração legal, nos termos do artigo 16º do Código do Procedimento Administrativo Lei n.º 31/22 de 30 de agosto. Aos órgãos administrativos cabe prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses dos cidadãos legalmente protegido.

3.2 Princípio da Colaboração da Administração com os Particulares

Nos termos do artigo 21º do CPA, pode encontrar a fundamentação legal deste princípio, tal vem enunciar que os órgãos administrativos devem actuar em estrita colaboração com os particulares com os particulares.⁹³

Aqui os órgãos administrativos, devem procurar assegurar a adequada participação destes no desempenho da função administrativa, devendo prestar aos particulares todas informações e esclarecimentos de que carecem.

3.3 Princípio do Participativo

Aos órgãos da Administração Pública cabe assegurar a participação dos particulares, na defesa dos seus interesses, podem apresentar as suas opiniões, aos da

⁹² Nos termos do artigo 16º do código do procedimento administrativo.

⁹³ Artigo 21º CPA

Administração da Pública, sendo estes obrigaos a informar aos particulares o resultado das suas petições.⁹⁴

3.4 Princípio da Boa Fé

No exercício da função administrativa, em todas as suas formas e fases a Administração a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé.⁹⁵

Este princípio encontra o seu aconselhamento sobretudo em matérias de contratação pública, em que os sujeitos intervenientes nessa relação contratual, devem apresentar uma conduta essencialmente honesta, correcta leal, e o respeito pela palavra dada no momento da declaração negocial

4.Subordinação da Administração Pública ao direito, no relacionamento com os particulares

No actual Estado democrático e de direito, que se apresenta ser o Estado angolano, e fora dos regimes totalitários, a Administração esta submetida ao direito. Tal entendimento é extensivo em todo mundo democrático. A administração aparece vinculada pelo direito, sujeita a normas jurídicas obrigatórias e públicas que têm como destinatários tanto os próprios órgãos e agentes da Administração como os particulares, os cidadãos em geral. É o regime da legalidade democrática.

Tal regime, na sua configuração actual resulta historicamente dos princípios da Revolução Francesa, numa dupla perspectiva: por um lado, ele é um corolário do princípio da separação dos poderes; por outro, é uma consequência da concepção, na altura nova, da lei como expressão da vontade geral (Rousseau), donde decorre o carácter subordinado à lei e, portanto, secundário e executivo da Administração Pública.⁹⁶

Daí que, no exercício da função administrativa, a Administração pública, por mais que visa a prossecução dos interesses públicos, deve observar o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegido dos particulares, tal se deve a sua subordinação à constituição e a lei, devendo actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé.

⁹⁴ Nos termos do Artgo 22º CPA

⁹⁵ Artgo 200º CPA

⁹⁶ AMARAL, Freitas. Curso de Direito Administrativo, 3ª edição vol.3 Almedina, 2018. P. 132 21 idem

O Professor Freitas do Amaral entende que, o princípio da submissão da Administração pública à lei, deve ser entendido em sentido amplo, por forma a abranger inclusivamente a própria constituição.²¹

Do princípio da submissão da administração ao direito decorre que toda a actividade administrativa, e não apenas uma parte dela, deve subordinar-se a lei. Em segundo lugar, resulta do mesmo princípio que a actividade administrativa, em si mesma considerada, assume carácter jurídico.⁹⁷

Pode-se entender da ideia acima que, estando a Administração subordinada à lei, na sua organização, no seu funcionamento, nas relações que estabelece com os particulares, isso significa que tal actividade é, sob égide da lei, geradora de direitos e deveres, quer para a própria administração, quer para os particulares, que pressupõe dizer que tem carácter jurídico.

5.Confictos de Interesses Públicos vs particulares

Quando há um confronto entre as esferas públicas e particular e que de alguma forma coloque em causa o interesse colectivo, aí estaremos a desembocar para conflitos de interesses.

Para que os interesses públicos sejam priorizados, em relação aos interesses do particular, nas situações em que existe conflitos é necessário que se evite, um confronto entre essas duas entidades.

Se olharmos em matérias a título exemplificativo de expropriação, O particular afirma a sua individualidade perante as necessidades de coexistência social e a sociedade limita as actividades individuais de acordo com as necessidades da convivência social. A propriedade privada embora sendo absoluta tem limites, um desses limites é exactamente decorre das expropriações para efeitos de utilidade pública.

A expropriação é uma matéria ligada ao Direito Administrativo que confere à administração pública prerrogativas de poder para prosseguir o interesse público. Deve ser entendida como “um agir, um acto de intenção, uma intervenção consciente e intencional, que tem como finalidade sacrificar um bem jurídico do particular.

Isto é, a expropriação é um acto administrativo em que a Administração manifesta a vontade de, por causa de utilidade pública, adquirir certos bens, mediante o pagamento de justa indemnização ou seja é um acto de autoridade aniquilador ou destruidor do direito

⁹⁷ Ibidem

de propriedade do particular. de conteúdo patrimonial com base em motivos de utilidade pública ou de interesse geral⁹⁸.

Todavia os grandes estudiosos do direito público, a exemplo do Professor Carlos Feijó, afirmam que, a entidade pública, sempre que estiver mediante um acto de expropriação para efeitos de utilidade pública, o que se aconselha, é que este deve despir-se do seu *ius imperium*, ou seja o seu poder de autoridade, ou a sua força coerciva, para poder negociar numa posição vertical com o particular.

Tal entendimento, encontre o seu acolhimento na medida em que, se este não despir-se do seu poder de força, coloca o particular numa posição infra, o que de certo ponto, belisca as garantias e os interesses legítimos dos particulares tutelados pela ordem jurídica angolana, ao abrigo, do disposto no artigo 200º da CRA em perfeita harmonia com o disposto no artigo 16º do CPA.

Entendemos a expropriação é a relação jurídica pela qual o Estado, considerando a conveniência de utilizar determinados bens imóveis em um fim específico de utilidade pública, extingue os direitos subjectivos constituídos sobre eles e determina a sua transferência definitiva para o património da pessoa cujo cargo esteja a prossecução desse fim, cabendo a esta pagar ao titular dos direitos extintos uma indemnização compensatória⁹⁹.

Portanto, do supracitado evidenciamos convergência no pensar face a figura da expropriação que é apresentada como um processo pelo qual a Administração Pública, para prosseguir um fim de interesse público, extingue os direitos (em regra, o direito de propriedade plena) dos seus titulares sobre um dado bem imóvel e transfere esse bem para o património da pessoa colectiva pública expropriante ou para o de uma outra pessoa colectiva, pública ou privada, mediante o pagamento de prévia e justa indemnização.

A expropriação caracteriza-se como o principal acto impositivo de sacrifício por parte do Estado, sendo um dos mais importantes actos lícitos danosos, embora não abarque todos os actos lícitos praticados¹⁰⁰.

O fenómeno da expropriação revela um sacrifício ao direito real de um particular, que sendo desapropriado tem a garantia de uma justa indemnização. No ordenamento jurídico angolano o regime jurídico da expropriação por utilidade pública vem expresso

⁹⁸ SOARES, Ana Cristina Figueiredo, *O Conceito de expropriação e a justa indemnização*, Coimbra, 2015, . 80.

⁹⁹ *Ibidem*, . 81.

¹⁰⁰ *Ibidem*, . 82.

na Lei n.º 1/21 (Lei da Expropriação Por Utilidade Pública), tendo previsão constitucional com base ao art.º 37º da CRA.

A expropriação por utilidade pública é admitida quando a lei o preveja e mediante o pagamento de uma justa indemnização (Cfr. d), art.º 3º da lei 1/21). Nos termos do art.º 1308º, do CC, «ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, do seu direito de propriedade se não nos casos fixados na lei». E havendo expropriação por utilidade pública é sempre devida à indemnização adequada ao proprietário como refere o art.º 1310º do CC.

A expropriação por utilidade pública é o instituto jurídico que se expressa numa relação jurídica, através da qual a entidade expropriante, em correspondência com a lei e por motivos de utilidade pública, procede à extinção do direito de propriedade então existente sobre bens imóveis (e outros direitos reais ou obrigacionais) e à sua transferência para um terceiro beneficiário, mediante o pagamento contemporâneo de justa indemnização¹⁰¹.

A Lei 1/21 apresenta no seu capítulo 2º os pressupostos da expropriação, ou seja, as *conditio sine qua non* para que seja possível a efectivação deste instrumento, assim, vem expresso nos arts.º 7ºss que a expropriação só é admissível por razões de utilidade pública, mediante o pagamento de justa e pronta indemnização.

A expropriação por utilidade pública é uma privação, pela Administração, de bens que estão em regime de propriedade privada, com o fm essencial de os aplicar ao bem comum. A sua base é, pois, a função social da propriedade. De forma excepcional, toda a pessoa singular ou colectiva pode ser privada do seu direito de propriedade por imposição e sobreposição da Lei. Esse poder que a sociedade reservou e exerce sobre a propriedade individual só se justifica pela função social da mesma propriedade.

6.Administração Pública vs Administração dos Particulares

O problema, aqui coloca-se quando se pretende saber sobre a diferença objectiva entre estas duas administrações.¹⁰² Embora tenham algum aspecto comum, por ambas serem administração, porém, o que os distingue é maior, se não vejamos:

6.1 Quanto ao Objecto¹⁰³

¹⁰¹ SOARES, Ana Cristina Figueiredo, *O Conceito de expropriação e a justa indemnização*, Coimbra, 2015, . 90

¹⁰² FEIJÓ, Carlos; Paca, Cremildo, *Direito Administrativo*, Myamba 7ª edição Luanda. P. 77

¹⁰³ AMARAL, Freitas. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição vol.3 Almedina, 2018. P. 38 29
Idem

A Administração Pública versa sobre as necessidades colectivas, assumidas como tarefa e responsabilidade própria das pessoas colectivas públicas. Ao passo que a Administração dos Particulares incide sobre necessidades individuais, singulares ou pessoais.

