

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1159

(Ano XV)

(15/07/2023)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1159



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. 1159 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 446. *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



Entendimento sobre sigilo de dados telemáticos precisa ser revisto nas hipóteses de prisão em flagrante

Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

Multa pela recusa de bafômetro e sua inconstitucionalidade

Gleisson Cecílio Santana, 15.

Os aspectos positivos e negativos da privatização de empresas estatais

Suzana Aparecida de Souza, 21.

O patrimônio digital: sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo

Gabriel Chapiqui, 33.

A inconstitucionalidade pela recusa do teste do bafômetro e a desproporcionalidade da pena

Rodrigo Cesar de Souza, 53.

Família multiespécie: conceito e identificação de uma nova entidade familiar

Cleber Junio Furlan Vernechio, 75.

Desmistificando o Curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais: Uma Análise da Matriz Curricular, Perfis Institucionais e Papel do Profissional na Estrutura Jurídica

André Jales Falcão Silva, 85.

A violência doméstica sob a ótica sistêmica: a aplicação das constelações familiares na composição dos litígios

Janaina Queiroz Bueno, 107.

Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual

João Vitor Segantini de Oliveira, 129.

Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra o meio ambiente

Beatriz Santana Peruca, 144.

A produção de fake news e a repercussão na sociedade

Jennefer Cavallari Franhan, 159.

Sociedade digital, tecnologia e informação: o alcance da imunidade tributária cultural e a aprovação da Súmula Vinculante 57

Raíssa Falcão Spencer Hartmann, 168.

Aspectos iniciais à introdução da análise econômica do direito

Daniella Moura Steuble Costa Maia, 193.

O conceito de sistema na perspectiva jusnaturalista e a função da coerção na obra 'A Força do Direito' em Frederick Schauer

Jacileia Rocha de Vilhena, 208.

Análise jurídica sobre ortotanásia e cuidados paliativos

Camila Miguelão e Silva, 224.

Trabalho infantil, uma violação aos direitos fundamentais e sua desvalorização no ramo legislativo

Amanda Taqueto Gregio, 238.

Estudo da oralidade na história do processo civil e sua (não) influência no procedimento ordinário cognitivo de primeiro grau do Código de Processo Civil de 1973

Rubens Teixeira de Souza Starling, 252.

Direitos Humanos: Conceitos, Desenvolvimento Sustentável e Instrumentos Internacionais

Gustavo Silva Maia, 290.

Direito do consumidor na internet

Yasmin Parreira Toledo de Lima, 303.

O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais

Karina Alves Bindella, 315.

Aspectos jurídico-trabalhistas do competidor de E-sports no Brasil

Beatriz Hornes de Carvalho, 333.

Tratados internacionais de direitos humanos como novo parâmetro de compatibilidade das normas jurídicas

Raphael Gonçalves Azevedo Motta, 345.

Desafios contemporâneos do reconhecimento de pessoas como meio de prova: Uma análise integrada”

Gustavo Silva Maia, 370.

A proteção dos direitos humanos da população LGBTQIA+ no âmbito das empresas: uma leitura a partir do direito internacional dos direitos humanos e do caso Oliveira Fuentes vs. Perú

Leonardo Seefeldt Cuoghi, 387.

A guarda compartilhada como elemento inibidor da alienação parental

Natalia Cristina da Silva Rovoli, 409.

Aquisição e porte de sprays de pimenta e armas de eletrochoque para defesa pessoal da mulher

Jady de Paula Lopes, 247.

As consequências da nova legislação trabalhista para as empregadas domésticas

Marcelo Augusto Ferreira, 436.

ENTENDIMENTO SOBRE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS PRECISA SER REVISTO NAS HIPÓTESES DE PRISÃO EM FLAGRANTE

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

FRANCISCO SANNINI¹.

(coautor)

A Constituição da República estabeleceu no seu artigo 5º, inciso X, uma cláusula geral de proteção à intimidade e à vida privada das pessoas, sendo que nos subseqüentes incisos XI e XII, o legislador constituinte detalhou algumas formas específicas de tutela à privacidade, criando, ao menos em regra, a inviolabilidade domiciliar e a inviolabilidade das comunicações telefônicas.

Ocorre que tais direitos não são absolutos e comportam relativização diante do confronto com outros direitos fundamentais. Não por acaso, o próprio texto constitucional prevê exceções à regra da inviolabilidade, como nas hipóteses em que houver decisão judicial, nos termos da legislação de regência. Nesse cenário, o afastamento da inviolabilidade domiciliar é regulamentado pelo artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal e a mitigação do sigilo sobre as comunicações telefônicas encontra seu regramento na Lei 9.296/96.