6.2 Quanto Fim²⁹

A administração pública, tem necessariamente de prosseguir sempre um interesse público. O interesse público é o único fim que as entidades públicas e os serviços podem do ponto de vista legal prosseguir.

Contrariamente aos particulares, que prosseguem fins de natureza meramente individuais ou particulares. Ainda que estes possam praticar actividades de satisfação colectiva, porém, o seu fim será precisamente a maximização dos interesses singulares.

6.3 Quanto ao Meio¹⁰⁴

Quanto aos meios também diferem os da administração pública e os dos particulares. Com efeito, nesta última, os meios jurídicos que cada pessoa utiliza para actuar caracterizam-se pela igualdade entre as partes. Os particulares são juridicamente iguais entre si e em regra não podem impor uns aos outros a sua própria vontade, salvo se tal decorrer de um acordo previamente celebrado. Pós regem-se nos termos previsto no artigo 405º CC, isto ao abrigo de uma relação contratual.

Diferente dos órgãos públicos que pela sua generalidade, é munida de poderes de autoridade, de supremacia, face as pessoas com as quais se relaciona, no exercício da função administrativa.

6.4 Quanto à Fonte de Financiamento¹⁰⁵

A administração pública tem necessariamente, como fonte principal de receitas, além, dos empréstimos públicos, os impostos, contribuições especiais e taxas cobrados aos cidadãos e entidades públicas e privada sujeitas ao regime fiscal dos impostos e constituem a base de salários dos funcionários da administração pública, pelo

¹⁰⁴ FEIJÓ, Carlos; Paca, Cremildo, Direito Administrativo, Myamba 7ª edição Luanda. P. 78

¹⁰⁵ PACA, Cremildo, Administração Pública e Poder Executivo de Angola. AAFDL, Lisboa 2020. P. 19

que, o risco de não obtenção é menor e há certeza do salário, à partida.

Ao passo que na administração dos particulares, a fonte e financiamento da actividade é constituída por capitais próprios e, sobretudo, capitais alheios, mediante o recurso dos bancos, fundos de investimento ou em bolsa de valores. Não há certeza da obtenção de receitas, que constituem a base de salário dos funcionários. Por isso, o risco é maior, muito dependente de factores de mercado e de vendas, não havendo a certeza do sucesso da actividade, além de estar sujeita a um rigoroso mecanismo de fiscalização, inspecção, organização, gestão e cumprimento da legislação (comercial, fiscal, contabilística, ambiental, sanitária, etc.), dos poderes públicos.

7. Justiça Administrativa na relação entre os órgãos da Administração Pública VS Particulares

Toda abordagem em torno da justiça administrativa na ordem jurídica angolana, suscita na nossa nobre compreensão, um questionamento de partida, que procura saber qual é a relevância da justiça na resolução dos conflitos de natureza jurídico-administrativa?

Para dar resposta ao questionamento levantado, importa tornar que a temática relativa a justiça possui uma multiplicidade de sentidos, daí ser possível falar da justiça enquanto virtude moral que cogita a responsabilidade de observância dos direitos que assiste aos demais entes jurídicos que estabelecem as relações jurídico administrativas com as colectividades públicas, como sinónimo de sistema de composição de litígios.

Das diferentes perspectivas da expressão "justiça", apresentadas, reconhece-se uma inegável importância a todos os sentidos, mas para o presente artigo interessa explorar a dimensão da justiça enquanto sistema de resolução de conflitos, concretamente os que têm origem da relação entre os administrativos e os particulares no exercício da função administrativa.

A primeira nota importante que se impõe estabelecer no subtema em apreço tem que ver com o entendimento sobre a justiça administrativa para que posteriormente se desenvolvam outros pormenores da ordem geral. É a pensar em tal finalidade que recorreremos às ideias José Carlos Vieira de Andrade¹⁰⁶, que em sentido amplo, quase natural considera a justiça administrativa como um sistema de mecanismos e de formas ou processos destinados à resolução judicial das controvérsias nascidas e relações jurídicas administrativas.

¹⁰⁶ ANDRE, José Carlos Vieira de, *A Justiça Administrativa: Lições*, 13.^a ed. Coimbra, Almedina, 2014, .7

Da perspectiva partilhada pelo autor citado, na ideia de justiça administrativa tem de existir um conjunto de litígios emergentes da relação jurídico-administrativa que deverão de ser solucionados através de um processo administrativo específico.

Falar da justiça administrativa na estrita relação entre os particulares e os organismos públicos, começa-se desde logo, com sensação de desequilíbrio, tendo em atenção os fins que ambos visam prosseguir, sobretudo aos aspectos mais processuais mais relevantes na resolução dos litígios decorrentes das relações jurídicas administrativas, com os particulares, destaques com conflitos que oponham os particulares à administração pública, daí a nossa perspectiva ser imperioso explorar os seguintes detalhes:

A institucionalização de estruturas organizativas dos tribunais em matérias de justiça administrativa, as questões de índole administrativos, são ainda dirimidos nas salas específicas que podemos encontrar nos tribunais de comarcas ou tribunais superiores, porque ainda não existe tribunais específicos para o efeito.

Por outra é fundamental que se observe se do ponto de vista funcional existe na ordem jurídica angolana, um sistema administrativo apto a responder os problemas que diariamente são colocados.

Finalmente verificar a correspondência dos meios processuais colocados a nossa disposição para que os particulares e não só se sirvam dele em situações de violações de direitos e garantias legalmente consagradas.

8. Notas Conclusivas

O presente artigo submetido ao tema o "O Privilégio de Execução Prévia da Administração Pública vs o Respeito pelos Direitos e Interesses legalmente Protegido dos Particulares, no Exercício da Função Administrativa" busca compreender como se pode efectivar a justiça, na busca da satisfação dos interesses colectivos pelos órgãos da administração, respeitando os interesses dos particulares.

Procuramos trazer, abordagens vocacionadas ao aconselhamento na actuação dos entes públicos, devendo para o efeito exercer as suas actividades na resolução dos problemas colectivos, observando o equilíbrio, *ponderação e a justiça administrativa* de modos a não espezinhar a esfera jurídica das pessoas com as quais se relacionem.

Daí que, o nosso aconselhamento aos gestores públicos vai no sentido de imporem o uso racional do seu poder privilégio de execução prévia que a lei lhes confere, devendo para o efeito observar com alguma atenção, a função administrativa, que tem um papel extremamente relevante, nas actividades que elas exerçam, que é, fundamentalmente a de

conferir poderes de autoridades à elas, com vista a que o interesse colectivo possa sobrepor-se aos interesses do particular, mas, também, a de reconhecer direitos a estabelecer e garantias em favor dos particulares, frente à administração pública, de modo a limitar juridicamente os abusos do poder e proteger os cidadãos contra os excessos de autoridade da administração.

Bibliografia

CREMILDO, Paca, *Administração Pública e Poder Executivo de Angola*, Luanda, AAFDL, 2020.

AMARAL, D. Freitas, *curso de direito administrativo*, 3ª edição, vol I, Edições almedina, 2011.

FEIJÓ, *Ca Direito administrativo*, Editora Mayamba, luanda, 2017.

FEIJÓ, C. *Direito administrativo*, Editora Mayamba, luanda, 2012, 5ª edição

Feijó, C. & Paca, C. (2007). *Angola, Direito Administrativo – Introdução e Organização administrativa* (2ª edição). Viseu.

ARAÚJO, Raúl; Rangel, Elisa. *Constituição da República de Angola: Anotada*. Luanda, 2014. Tomo I.

AMARAL, Freitas; FEIJÓ, Carlos. *Direito Administrativo Angolano*. Coimbra: Almedina, 2016.

ADOLFO, Filipe, *o Domínio Útil Consuetudinário*, Ed. Wa Editora 1ª Edição Luanda, 2021

FEIJÓ, Carlos; POULSON, Lazarino. *A justiça Administrativa Angolana*. Luanda: Casa das Ideias, 2008.

FEIJÓ, Carlos; PACA, Cremildo. *Direito Administrativo*. Luanda: Mayamba Editora, ed. 7ª 2018.

Diplomas legal

Lei n.º 26/22 de 22 de agosto Lei de Bases da Função Bases

Constituição da República de Angola de 5 de fevereiro de 2010.

Lei n.º 9/4 de 9 de novembro- Lei de terra;

Lei n.º 1/21 de 7 de janeiro lei de expropriação por Utilidade Pública;

Lei n.º 15/16 de 12 de setembro lei da organização e funcionamento da Administração Local do Estado;

Lei n.º 31/22 de 30 de agosto que aprova o código do procedimento administrativo

O ESTADO COMO REAL HERDEIRO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NO BRASIL

NATASCHA MARIA PEDROSO FACCO:

Bacharelada do curso de Direito da
Faculdade de Imperatriz – FACIMP¹⁰⁷

CARLOS EDUARDO FERREIRA COSTA¹⁰⁸

ROSYVANIA ARAUJO MENDES¹⁰⁹

(orientadores)

Resumo: O artigo apresentado possui o objetivo de discutir a plausibilidade da aplicação do Imposto sobre Transmissão de bens e direitos por Causa Mortis ou por Doação (ITCMD) no Brasil enquanto uma das ferramentas capazes de compensar a regressividade do recolhimento tributário. A discussão do tema demonstra-se essencial para a consecução de um modelo social mais equânime e justo, levando em conta mudanças conceituais que possam sustentar um sistema de justiça fiscal compatível com os princípios da capacidade contributiva e do progressismo. Assim, o presente escrito destaca aspectos passíveis de alteração de acordo com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, que de fato atuam na redução da desigualdade social no Brasil, e sugere novas formas de pagamento de impostos sobre bens hereditários por meio do ITCMD. Para tanto, utiliza-se o método qualitativo e bibliográfico de pesquisa. É apresentado, inicialmente, uma síntese acerca do Direito das Sucessões, bem como, a apresentação dos aspectos gerais sobre a Herança e sua administração, e em seguida discute-se sobre a plausibilidade da aplicação da ferramenta de progressividade de alíquotas ao Imposto sobre Transmissão de bens e direitos por *Causa Mortis* ou por Doação (ITCMD) no Brasil. Como resultado, o estudo visa contribuir para o enriquecimento da discussão acerca do problema abordado e espera-se, portanto, que ele possa prover subsídios a novas pesquisas sobre o tema.