Tratando especificamente deste último direito fundamental², é mister pontuar que o artigo 1º, da Lei 9.296/96, abrange as interceptações telefônicas “de qualquer natureza”. Isso porque a realidade cotidiana é extremamente dinâmica e o direito tem de adaptar-se aos novos conceitos acaso não pretenda tornar-se fatalmente obsoleto e anacrônico. Esta afirmação sempre teve validade, mas na atualidade apresenta-se bem mais premente,

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

2 Para um estudo mais completo, sugerimos: CABETTE, Eduardo. SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 3. Ed. Leme, São Paulo: Mizuno, 2023.

considerando a agilidade com que transitam as informações e se processam as mudanças em todos os campos da vida humana.

Por isso a definição que se deva entender por comunicação telefônica, não deve deitar raízes em conceitos vetustos e ultrapassados, que indicam sua redução à mera transmissão da fala. Com feito, alinhamo-nos com Luiz Flávio Gomes³, o qual após ponderar sobre a desatualização das normas vigentes sobre telecomunicações (Lei 4.117, de 27.08.62 e Decreto 64.469, de 06.05.69), conclui que "a telefonia hoje, em suma, conta com um conceito muito mais amplo que o constante da lei de 1962. A locução 'comunicação telefônica', em consequência, está enriquecida. Não é simplesmente a conversação dos proventos anos sessenta, senão a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia estática ou móvel (celular)."

Um exemplo prático dessa interpretação progressiva e ampla do dispositivo encontra-se na decisão do STJ no HC 51.531 – RO (2014/0232367-7), tendo como Relator o Ministro Néfi Cordeiro, equiparando mensagens de texto e conversas via *whatsapp* a comunicações telefônicas de qualquer natureza preconizadas pela Lei 9.296/96 e exigentes de ordem judicial para acesso e transcrição, sob pena de ilicitude probatória.

Assim se manifesta o Ministro:

Nas conversas mantidas pelo programa *whatsapp*, que é forma de comunicação escrita, imediata, entre interlocutores, tem-se efetiva interceptação inautorizada de comunicações. É situação similar às conversas mantidas por e-mail, onde para o acesso tem-se igualmente exigido a prévia ordem judicial. (...). Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

Em reforço a este entendimento, não se pode olvidar que a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) prevê a inviolabilidade e o sigilo das comunicações privadas armazenadas em dispositivos informáticos, senão vejamos:

³ GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997., p. 98/100.

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I- inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II-inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III-inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas, armazenadas, salvo por ordem judicial”.

Observe-se que no caso do *whatsapp* e outros aplicativos similares, inclusive as comunicações “armazenadas” e não somente aquelas em “fluxo” são resguardadas por reserva de jurisdição, o que apenas reforçou o entendimento acima exposto. Essa reserva, portanto, emana tanto da Constituição da República (artigo 5º, incisos X e XII) como da legislação ordinária específica (artigo 7º, I, II e III da Lei 12.965/14).

Registre-se, contudo, que a 6ª Turma do STJ tem um julgado interessante e mais recente com o entendimento de que nas hipóteses em que a própria materialidade do crime encontra-se armazenada no aparelho celular, seria prescindível a autorização judicial para o acesso desses dados:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 241-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NULIDADE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ACESSO A DADOS. INEXISTÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE NA HIPÓTESE. 1. A proteção aos dados privativos constantes de dispositivos eletrônicos, como smartphones e tablets, encontra guarida constitucional, importando a prévia e expressa autorização judicial motivada para sua mitigação. 2. O entendimento prevalecente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal é o de que são ilícitas as provas obtidas de aparelhos celulares sem prévia e devida autorização, seja judicial seja do réu, ressalvados os casos excepcionais. 3. No entanto, deve ser realizado um *discrímen* nos casos em que a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa. É dizer, quando se tratar do próprio corpo de delito, ou seja, quando a própria materialidade do crime se encontrar plasmada em fotografias que são armazenadas naquele aparelho, como na espécie, a autorização judicial não será imprescindível. 4. Recurso desprovido. (RHC 108.262/MS, Rel.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 09/12/2019)

Com a finalidade de reforçar essa prescindibilidade da autorização judicial para a “busca exploratória” nos aparelhos celulares em determinadas situações, vale lembrar que o bem jurídico que se busca proteger com a reserva de jurisdição é a intimidade e a vida privada, sendo certo que um dos aspectos mais restritos desses valores constitucionais se encontra na residência de cada indivíduo. Não por acaso, o afastamento do direito à inviolabilidade domiciliar também depende de ordem judicial, salvo nas circunstâncias indicadas na própria Constituição da República (art.5º, inciso XI).