Palavras-chave: Direito sucessório; ITCMD; Sucessão hereditária; Tributos.

Abstract: The present article has the objective of discussing the plausibility of the application of the Tax on the Transfer of Goods and Rights by Cause Mortis or by Donation (ITCMD) in Brazil as one of the tools capable of offsetting the regressiveness of tax collection. The discussion of the theme proves to be essential for achieving a more

¹⁰⁷E-mail: facconatascha@gmail.com.

¹⁰⁸ Orientador, Doutor em Direito/FADISP, Mestre em Desenvolvimento Regional /UNIALFA, Especialista em Direito Público/UNICAM, e-mail: caduzao40@gmail.com.

¹⁰⁹ Coorientadora, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional - UNITAL; Especialista em Docência do Ensino Superior e Direito Administrativo - FACIBRA, Professora do curso Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP, e-mail: rosyvania@gmail.com.

equitable and fair social model, taking into account conceptual changes that can sustain a tax justice system compatible with the principles of contributory capacity and progressivism. Thus, this paper highlights aspects subject to change according to the Federal Constitution and the National Tax Code, which in fact act to reduce social inequality in Brazil, and suggests new forms of payment of taxes on hereditary assets through ITCMD. For that, the qualitative and bibliographic research method is used. Initially, a summary of Inheritance Law is presented, as well as the presentation of general aspects of Inheritance and its administration, and then it is discussed about the plausibility of applying the rate progressivity tool to the Tax on Transfer of goods and rights by Cause Mortis or by Donation (ITCMD) in Brazil. As a result, the study aims to contribute to the enrichment of the discussion about the problem addressed and it is expected, therefore, that it can provide subsidies for further research on the subject.

Keywords: Succession law; ITCMD; Hereditary succession; Tributes.

1 INTRODUÇÃO

A Receita Federal do Brasil demonstra que, no atual cenário brasileiro, o país possui uma carga tributária cujo percentual encontra-se abaixo da média dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Em 2017, enquanto a referida média concentrava-se em 34,2% do PIB, a carga tributária brasileira alcançava um patamar pouco menor, de 32,3% (BRASIL, 2022).

Apesar disso, observa-se que a incidência desta carga se encontra concentrada, principalmente, na tributação sobre o consumo de bens e serviços, enquanto a tributação sobre a propriedade aparece abaixo da média. No mesmo ano, a tributação sobre bens e serviços no Brasil representou 14,3% da carga tributária, bem acima da média da OCDE que é de 11,1%, enquanto que a tributação sobre a propriedade representou apenas 1,5% da carga, sendo a média da OCDE nesta modalidade de 1,9% (BRASIL, 2022).

Diante dos dados apresentados, vê-se que a carga tributária brasileira total não pode ser considerada excessiva. Ela, inclusive, é menor do que a carga tributária de grande parte dos países desenvolvidos, como, por exemplo, França (46,2%), Alemanha (37,5%) e Reino Unido (33,3%) (DALPIZOLL; OLIVEIRA, 2022). O que cria, portanto, a noção de que a tributação no Brasil é exorbitante, em relação a distribuição que lhe é conferida.

Compreende-se que a tributação sobre o consumo de bens e serviços é uma modalidade que se caracteriza como regressiva, visto que atinge todos os contribuintes na mesma proporção, conseqüentemente onerando mais aqueles que possuem menor poder aquisitivo. Dessa forma, observa-se não somente, mas principalmente por isso, o seu papel

de extrema relevância dentro da carga tributária nacional que acaba por contribuir na caracterização arrecadação tributária brasileira também como regressiva.

Assim, partindo do pressuposto de que a justiça da arrecadação tributária está em sua harmonia, ou seja, “está na adequada distribuição da carga tributária entre os detentores de patrimônio e renda de uma lado, e aqueles que nada tem, senão despesas, de outro” (RIBEIRO, 2017), o presente trabalho possui a finalidade de defender a importância de se repensar a aplicação do imposto sobre heranças (ITCMD) no Brasil enquanto uma das ferramentas capazes de compensar a regressividade do recolhimento tributário.

A discussão do tema demonstra-se essencial para a consecução de um modelo social mais equânime e justo, levando em conta mudanças conceituais que possam sustentar um sistema de justiça fiscal compatível com os princípios da capacidade contributiva e do progressismo. Assim, o presente escrito destaca aspectos passíveis de alteração de acordo com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, que de fato atuam na redução da desigualdade social no Brasil, e sugere novas formas de pagamento de impostos sobre bens hereditários por meio do ITCMD.

A proposta empregada para tanto possui natureza qualitativa, a qual descreve uma relação entre o objetivo e os resultados que não podem ser interpretadas por meio de números (FERNANDES, 2018). E no que se refere ao levantamento de dados, destaca-se que a pesquisa foi fundamentada suplementarmente mediante consultas a livros, artigos de revistas especializadas e publicadas na internet e jornais, além do exame necessário da legislação pertinente. Classifica-se, dessa forma, como pesquisa bibliográfica, a qual possui a finalidade de obter resultados baseados em materiais já publicados, como em livros, periódicos, fotos, documentos, cartas etc. (FONTELLES, 2017).

Portanto, faz-se necessário realizar, introdutoriamente, uma síntese acerca do Direito das Sucessões, bem como, a apresentação dos aspectos gerais sobre a Herança e sua administração, para que em seguida seja possível discutir sobre a plausibilidade da aplicação da ferramenta de progressividade de alíquotas ao Imposto sobre Transmissão de bens e direitos por *Causa Mortis* ou por Doação (ITCMD) no Brasil.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O Direito das Sucessões consiste no conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa em função de seu falecimento, realizando a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.

A sucessão hereditária, também chamada de sucessão “mortis causa”, ocorre quando, em virtude do falecimento de alguém (sucedido ou autor da herança), o seu patrimônio é

transferido a determinadas pessoas, legitimadas a recebê-lo (sucessores), as quais, assim, substituem-no na titularidade desses bens ou direitos (TARTUCE, 2018).

O fundamento da transmissão causa mortis estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família. O Direito das Sucessões se alicerça no direito de propriedade, na sua função social e na dignidade humana.

2.1 Classificação da sucessão hereditária

Quanto à matriz *normative*, duas são as modalidades básicas de sucessão *mortis causa*, o que pode ser retirado do art. 1.786 do CC: sucessão hereditária legítima (arts. 1.829 a 1.856 do CC): Decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança. É também denominada sucessão *ab intestato* justamente por inexistir testamento. Vale dizer, são as regras do Código Civil que cuidam de disciplinar a ordem de chamamento dos sucessores, também denominada ordem de “vocação legal”. Sucessão hereditária testamentária (arts. 1.857 a 1.990 do CC): Tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da autonomia do autor da herança (TARTUCE, 2018).

Nas duas formas da sucessão, o regramento fundamental consta do art. 1.784 do CC, pelo qual aberta a sucessão – o que ocorre com a morte da pessoa, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine*. Quanto ao conjunto de bens transmitidos: sucessão hereditária universal (arts. 1.829 a 1.856 do CC): O herdeiro sucede a título universal, pois a ele é deferida uma fração (quota-parte) ou toda a herança. Sucessão hereditária singular (arts. 1.912 a 1.940 do CC): Sucede a título singular o legatário, pois a ele é deferido bem ou direito determinado.

2.2 Princípios do direito sucessório

2.2.1 Princípio da *Saisine*

Consiste o *droit de saisine* no reconhecimento, ainda que por ficção jurídica, da transmissão imediata e automática do domínio e da posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, no instante da abertura da sucessão, que ocorre com a morte (TARTUCE, 2018).

O princípio da “saisine”, portanto, à luz de todo o exposto, pode ser definido como a regra fundamental do Direito Sucessório, pela qual a morte opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos e testamentários. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC).

2.2.2 Princípio (*non*) *ultra vires hereditatis*

A expressão *ultra vires hereditatis* significa “além do conteúdo da herança”. Por força do art. 1.792 do CC, as dívidas do falecido devem ser pagas somente com seu próprio patrimônio, não ultrapassando as forças da herança. Ao herdeiro cabe o ônus de provar o excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados. Tal regra proíbe o alcance do patrimônio pessoal do herdeiro por dívida do falecido (DINIZ, 2021).

Registre-se que a expressão “**herança danosa**” ou “**herança maldita**” remonta ao Direito Romano, quando se o passivo hereditário superasse o ativo, ficava o herdeiro obrigado a pagar, com seus próprios bens, as dívidas deixadas pelo falecido, o que poderia até mesmo levar o herdeiro à ruína, daí derivando as expressões.

2.2.3 Princípio da Função Social da Herança

A herança possui função social na medida em que permite a redistribuição da riqueza do *de cuius*, transmitida aos seus herdeiros. Não se pode perder de vista que a sucessão *mortis causa* tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme o art. 1.º, III e o art. 3.º, I, da Constituição Federal de 1988.

2.2.4 Princípio da Territorialidade

O CC estabelece que a sucessão é aberta no lugar do último domicílio do falecido (art. 1.785). Esta regra comporta as seguintes exceções:

- Se o falecido tinha mais de um domicílio, a sucessão poderá ser aberta em qualquer deles por prevenção;
- Se o extinto não tinha domicílio certo, será competente o lugar onde estejam situados os bens imóveis por ele deixados;
- Se não tinha domicílio certo e os imóveis estão situados em lugares diferentes, será competente qualquer deles, por prevenção;

- Se o morto não tinha domicílio certo e não deixou imóveis, qualquer dos lugares em que estejam os bens móveis, por prevenção (BRASIL, 2002).

Tal regra, que é de direito material, produz evidentes reflexos no direito processual, na medida em que define a competência para questões atinentes ao direito sucessório.

2.2.5 Princípio da Temporalidade

Conforme art. 1.787 do CC, regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. Esse entendimento é reiterado no art. 2.041 do CC, ao estabelecer que “as disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior”. Isto porque será válida a lei do tempo da abertura da sucessão. Assim, se o óbito tiver ocorrido antes da vigência do CC de 2002, será hipótese de **ultratividade das normas do Código Civil de 1916**, tendo em vista que o CC/1916 será aplicado mesmo depois de sua revogação a fatos ocorridos na sua vigência (DINIZ, 2021).

2.2.6 Princípio do Respeito à Vontade Manifestada

Conhecido como *favor testamentati*. Com efeito, o sentido de admitir a produção de efeitos *post mortem* em relação a determinado patrimônio está justamente no respeito à manifestação da declaração de vontade de seu titular originário. A vontade do testador deve prevalecer, inclusive, diante de meras irregularidades testamentárias formais ou de modificações supervenientes de situação de fato, se for possível verificar, inequivocamente, qual era a intenção do testador.

2.3 Da herança e da sua administração

A herança seria o conjunto de bens formado com o falecimento do de cujus (autor da herança), ou seja, o complexo das relações jurídicas de expressão econômico patrimonial e de caráter não personalíssimo deixadas pelo de cujus em razão de sua morte, que não se confunde com o patrimônio, tendo em vista que ao patrimônio são agregadas as relações de caráter personalíssimo, que ficam afastadas do complexo patrimonial que compõe a herança (DIAS, 2016).

De acordo com o art. 91 do CC/02, a herança tem natureza jurídica de **universalidade de direito**. Apesar da natureza personalíssima dos alimentos, o art. 1.700 do CC estabelece que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor”. A redação do artigo suscita críticas da doutrina, na medida em que não restringe

o pagamento ao limite da herança, tornando possível que um herdeiro acabe por receber mais do que outro.

A fim de evitar a desigualdade, parte da doutrina entende que haverá transmissão das obrigações em favor de alimentandos apenas quando estes não sejam herdeiros do espólio deixado pelo falecido, sob pena de violação, por via oblíqua, do princípio constitucional de igualdade entre os filhos. **O Enunciado 343 das Jornadas de Direito Civil**, por sua vez, estabelece que “a transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança”.

Como é notório, a administração do inventário cabe ao inventariante. É certo, no entanto, que o art. 1.797 do CC estabelece a quem incumbe a administração **provisória** da herança, dispondo que, **até o compromisso do inventariante** a administração da herança caberá, sucessivamente:

- i) **ao cônjuge ou companheiro**, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;
- ii) **ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens**, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;
- iii) **ao testamentário**;
- iv) **a pessoa de confiança do juiz**, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz (BRASIL, 2002).

O patrimônio do falecido, considerado uma massa patrimonial indivisível, de titularidade conjunta de todos os herdeiros, passa a ser chamado de **espólio**, especialmente para fins processuais. Posteriormente, o juiz nomeará inventariante para administração do espólio, observada a ordem do art. 617 do CPC/2015, que poderá ou não coincidir com aquele que estava na administração provisória da herança. Tanto o administrador provisório quanto o inventariante devem responder juridicamente pelo espólio, bem como pela prática de atos que possam gerar danos à massa patrimonial (DINIZ, 2021).

O espólio não possui personalidade jurídica, mas tem reconhecida a sua capacidade postulatória, na forma consagrada pelo art. 75 do CPC/2015. Assim, o espólio, por meio de seu representante provisório ou definitivo, poderá figurar em juízo tanto como autor quanto como réu.

2.4 Da vocação hereditária

Vocação hereditária é o fenômeno por meio do qual se atribui a alguém as condições necessárias para a sucessão de pessoa determinada. Dessa forma, a sucessão depende da existência de sucessores e a existência de sucessores depende da existência de vocação hereditária. O art. 1.798 do CC apresenta a regra geral sucessória, segundo a qual “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

2.5 Da aceitação da herança

Em razão do princípio da *saisine*, aberta a sucessão, a herança transfere-se desde logo aos herdeiros, por força da lei, independentemente de qualquer manifestação de vontade, formando entre os herdeiros um condomínio só dissolvido com a partilha (DIAS, 2016).

O herdeiro então terá a faculdade de aceitar ou não a herança. A **aceitação ou adição da herança** é o ato jurídico unilateral do herdeiro que confirma a transmissão da herança em caráter definitivo e irrevogável. Não se deve confundir a aceitação com a **delação da herança**, sendo esta expressão que caracteriza a situação em que, após a morte, a herança é colocada à disposição dos herdeiros, que, assim, poderão aceitá-la ou não. A aceitação é necessária porque ninguém pode ser herdeiro contra a sua vontade. São três as formas de aceitação da herança que podem ser retiradas dos arts. 1.805 e 1.807 do CC:

A aceitação poderá ser: a) expressa: mediante declaração escrita do herdeiro, por meio de instrumento público ou particular (BRASIL, 2002). b) tácita: quando resultar de atos próprios da qualidade de herdeiro; ou presumida, decorrente de situação provocada pelo interessado em juízo, a fim de obter do herdeiro, manifestação de vontade. Entretanto, não se admite que a aceitação se dê por partes ou de modo condicional ou a termo (BRASIL, 2002). c) presumida: tratada pelo art. 1.807 do CC, segundo o qual o interessado em que o herdeiro declare se aceita ou não a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de 30 dias, para nele, pronunciar-se o herdeiro. Isso, sob pena de se haver a herança por aceita (BRASIL, 2002).

Entende-se que, como a aceitação da herança acrescenta ao patrimônio, não é necessária a vênia conjugal. A regra é que o próprio herdeiro manifeste sua aceitação em relação à herança. Não obstante, o CC apresenta hipóteses em que a aceitação poderá ser feita por terceiro. São elas: **Sucessão no Direito de Aceitação** (art. 1.809 do CC): Falecendo o herdeiro antes de declarar se aceita a herança, o poder de aceitar passa aos herdeiros, a menos que se trate de vocação adstrita a uma condição suspensiva, ainda não verificada (BRASIL, 2002).

Aceitação judicialmente permitida a terceiros em razão de fraude contra credores (art. 1.813 do CC): Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante. Entretanto, esta aceitação é limitada ao montante dos créditos (BRASIL, 2002).

2.6 Petição de Herança

O CC/2002 trata da ação de petição de herança (*petitio hereditatis*), que é a demanda que visa incluir um herdeiro na herança mesmo após a sua divisão. Por meio de ação de petição de herança, o herdeiro pode demandar o reconhecimento do seu status sucessório, visando obter a restituição de toda a herança ou de parte dela, contra quem indevidamente a possui, sendo, portanto, um meio por intermédio do qual alguém demanda o reconhecimento da sua qualidade de herdeiro, bem como pleiteia a restituição da herança, total ou parcialmente, em face de quem a possui (TARTUCE, 2018).

Isso é o que estabelece o art. 1.824 do Código, de que pode o herdeiro, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui. É o caso de um filho não reconhecido que pretende o seu reconhecimento posterior e inclusão na herança.

Trata-se de ação real imobiliária tendo em vista que a herança é considerada por lei um bem imóvel (art. 80, II, CC). A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários (art. 1.825 do CC). É que a herança, antes da partilha, constitui um bem indivisível, por força do art. 1.791 do CC.

Ocorrendo a devolução, o possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, sendo fixada a sua responsabilidade segundo a sua posse, se de boa ou má-fé (art. 1.826, caput, do CC). A partir da citação na ação de petição de herança, a responsabilidade do herdeiro possuidor será aferida de acordo com as regras concernentes à posse de má-fé e à mora (art. 1.826, parágrafo único, do CC).

A procedência da petição de herança gera o reconhecimento da ineficácia da partilha em relação ao autor da ação, dispensada a anulação da partilha, bastando simples pedido de retificação da partilha realizada anteriormente.

3 A INCIDÊNCIA DOS TRIBUTOS NA SUCESSÃO

A distribuição dos tributos que cada Ente pode impor foi realizada pela Constituição Federal, promulgada em 1988. De acordo com o artigo 155 da Carta Magna, Inciso I, o ônus do pagamento da transmissão da causa da morte e da doação permaneceu com os estados membros e/ou governo federal (TARTUCE, 2018).

Em vista da forma como é aplicado atualmente, pode-se dizer que o tributo em questão cumpre função meramente fiscal. Isso porque, sua faceta extrafiscal consiste no desestímulo à acumulação de riquezas, o que pode ser perpetrado através da aplicação de alíquotas progressivas ao imposto. Suas alíquotas incidirão sobre o valor do quinhão transmitido, e não sobre a totalidade dos bens transmitidos.

Desse modo, importante destacar que conforme a disposição do mesmo artigo, §1º, IV, da Constituição Federal de 1988, o ITCMD terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal. Atualmente, a alíquota máxima é de 8%, conforme a Resolução nº 09 de 1992 (BRASIL, 1992). Dispondo de tal maneira, a Carta Magna abriu brecha para que os Estados fixem as alíquotas de maneira progressiva, respeitando tão somente o teto máximo de cobrança.

A Resolução supracitada, portanto, dispôs em seu art. 2º que as alíquotas do imposto em questão “fixadas em lei estadual, poderão ser progressivas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber, nos termos da Constituição Federal”. Assim, a legislação reguladora conferiu ao ITCMD a possibilidade de pautar-se na chamada progressividade fiscal. Conforme leciona Eduardo Sabbag (2017):

A progressividade traduz-se em técnica de incidência de alíquotas variadas, cujo aumento se dá à medida que se majora a base de cálculo do gravame. O critério da progressividade diz com o aspecto quantitativo, desdobrando-se em duas modalidades: a progressividade fiscal e a progressividade extrafiscal. A primeira alia-se ao brocardo “quanto mais se ganha, mais se paga”, caracterizando-se pela finalidade meramente arrecadatória, que permite onerar mais gravosamente a riqueza tributável maior e contempla o grau de “riqueza presumível do contribuinte”. A segunda, por sua vez, fia-se à modulação de condutas, no bojo do interesse regulatório (SABBAG, 2017, p. 207).