Ocorre que entre as exceções constitucionais estão as hipóteses de prisão em flagrante. Destarte, parece-nos desproporcional a exigência de ordem judicial para o acesso de aparelhos celulares quando o seu proprietário se encontra em estado flagrancial. Ora, se até inviolabilidade domiciliar pode sucumbir em tais situações, não se justifica a reserva de jurisdição para a busca em aparelhos informáticos nas mesmas circunstâncias.

Ainda sobre o acesso direto pela polícia às informações armazenadas em aparelhos celulares e outros dispositivos de informática, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo da Reclamação 36.734/SP (2018/0285479-8), de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, decidiu que quando ocorre o acesso a conversas de *whatsapp* sem ordem judicial, sendo reconhecida a ilicitude da prova, conforme precedente do próprio tribunal, não fica inviabilizada a posterior expedição de ordem judicial legal para perícia do aparelho e novas investigações.⁴

A nosso sentir, o Superior Tribunal de Justiça tomou a decisão mais correta de acordo com a legislação e a dogmática jurídica nacional e internacional a respeito da questão da derivação das provas ilícitas. Efetivamente, a produção da prova se daria com ou sem o acesso indevido inicial, seria o caminho natural da investigação, configurando o que se chama de “descoberta inevitável” ou “inevitable discovery”. Além disso, a atual perícia é independente do acesso anterior pelos policiais, em nada sendo influenciada por tal fato (ou seja, o acesso ilícito anterior).

É preciso analisar a questão sob o aspecto da linha de causalidade, empregando o conhecido método da eliminação hipotética para perceber claramente que a perícia e a ordem judicial posterior não derivam da inicial devassa ilícita feita pelos policiais. Eliminada esta última, o curso dos acontecimentos seria o mesmo. Na verdade, a perícia ulterior e a ordem judicial derivam da *apreensão do aparelho*, que foi lícita, e não da leitura das mensagens pelos policiais, onde reside a ilicitude perpetrada.

⁴ STJ, Reclamação 36.734/SP (2018/0285479-8).

Fossem ou não lidas as mensagens de forma ilegal a perícia decorreria naturalmente via ordem judicial a partir da apreensão. Significa dizer que não existe relação de causalidade entre a ilicitude e a prova pericial agora em foco. Em suma, a perícia é procedimento legal em si, assim como a ordem judicial que a permite e também inexistente derivação ou relação minimamente relevante com qualquer meio de produção de prova ilícita.

Feitas estas considerações, neste estudo o nosso foco é reforçar a necessidade de uma revisão da nossa jurisprudência, promovendo um verdadeiro *distinguishing* em relação ao paradigmático julgamento do HC 51.531/RO, na hipótese de acesso pela polícia às comunicações desenvolvidas pelo aplicativo *Whatsapp* e que se encontram armazenadas em aparelhos apreendidos em situação de prisão em flagrante.

Isto, pois, atualmente, o referido aplicativo conta com um novo recurso denominado “modo temporário”, em que as conversas do usuário são automaticamente apagadas após um período de 24 hrs. Nesse cenário, resta evidente que as comunicações armazenadas no aparelho telefônico e que podem caracterizar importante elemento de prova ficam comprometidas pelo decurso do tempo.

Percebe-se, destarte, a necessidade de se revisitar o tema e analisá-lo à luz deste novo recurso tecnológico, sob pena de a tecnologia ser utilizada como escudo de proteção para criminosos, o que não pode ser admitido pela nossa jurisprudência. Antes dessa inovação, era plenamente defensável a tese de que a busca exploratória no aparelho dependeria de ordem judicial, mesmo nas hipóteses de flagrante delito, afinal, bastava que o dispositivo fosse inserido no “modo avião” para que as mensagens nele armazenadas ficassem protegidas e fossem posteriormente verificadas.

Hoje, todavia, conforme já destacado, a existência do “modo temporário” no aplicativo *whatsapp* não permite que a polícia aguarde uma decisão judicial que pode ser proferida após o período de 24 hrs e, desse modo, comprometer toda a investigação, resultando na “perda de uma chance probatória” em virtude do desaparecimento das conversas armazenadas.

Assim, defendemos que nas hipóteses flagranciais, onde a própria Constituição da República mitiga a inviolabilidade domiciliar como uma das perspectivas mais restritas de tutela da intimidade, a polícia possa, independentemente de ordem judicial ou do consentimento do proprietário, verificar, exclusivamente, as mensagens constantes no aplicativo *whatsapp*, observando-se, em todos os casos, as regras vigentes sobre a cadeia de custódia.