Observa-se que a progressividade pode assumir duas facetas. A faceta da fiscalidade denota verdadeira expressão do princípio da solidariedade, o qual norteia o sistema tributário nacional, admitindo alíquotas maiores para bases de cálculo maiores, otimizando e tornando mais justa a arrecadação ao permitir que a exigência fiscal aumente conforme cresce a capacidade do indivíduo de contribuir com o orçamento do Estado.

Por outro lado, a faceta da extrafiscalidade tem o objetivo de aumentar as alíquotas com o fito de estimular ou desestimular alguma situação, situação esta que deve ser considerada contrária aos princípios e direitos fundamentais que legitimam o Estado. Sabe-se que a Constituição Federal prevê expressamente a progressividade extrafiscal para o

IPTU, para o ITR e também para o IR (BRASIL, 1988).

Apesar do referido imposto visar principalmente atividades comerciais (compra, venda, consumo e transação), o governo tentou tributar também atividades não comerciais, como o incidente envolvendo doações e a causa da morte. Com isso, é simples perceber que o Ente Tributante apenas aguarda a transmissão patrimonial para retirar dos sucessores seu quinhão em troca de tributo quando se tratar do direito sucessório, de acordo com Flávio Tartuce (2015):

A herança é o conjunto de bens formado com o falecimento do de cujus (autor da herança). Conforme o entendimento majoritário da doutrina, a herança forma o espólio, que constitui um ente despersonalizado ou despersonificado e não de uma pessoa jurídica, havendo uma universalidade jurídica, criada por ficção legal, o direito a herança constitui bens imóveis por determinação legal, conforme consta do art. 80, do Código Civil. Isso ocorre mesmo se a herança for composta apenas por bens móveis, caso de dinheiro e veículos (TARTUCE, 2018, p. 1276).

Para ilustrar mais claramente esse ponto, e em relação ao fato gerador do ITCMD ter feito isso, a STF Súmula 112 já difundiu a situação ao afirmar que, de acordo com a lei, o proprietário de um patrimônio é obrigado a transferir integralmente sua propriedade para seus herdeiros à data do falecimento, tendo a transmissão apenas efeito declaratório.

Não há necessidade de discutir a compensação do ITCMD para o herdeiro que renuncia a sua cota-parte da herança em favor do quinhão, porque não haverá transferência de propriedade, pois apenas algumas pessoas têm o direito legal de possuir propriedade. Da mesma forma, o tributo em questão não incidirá nos casos de deserção ou indignidade, em que o herdeiro não se apossará dos bens do de cujus (TARTUCE, 2018).

Esclarecendo, a deserção do sujeito de teste é um ato unilateral que exclui antecipadamente o pastor necessário para a sucessão do sujeito de teste. A indignidade, por outro lado, consiste na impossibilidade daqueles herdeiros que foram autores, coautores ou participantes de crimes dolosos, consumados ou tentados diante do autor da herança, cônjuge ou companheiro desta, ascendente e descendente.

Em consequência, quem for considerado culpado de crime relacionado com a honra da vítima, a honra do seu superior, ou o companheiro com quem estiver, bem como quem impedir fraudulentamente a vítima do crime de receber os seus bens em acto último recurso, será duramente processado (TARTUCE, 2018).

A distribuição dos bens ao juiz ou empresa que sobreviver ao quinhão do falecido é a distribuição dos bens e não constitui a arrecadação de bens deixados pelo falecido aos seus sucessores. Desta forma, não haverá tributação da escassa cota porque não inclui o patrimônio efêmero do planeta; ainda, quando a doação for realizada, os benefícios recebidos pelos herdeiros necessários terão impacto no fator de controle do ITCMD.

Apesar de a matéria não ser da competência do ITCMD, uma vez que não há transmissão de direitos hereditários, mas sim divisão do patrimônio comum da família, é importante lembrar que a disputa pela sucessão inclui o direito ao juiz supremo ou empresa porque, segundo as definições legais, essa pessoa é considerada um herdeiro necessário junto com descendentes e ascendentes.

Quando aberta a sucessão o cônjuge sobrevivente ou companheiro concorrerá com os herdeiros se houver casado no regime convencional de bens, da participação final dos aquestos ou, ainda, se o casamento se deu no regime de comunhão parcial e havia bens particulares do *de cuius* (MAZZA, 2015, p. 1639).

Ao transferir a propriedade, o pastor deve ficar atento, pois a declaração desses bens a valor de mercado acarretará ganho em relação à declaração dos falecidos e acarretará a imposição do Imposto de Renda (IR) sobre o acréscimo patrimonial por causa de uma avaliação patrimonial ocorrido, que é o fator que gera o Imposto de Renda, conforme Lei 9.532/97.

Não é necessário discutir acréscimo patrimonial e, conseqüentemente, incidência de Imposto de Renda se o herdeiro declarar o mesmo valor constante na declaração de imposto renda do falecido. Portanto, nada mais seria necessário do que um cartaz, pois é provável que em algum momento no futuro, quando esse bem for vendido, o valor de mercado esteja sujeito a um impacto diferente do imposto federal (TARTUCE, 2018).

Ao longo da vida de uma pessoa, é possível estabelecer atitudes que alteram o valor e até a natureza da tributação. Essa ação do contribuinte é conhecida como elisão fiscal, na qual o contribuinte antecipa o fato de uma pessoa morrer e a exime de qualquer obrigação de restituir ou reduzir impostos de forma legal. Deixar claro que não há fraude contra o erário, mas sim uma mudança de percepção que impede a ocorrência da alta tributação relativa à fonte e, com isso, impede o surgimento da obrigação tributária, tornando-a imerecida ou menos oneroso.

Josiane Minardi (2015, p. 243), tutora, defende essa posição:

Quando o contribuinte age em conformidade com a legislação tributária e com atividades anteriores à ocorrência do fato gerador, de modo a impedir que o fato previsto em lei passível de tributação ocorra no mundo concreto, chama-se de elisão

fiscal, o que é vedado é a chamada evasão fiscal, na qual o contribuinte se utiliza de meios ilícitos para burlar a tributação.

Deve ficar claro que o método mais eficaz para reduzir a alta carga tributária é o que chamamos de "planejamento sucessório", que não pode ser entendido como mecanismo de sonar fiscal; pelo contrário, refere-se a ações ou mesmo omissões que, além de produzirem efeitos posteriores, também terão impacto no pagamento de tributos que incidem sobre a transmissão de propriedade dos bens do falecido, neste caso a entidade homônima.

Esta atitude deve ser incentivada por diversos motivos, incluindo o afeto mais forte de um herdeiro particular, o desejo de proteger um familiar após a sua morte, a prossecução da menor remuneração possível, e mesmo o desejo de evitar desavenças familiares provocadas pelos herdeiros insatisfação (TARTUCE, 2018).

No passado, manter a própria sobrevivência e a de seus parentes dependia da força bruta e da capacidade de armazenamento em cache. Atualmente, os objetivos mudaram, deixando a perseguição em favor da busca pelo acúmulo de riquezas. Não importa se estamos lidando com uma grande corporação ou um pequeno empresário, todos querem acumular riqueza e construir reservas que serão direcionadas para seus sucessores em caso de morte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual regressividade fiscal vivenciada pelo sistema tributário brasileiro possui raízes em uma longa história de colonialismo sustentada pelas classes políticas dominantes. Um papel crucial neste contexto de disparidades e acumulações patrimoniais está atualmente a ser promovido pela tributação da ascendência e das doações. Uma análise dos gráficos alimentados pelos dados da Receita Federal sobre concentração de renda mostra a disparidade entre o 1% mais rico dos brasileiros e a metade mais baixa da população e a necessidade urgente de redistribuir essas riquezas.

Nesse sentido, conforme discutido no decorrer do presente artigo, a aplicação da ferramenta da progressividade no caso do ITCMD, principalmente no que concerne à sua faceta extrafiscal, mostra-se como uma realidade palpável. A acumulação de riquezas, sem dúvidas, é contrária aos princípios e direitos fundamentais que legitimam o Estado brasileiro, não por si só, mas principalmente pela sua maior consequência – a pobreza.

A base de todo o processo de acumulação capitalista, como cediço, é a propriedade privada, que contribui, pela lógica do próprio sistema, para a concentração de riquezas na mão de uma parcela pequena da sociedade e, conseqüentemente, para o desenvolvimento das desigualdades. Entretanto, a propriedade privada encontra-se atualmente, muito vinculada à herança, ou seja, aos processos intergeracionais que ocorrem dentro da maior instituição social existente – a família.

A transferência intergeracional de riquezas com base no parentesco garante a possibilidade de que o de cujus deixe aos seus familiares certo bem-estar patrimonial. Isso significa, portanto, que a depender do fator sorte, a posição e o pressuposto de um indivíduo dentro da sociedade determina-se, em regra, por ser membro de família que lhe possibilitará bases patrimoniais para desenvolver-se dentro do sistema: a depender das circunstâncias, inclusive o trabalho pode ser dispensável para a vida do indivíduo.

Por tais razões, considerada a importância da herança no processo de acumulação de riquezas, se justifica a relevância da discussão trazida nesse trabalho. A progressividade, em sua faceta extrafiscal, é instrumento adequado para, além de otimizar a arrecadação de recursos pelo Estado, agregar ao ITCMD a capacidade de ser aplicado conforme ideais de justiça tributária e distributiva. Não somente, conforme exposição realizada no primeiro item, em um contexto de regressividade do sistema, é imprescindível refletir sobre formas de compensar tal característica.

Dessa maneira, privilegiar a progressão nos casos em que seja possível permite onerar os contribuintes de forma mais justa, fazendo com aqueles que tem maior capacidade contributiva e econômica financiem em maior peso o orçamento público. De toda sorte, da forma como foi dito ao início deste artigo, entende-se aqui que a discussão sobre justiça tributária não se esgota na análise da forma de cobrança do ITCMD, sendo indispensável considerar-se também a forma como o Estado trata o orçamento público.

A progressividade extrafiscal aplicada ao ITCMD só gerará efeitos quando a renda tributada for devidamente convertida em favor da coletividade. Dessa maneira, alcançando-se a conclusão de que o princípio da capacidade contributiva deve ser tido como norteador de todo o sistema tributário brasileiro, opina-se ser imprescindível que o poder público, do ponto de vista da justiça tributária, comece a pensar formas de aplicar a ferramenta da progressividade ao ITCMD, uma vez que ela decorre diretamente de observância àquele princípio. Portanto, faz-se necessário, neste contexto, discutir a necessidade ou não de regulamentação da matéria em âmbito federal e refletir sobre quais estratégias deveriam ser adotadas neste caso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>.

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

BRASIL, Secretaria do Tesouro Nacional. **Estimativa da Carga Tributária Bruta do Governo Geral**, 2022. Disponível em:

https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:43205. Acesso em: 04/03/2023.

DALPIZZOL, Ana Paula Graçano; OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Imposto sobre heranças, progressividade e justiça tributária. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, ISSN 2675-0678, a. 3, v. 1, n. 1, jan./dez., 2022, p. 49.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 6.

FERNANDES L. A.; Gomes, J. M. M. **Relatório de pesquisa nas Ciências Sociais: Características e modalidades de investigação**. ConTexto, Porto Alegre, v. 3, n. 4, 2017.

FONTELLES, Mauro José. **Scientific research methodology: Guidelines for elaboration of a research protocol**. Revista Paraense de Medicina, 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual De Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. 2 ed. Rev., atual e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.6: Direito das Sucessões. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Democracia, desigualdade e tributação progressiva**. In: Daniela Olímpio de Oliveira (org.). Tributação, democracia e desenvolvimento. Lavras: UFLA, 2017. p. 157-176.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

EXCLUSÃO SUCESSÓRIA: A POSSIBILIDADE DA DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

ADRIELE SILVA DE MOURA:
Direito, FASEH - Faculdade da
Saúde e Ecologia.¹¹⁰

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal analisar sobre a possibilidade de deserdação por abandono afetivo, uma vez que há na jurisprudência pátria uma valorização do afeto nas relações parentais, através da análise casos concretos e revisão bibliográfica, afim de discutir sobre a possibilidade de atualização do ordenamento jurídico brasileiro frente às transformações sociais que envolvem as instituições como a família, para assegurar que os casos concretos tenham decisões assertivas e que tragam pacificação, prevalecendo à justiça.

Palavras-chave: Afetividade. Deserdação. Família. Sucessões.

SUCCESSION EXCLUSION: THE POSSIBILITY OF DISINRECT DUE TO AFFECTIVE ABANDONMENT

ABSTRACT: The main objective of this work is to analyze the possibility of disinheritance due to affective abandonment, since there is in the homeland jurisprudence an appreciation of affection in parental relationships, through the analysis of concrete cases and bibliographical review, in order to discuss the possibility of updating the Brazilian legal system in the face of social transformations that involve institutions such as the family, to ensure that concrete cases have assertive decisions and that bring peace, prevailing justice.

Keywords: Affectivity. Disinheritance. Family. Successions.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hodiernamente, tornou-se assunto na mídia o desejo do repórter aposentado Cid Moreira em deserdar seu filho, Roger Felipe Moreira, por abandono afetivo, já que há um afastamento sentimental entre pai e filho, que travam batalha judicial em uma ação ajuizada por Roger requerendo indenização por danos morais.

Diante disso, o presente trabalho discute o disposto nos artigos 1.814 e 1.962 do Código Civil, a fim de saber se é possível aplicá-lo aos casos de deserdação quando descendentes abandonam seus genitores afetivamente.

¹¹⁰ E-mail: adriellesilvademoura@gmail.com

Para o desenvolvimento deste tema, apontam-se seus objetivos, dentre os quais analisa a possibilidade de retirar um herdeiro necessário do rol de herdeiros, caso este abandone o autor da herança afetivamente. Objetiva ainda discutir sobre o princípio da solidariedade familiar enquanto princípio constitucional e obrigatório das relações parentais e esclarecer sobre o fato de o afeto ser algo espontânea ou uma obrigação dentro da estrutura familiar.

Ademais, este artigo examinará se o rol de deserdação, presente nos artigos 1.814 e 1.962 do Código Civil, é ou não um rol taxativo e também observará se é necessário ou não que haja uma lei que prevê sobre a possibilidade de deserdação por abandono afetivo ou se o Poder Judiciário poderá analisar caso a caso.

Insta salientar que aplicar-se-á a metodologia de revisão bibliométrica, com o fito de assegurar uma fundamentação teórica consistente, com base em coleta de dados. Além disso, realizou-se a limitação da pesquisa por meio do título e palavras-chaves.

Deveras, este artigo visa analisar a possibilidade de deserdar um herdeiro em decorrência do abandono afetivo, tendo em vista o descumprimento do dever de família. Para tanto, desenvolveu-se o estudo quanto aos princípios jurídicos relevantes à proteção da pessoa idosa, a análise dos principais pontos do Estatuto do Idoso, bem como se pesquisou sobre a deserdação, *latu sensu*, e sua aplicação em casos de abandono afetivo de filhos, como modo de otimizar a aplicação dos princípios da afetividade e solidariedade no Direito Sucessório, que são constitucionais e alicerces também do Direito de Família.

2 PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO AO IDOSO

Cediço é que o ordenamento jurídico brasileiro é pautado não apenas na lei positivado, mas também nos princípios gerais do direito. Não obstante, pode-se afirmar que os princípios, geralmente são extraídos da própria lei. Antes mesmo de adentrar aos princípios presentes na lei de proteção ao idoso, é importante destacar aqueles que estão presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana prevista no artigo 1º, inciso III da Carta Magna (BRASIL, 1988), é um dos princípios basilares do direito, visto que é de extrema relevância que toda e qualquer pessoa, sobretudo aqueles mais vulneráveis, como é o caso do idoso.

Para mais, há também o princípio da Solidariedade familiar, que é um dos principais que regem o direito de Família e Sucessões, é extraído do art. 3º, I, da CRFB/88, com a finalidade de proteger o mais frágil na relação familiar, afinal, um dos objetivos fundamentais da República é construir de uma sociedade livre, justa e solidária (CASSETTARI, 2018)

Há também o princípio da afetividade, que assevera sobre como é relevante que os familiares mantenham relação afetiva próxima, afinal, as famílias não são constituídas apenas e somente de vínculo biológico, muito pelo contrário, um dos principais conexões para e constituição familiar é o afeto entre as pessoas., já que ela se forma quando há vínculo afetivo entre as pessoas (TARTUCE, 2017).

À vista disso, Tartuce (2017) afirma que o princípio da Afetividade fundamenta a teoria do desamor, que originou o questionamento jurídico sobre a responsabilidade afetiva parental, sendo que, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já decidiu sobre a possibilidade de indenização por dano moral, mesmo que, para muitos, o carinho e afeito não seja algo que pode ser obrigado, mas há sim uma responsabilidade civil para o filho e também para o genitor que abandona afetivamente o seu parente (IBDFAM, 2021).

Por fim, insta elucidar que há, inclusive, um projeto de lei em tramitação desde 2008, PL 4294/2008, que tem por objetivo incluir parágrafo no artigo 1.632 do Código Civil de 2002 e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que determina a sobre a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo (BRASIL, 2008).

1 ESTATUTO DO IDOSO E NORMAS GERAIS DE PROTEÇÃO AO IDOSO

O envelhecimento da população mundial é um fenômeno recente. No Brasil não é diferente. O crescimento da população idosa é assunto relevante, pois vem causando impacto em diversas demandas sociais, que são de responsabilidade do Estado.

Fato é que cabe ao Poder Público o desenvolvimento de ações para que a velhice das pessoas seja digna, com boas condições físicas e mentais. O idoso precisa ser inserido na sociedade e, ao mesmo tempo, protegido de abusos que possa sofrer por sua situação vulnerável.

Para tanto, o Governo Federal instituiu a Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e outras normas que protegem a pessoa idosa. Veja os principais pontos conquistados por esta legislação.

3.1 Garantias de Direitos Fundamentais

O Estatuto do Idoso é uma norma pautada na Constituição Federal, pelos princípios da dignidade da pessoa humana e cidadania, com o fito de assegurar os direitos fundamentais às pessoas idosas.

Salienta-se que “em um mundo competitivo e excludente, o idoso, dadas as limitações naturais de ordem biológica, de regra é visto como portador de um déficit

econômico e social, cujo resgate e busca da isonomia passa a ser objetivo da tutela jurídica específica” (INDALENCIO, 2007).

Portanto, o Estado estabeleceu a proteção dos direitos fundamentais, como o Direito à Vida, que trata o envelhecimento como direito personalíssimo, sendo necessário protegê-lo, conforme artigo 1º do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003). Os idosos têm a vida e saúde protegidas pelo Estado, para que seu envelhecimento seja saudável, com qualidade de vida.

Ademais, os idosos contam com liberdade de opinião e expressão, de ir, vir e permanecer em espaços públicos, liberdade de participar na vida política além de participar na vida familiar e comunitária, nos dizeres do artigo 10, caput §1º da Lei 10.741/03 (BRASIL, 2003).

Importante ressaltar o direito ao respeito, que “consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais” (BRASIL, 2003).

De fato, o direito ao respeito é uma garantia fundamental para que o idoso viva em sociedade, isto porque este é necessário até para a convivência familiar, a fim de evitar abusos e abandonos, físico ou emocional, no interior das famílias. Desta forma, o zelo pela dignidade do idoso é resguardado pelo Estado e toda sociedade.

Outro modo de zelar pela pessoa idosa é permitir que lhes sejam prestados alimentos, para que seu sustento esteja garantido. Como explana artigo 12 do Estatuto do Idoso, os alimentos se tratam de uma obrigação solidária, podendo o idoso escolher quem será o prestador desta responsabilidade (BRASIL, 2003). E quem são os prestadores?

A lei impõe aos pais (art. 1.568 c/c art. 1.694) o encargo de prover a manutenção da família e, por decorrência jurídica, a eles compete sustentar e educar os filhos. Da mesma forma, aos filhos compete sustentar os pais, na velhice e quando necessitam de auxílio. Por isso, os romanos denominavam a obrigação *officium* e *pietas*, expressões que traduzem o fundamento moral do instituto, o dever de mutuamente, se socorrerem os parentes, na necessidade (LEITE, 2005).

Os alimentos devem ser prestados pelos seus familiares, salvo a exceção de não possuírem condições financeiras, quando a responsabilidade passa a ser do Estado, por meio do Benefício de Prestação Continuada (BPC), estabelecido pela Lei 8.742/93 (Lei

Orgânica de Assistência Social – LOAS). A obrigação alimentar decorre do princípio da solidariedade entre os parentes, de suma importância para um envelhecimento tranquilo.

3.2 Importantes Medidas de Proteção

Com o fito de proteger os direitos fundamentais reconhecidos aos idosos, o legislador do Estatuto do Idoso determinou que medidas de proteção fossem adotadas sempre que aqueles estejam ameaçados ou violados (BRASIL, 2003).

Os incisos do artigo 43 do Estatuto do Idoso afirmam que tais violações podem decorrer da ação ou omissão da sociedade e Estado, bem como pela ausência, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento, ou ainda em razão de sua condição pessoal (BRASIL, 2003).

Ao aplicar as medidas de proteção, o legislador ressalta a importância de considerar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (BRASIL, 2003), podendo aplicar as seguintes penalidades, conforme os incisos do artigo 43 do Estatuto do Idoso:

- I - encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;
- IV - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;
- V - abrigo em entidade;
- VI - abrigo temporário (BRASIL, 2003).

Assim, quando o Ministério Público ou Poder Judiciário agir, vão considerar o melhor interesse da pessoa idosa. Ressalta-se que o Poder Judiciário é responsável pela efetivação dos direitos da pessoa idosa, que são tutelados pelo Estatuto do Idoso, com o intuito de proteger uma minoria vulnerável.

Cedição é que esta legislação conflita com outras demandas, como as financeiras, sendo necessário que o Judiciário tenha sensibilidade ao aplicar os dispositivos normativos

à sociedade. Entretanto, quando o assunto é o Poder Judiciário, “poucos são os estados da Federação que criaram varas especializadas e exclusivas do idoso, e a prioridade na tramitação dos processos continua letra morta” (ALCÂNTARA, 2016). Deste modo, a implantação dos direitos dos idosos não é viabilizada.

De igual relevância, há a atuação do Ministério Público, o qual protege os direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos. Deve-se enfatizar que:

Tanto os interesses individuais homogêneos como os coletivos originam-se de fatos comuns; entretanto são indeterminados os titulares de interesses difusos, e o objeto seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável (MAZZILLI, 1997).

Ora, o Estatuto do Idoso apresenta situações que geram a tutela coletiva, por serem de interesse próprio do idoso, permitindo que o Ministério Público atue por meio de ação civil pública na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mesmo que para tanto seja feita a defesa de direito de idoso único. É por isso que em determinadas comarcas há uma promotoria especializada para defesa do idoso, como em Belo Horizonte/MG, com a 22ª Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso.

Ocorre que, apesar da necessária atuação dos órgãos públicos, há um claro despreparo da justiça brasileira em atender aos idosos, por falta de treinamentos, excesso de demanda, carência de pessoal e insensibilidade para o tema, o que torna difícil o acesso daqueles que mais precisam da prestação jurisdicional.

2 DESERDAÇÃO

O instituto da Deserdação está disposto no Capítulo X do Código Civil Brasileiro de 2022, no artigo 1.961 e seguintes. Para Pacheco (2018) a inteligência do referido artigo tem como objetivo penalizar o herdeiro, que, por si só, produzem impactos negativos pessoais ao sucessor.

Em síntese, a deserdação é uma decisão de última vontade do legatário, uma vez que o sucessor dar causa a tal atitude. Não há, outrora possibilidade de deserdar um incapaz, uma vez que este não responde por seus próprios comportamentos (PACHECO, 2018).

As causas permitidas para deserdação estão bastante claras nos artigos 1.961 a 1.965, que são:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

Os artigos falam apenas da deserdação do ascendente pelos descendentes, não trazendo a previsibilidade da deserdação dos ascendentes, que em muitos casos herdam de seus filhos (BRASIL, 2002).

Tartuce assevera que a deserdação é um ato de última vontade que afasta herdeiro necessário, sendo necessário a confirmação por sentença. Por isso é que a deserdação é tratada pelo CC/2002 no capítulo próprio da sucessão testamentária (TARTUCE, 2017). Nesse sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu (SÃO PAULO, 2023):

APELAÇÃO – Ação de deserdação – Irmão do de cujus pretende excluir a esposa do falecido alegando prática de maus tratos contra o cônjuge antes de sua morte – Não acolhimento pelo d. iJuízo a quo – Acerto – Irresignação do autor – Descabimento – A deserdação deve constar expressamente em testamento – A inexistência de disposição testamentária excluindo o herdeiro necessário impede a configuração de hipótese de deserdação – Legitimidade para ajuizar a ação restrita àqueles que se beneficiam pelo afastamento do excluído – RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, Apelação Cível nº 1010464-16.2021.8.26.0007, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Julgado em 01/03/2023).

Desse modo, se faz necessário que o autor da herança deixe expresso em testamento sua vontade de declarar indigno o seu herdeiro necessário e qual motivo, daqueles dentre os já previstos em lei.

É importante destacar que se faz necessário o ajuizamento da ação de deserdação para que seja analisado pelo judiciário, com vistas ao Ministério Público (MP) quando há casos que envolvam menores, idosos e pessoas com deficiência e demais tutelados pelo MP. Mesmo os casos em que o herdeiro aceite a exclusão da herança, é necessário que haja a judicialização da ação de deserdação sucessória (IBDFAM, 2017)

3 DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO DO FILHO

Como supra explanado, a deserdação é uma penalidade civil aplicada ao herdeiro necessário por meio do testamento. Deste modo, pode o pai realizar um testamento que deixe seu filho sem nenhum patrimônio, na ocasião de sua morte.

Fato é que as causas que autorizam aos ascendentes a excluírem os descendentes de sua herança estão prescritas pelos artigos 1814 e 1963 do Código Civil, os quais apresentam rol taxativo e não incluem a deserdação por abandono afetivo.

Contudo, é possível considerar o abandono afetivo como causa de deserdação e excluir o descendente? Para responder tal questão é preciso compreender o que é abandono afetivo, afinal é o cerne da exclusão do filho, por meio do testamento.

3.1 Abandono Afetivo

O afeto é resultado da afeição, que por sua vez significa um sentimento de amor, simpatia, amizade e pendor para alguém ou alguma coisa, como dispõe o Novo Dicionário Brasileiro Melhoramentos (1970).

Todas as relações familiares devem ser pautadas no princípio da afetividade, que regem o direito de família.

O afeto é o novel princípio do direito de família. Embora não esteja expresso no texto constitucional, decorre naturalmente da valorização constante da dignidade da pessoa através da externalização dos sentimentos em suas relações (VESENTINI, 2013).

Logo, família não é relacionada apenas aos laços sanguíneos, mas sim ao sentimento, com fulcro no amor, amizade, solidariedade e afeto. É necessário haver uma real interação, presença e cuidado do outro para que haja uma socioafetividade, indo além do mero cumprimento dos deveres familiares e assistência mútua.

Quando não há afetividade na relação parental, ocorre o abandono afetivo, ocasião em que estão ausentes os deveres de proteção e cuidado, os quais devem ser cumpridos por pais e filhos. Assim, o afeto passa a ser um dever jurídico.

Ressalta-se que “o abandono afetivo diferencia-se do abandono material, uma vez que este último está pautado na falta de assistência em relação às questões econômicas e materiais” (VIEIRA, 2021).

O abandono afetivo trata-se de um distanciamento emocional, que inviabiliza a intimidade dentro do núcleo familiar e causa danos maiores do que a falta de prestação assistencial. Pode-se dizer que “a falta de afeto fere diretamente os sentimentos, o que pode levar anos ou até nunca cicatrizar” (BOIN, 2016).

O idoso que é abandonado por seus filhos podem desenvolver quadros psiquiátricos, como depressão, ou doenças psicossomáticas. Isto porque, independente da idade, qualquer pessoa precisa de afeto para sobreviver.

Diante das graves consequências que o abandono afetivo gera, parece razoável que o ordenamento jurídico permita que uma dura sanção seja aplicada, para educar e esclarecer como as pessoas devem agir, a fim de não se beneficiar de sua rudeza em âmbito familiar. Esta consequência adentraria o campo da responsabilidade civil, haja vista a falta de normatização do Direito das Sucessões.

3.2 Projeto de Lei nº 3.145

O Projeto de Lei nº 3.145 foi apresentado no Plenário da Câmara Federal, em 29 de setembro de 2015, pelo Deputado Vicentinho Júnior (PSB-TO), com o interesse de alterar os artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, de modo a permitir a deserdação nas hipóteses de abandono (BRASIL, 2015).

Como justificativa, o referido deputado alega que há o crescimento do número de idosos no país, com grande parte sendo sujeita ao abandono material e afetivo. Segundo Vicentinho Júnior, alguns descendentes não têm cumprido com seus ascendentes o dever de proteção e zelo (BRASIL, 2015). Por isso, julgou necessário criar um dispositivo de proteção.

Há um claro desrespeito à Constituição Federal, que estabelece a obrigação de amparo na velhice, enfermidades ou em períodos de enfermidade, conforme artigo 229 da Constituição Federal, assegurando o direito à vida (BRASIL, 1988). De fato, o grupo que mais enfrenta esse desarrimo são pessoas idosas, na fase que estão vulneráveis e mais precisam de cuidados.

Ao redigir o referido projeto de lei, incluiu-se o inciso V nos artigos que possibilitam a deserdação na seguinte hipótese: “abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres” (BRASIL, 2015). Observa-se que o Projeto de Lei nº 3.145 não possui o termo idoso, para garantir maior amplitude à aplicação da futura legislação, contudo lembra-se que a maioria dos casos de abandono acontece com pessoas idosas.

Diante da relevância do tema, o Projeto de Lei nº 3.145 foi submetido à Comissão de Defesa de Direitos da Pessoa Idosa, na Câmara dos Deputados, a qual aduziu que:

Em linha com essas disposições constitucionais, o Estatuto do Idoso estabelece, em seu art. 98, que constitui crime punível com penas de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres.

Mas, de outra parte, o ordenamento jurídico ainda não prevê a possibilidade de deserdação de filho ou outro descendente que abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres, referindo-se neste aspecto o Código Civil apenas à possibilidade de deserdação em hipóteses de desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Ou seja, reconhece-se que há considerável potencial de lesividade nas condutas aludidas de abandono de idoso, uma vez que a lei as qualifica como crime, porém, apesar disso, não é erigido óbice legal expresso apto a impedir que o autor desse fato penalmente tipificado possa se beneficiar, na condição de herdeiro necessário, da sucessão dos bens deixados em virtude do falecimento daquele contra o qual foi praticado o abandono (BRASIL, 2015).

Assim, entendendo que acrescer o abandono em hospitais e entidades de saúde como hipótese de deserdação é uma maneira de proteger a pessoa idosa, a Comissão de Defesa de Direitos da Pessoa Idosa votou pela aprovação do Projeto de Lei nº 3.145.

Após esta aprovação, este projeto de lei foi encaminhado a Comissão de Constituição e Justiça, para analisar sua constitucionalidade. Estando conforme os padrões constitucionais, a Câmara remeteu o Projeto ao Senado, recebendo a seguinte numeração “Projeto de Lei 6.548/2019” e aguardando a nomeação de relator para prosseguimento da tramitação, segundo a atividade legislativa (BRASIL, 2023).

Por se tratar de assunto relevante, resta a sociedade aguardar o desenrolar das negociações políticas em Brasília para que os artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil sejam alterados e tutelem o abandono como causa de deserdação.

3.3 Precedentes de deserdação

Enquanto o Poder Legislativo não encerra a questão, permitindo ou não a deserdação por abandono afetivo, cabe ao Poder Judiciário analisar cada caso concreto, para viabilizar ou não a deserdação. Portanto, não há consenso nas decisões judiciais.

Ressalta-se que decisões que prezam pela afetividade nas relações familiares se tornam constantes nos tribunais. Tanto é verdade que há decisões que julgam procedente a compensação pelo abandono afetivo, por meio de indenização por danos morais. É como decide o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A

alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido (STJ, Recurso Especial nº 1.159.242, 3ª Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em:24/04/2012)

Vale lembrar que a atuação proativa do Judiciário somente acontece porque há uma lacuna na atualização legislativa, que atrapalha a aplicação do princípio da afetividade ao Direito das Sucessões, na questão da deserdação.

Destarte, há decisões em sentido a aplicar a deserdação pelo abandono afetivo. Observe este julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP:

AÇÃO DE INDIGNIDADE – DESERDAÇÃO DE ASCENDENTE - Pedido de exclusão da sucessão da genitora do falecido – De cujus que era interditado, tendo como curador, seu irmão – Destituição do poder familiar da genitora averbada na certidão de nascimento - Genitora que não cumpriu seu dever de amparo, sustento, não somente financeiro, mas psicológico, afetivo e físico – Desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade - Aplicação do artigo 1814, 1.815 e 1.963, IV do Código Civil - Hipótese de declaração de indignidade – Ausência de deserdação por testamento - Autor da herança civilmente incapaz que não poderia dispor através de testamento sobre seus bens – Hipótese afeta à causa de indignidade — Exclusão de sucessão da herança por sentença judicial - Sentença mantida – **RECURSO DESPROVIDO** (TJSP, Apelação Cível nº 1000127-70.2014.8.26.0602, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora: Desembargadora Maria Salete Corrêa Dias, Julgado em:12/09/2018).

Apesar de se tratar da deserdação de uma ascendente, a genitora, vê-se que foi permitido a sua exclusão da herança, tendo em vista que não prestou amparo psicológico e afetivo. A exclusão de sucessão da herança ocorreu por decisão judicial de Primeira Instância que foi mantida em Segunda Instância.

Neste diapasão, cediço é que o rol das hipóteses ensejadoras da deserdação foi tratado como exemplificativo pelo TJSP, incluindo o abandono como causa de exclusão hereditária. Esta decisão corrobora à aprovação do Projeto de Lei 3.145, pois uma alteração legislativa se adequaria a nova situação social, que preza pela afetividade.

Desta feita, há que se considerar a possibilidade de deserdação em casos de abandono afetivo, já tendo entendimentos jurisprudenciais para fundamentar a decisão e a tramitação de uma atualização legislativa, que dará fim definitivamente à questão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, apesar de parecer que o caso do Cid Moreira era algo incomum, na prática, esse assunto já vem sendo discutido no judiciário há algum tempo. Por óbvio que a notoriedade pela mídia veio através desse caso, por se tratar de uma pessoa famosa, mas isso já vem sendo motivo de grandes discussões.

Ademais, viu-se que a proteção ao idoso é algo imprescindível do ponto de vista Legal e Constitucional, uma vez que estamos diante de pessoas que precisam de um tratamento diferenciado, haja vista as suas limitações naturais trazidas pelo tempo e idade. Ora, se é dever do pai cuidar, demonstrar afeição e carinho para com seus filhos, sejam eles biológicos ou não, então também deve ser aplicado essa lógica dos filhos para com os pais, já que estas tornam-se crianças crescidas depois de um tempo.

Assim, é plenamente possível, a partir do presente estudo, perceber que deve ser aplicado aos casos concretos a possibilidade de deserdação por abandono afetivo, sendo, evidentemente, analisado caso a caso de forma individualizada como já vêm sendo feito.

Para mais, se trata-se de uma manifestação de vontade do autor da herança cabível em outros casos de abandono ou desamparo, há c

5 REFERÊNCIAS

AFEIÇÃO. *In*: **Nôvo Dicionário Brasileiro Melhoramentos**. 6. ed., rev., v.2. São Paulo: Comp. Melhoramentos de São Paulo, 1970.

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira. Da política nacional do idoso ao estatuto do idoso: a difícil construção de um sistema de garantias de direitos da pessoa idosa. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)**, Distrito Federal, p. 359-377, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9128/1/Da%20Pol%C3%ADtica%20nacional.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2003.

BOIN, Gizelli Karol Both Palermo. **Do afeto como categoria jurídica**: consequências do abandono no direito das sucessões. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem, Marília, 2016.

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

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL, 2008. **Projeto de Lei nº 4294/2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Situação: Aguardando Designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=4156>. Acesso em 23 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.145**, de 2015. Acrescenta dispositivos à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para possibilitar a deserção nas hipóteses de abandono. Sala das Sessões, em 29 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.548**, de 2019. Acrescenta dispositivos à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para possibilitar a deserção nas hipóteses de abandono. Câmara dos Deputados, em outubro de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8058993&ts=1674176636314&disposition=inline>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASIL. **Atividade legislativa do Projeto de Lei nº 6.548**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140284>. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 - SP**. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido. Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministro Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao&CodOrgaoJgdr&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 24 abr. 2023.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil. 6. ed.** São Paulo : Saraiva Educação, 2018. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título.

IBDFAM. 2021. Abandono afetivo: Decisão do STJ e aprovação de projeto de lei na Câmara trazem novas perspectivas sobre o tema. Publicado em: 30/09/2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8967/Abandono+afetivo%3A+Decis%C3%A3o+do+STJ+e+aprova%C3%A7%C3%A3o+de+projeto+de+lei+na+C%C3%A2mara+trazem+novas+perspectivas+sobre+o+tema>. Acesso em: 23 abr. 2023.

INDALENCIO, Maristela Nascimento. **Estatuto do Idoso e Direitos Fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro.** 2007. 126 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família.** vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária.** 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1000127-70.2014.8.26.0602.** Apelante: Cleuza Leite dos Santos. Apelados: Gilson Pedroso de Almeida (Espólio); Adison Pedroso de Almeida (Curador). Relatora: Des. Maria Salete Corrêa Dias. São Paulo, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 24 abr. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1010464-16.2021.8.26.0007. Apelante: Luiz Carlos de Oliveira Apelado: Nair Cristina Couto de Oliveira Interessado: RICARDO DE OLIVEIRA. 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Julgado em 01/03/2023. Disponível

em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16512674&cdForo=0>. Acesso em 23 abr. 2023.

TARTUCE, **Flávio Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VESENTINI, Cíntia. **Responsabilidade parental**: abandono afetivo. Disponível em: <http://www.juridicohightech.com.br/2014/04/responsabilidade-parental-abandono.html>. Acesso em: 23 abr. 2023.

VIEIRA, Juliêta Galgani Nobrega. **Abandono afetivo e deserdação**: o direito sucessório à luz do princípio da afetividade. 2021. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/22586/1/JGNV13122021.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023.