Ao que nos parece, o acatamento desse entendimento não viola o ordenamento jurídico, pelo contrário. A tese ora apresentada assegura, com respaldo no postulado da proporcionalidade, a efetividade da persecução penal e o direito fundamental à segurança pública, impedindo que a tecnologia seja utilizada a serviço do crime.

MULTA PELA RECUSA DE BAFÔMETRO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

GLEISSON CECÍLIO SANTANA:
graduando em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

ALEX L. APPOLONI

Orientador

RESUMO: A presente pesquisa tem como escopo ressaltar a importante mudança na lei a respeito da multa por recusa ao teste do bafômetro. Essa mudança foi fruto da Lei nº 13.281, de 04 de maio de 2016, que acrescentou ao CTB o artigo 165 - A. O Código de Trânsito Brasileiro exige da autoridade a produção de uma prova prévia que confirme a sua suspeita, contudo, fazer o bafômetro não é um dever do motorista, é apenas um direito que ele tem. A metodologia utilizada para a apresentação deste artigo foi através de estudos jurídicos, doutrinas e pela legislação em vigor, não descartando também as pesquisas realizadas pelo uso da internet e informações foram adquiridas diante de pesquisas dentro do tema abordado. O método utilizado é o qualitativo que permitiu a melhor compreensão das atividades dentro da organização com elementos quantitativos da análise de dados, juntamente com a exploração e descrição de levantamentos bibliográficos, e coleta de dados através de questionário e observação participante.

Palavras-chave: Multa. Bafômetro. Código de Trânsito Brasileiro. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The purpose of this research is to highlight the important change in the law regarding the fine for refusing to take the breathalyzer test. This change was the result of Law No. 13,281, of May 4, 2016, which added Article 165 - A to the CTB. The Brazilian Traffic Code requires the authority to produce prior evidence to confirm its suspicion, however, do breathalyzer is not a duty of the driver, it's just a right he has. The methodology used for the presentation of this article was through legal studies, doctrines and the legislation in force, also not discarding the research carried out through the use of the internet and information was acquired in the face of research within the theme addressed. The method used is qualitative, which allowed a better understanding of activities within the organization with quantitative elements of data analysis, together with the exploration and description of bibliographic surveys, and data collection through questionnaires and participant observation.

Keywords: Penalty. Breathalyzer. Brazilian transit code. Unconstitutionality

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo discorrer sobre a importância jurídica a respeito da realização de teste do bafômetro e a mudança ocorrida na lei, perante ao artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro.

Havendo assim uma grande possibilidade de inconstitucionalidade sobre a multa do bafômetro, isso porque, os artigos 165-A e 277 do CTB deixam claro que serão penalizados os condutores que se recusarem a passar por testes de alcoolemia.

Artigo 165-A, do CTB - Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração – gravíssima.

Penalidade – multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (BRASIL, 2016)

Percebe-se, perante o artigo mencionado acima, que é praticamente certo que o condutor que se recusar a passar pelo bafômetro será multado, afinal, a previsão é multar justamente quem se recusa.

Conforme anteriormente apontado, a CF traz como alguns dos princípios fundamentais a presunção de inocência que basicamente entende que ninguém será considerado culpado até que prove o contrário, e o princípio da não autoincriminação que se refere ao entendimento de que “ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo”.

Ainda, a Constituição Federal de 88 tem como uma importante base em que tese o princípio da hierarquia das normas, logo as normas consideradas infraconstitucionais não devem de forma alguma violar a originalidade da CF, devendo ser consideradas inconstitucionais.

2 LEI Nº 11.705/08 (LEI SECA) E O CTB

A criação da Lei Seca surgiu para surpreendentemente impactar o CTB no que diz respeito ao consumo de álcool na condução de veículos, o artigo 165 do referido código estabeleceu dentre outras punições, o recolhimento imediato da CNH, aplicação de multa e suspensão da autorização para dirigir por 12 (doze) meses para o que foi pego dirigindo alcoolizado ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima; (BRASIL, 2008)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (BRASIL, 2012).

Adiante, o artigo 276 do CTB determina a concentração de álcool que caracteriza a embriaguez e ainda designa ao CONTRAN poderes para dispor sobre as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição e o artigo 277, caput do CTB, descreve as circunstâncias em que ocorrerá a fiscalização:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.

Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica. (BRASIL, 2012).

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. (BRASIL, 2012).

O CONTRAN, em sua resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013 descreve no parágrafo do II do art. 7º que no teste de etilômetro com medição realizada igual ou superior a 0,34 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,34 mg/L), descontado o erro máximo admissível nos termos da "Tabela de Valores Referência para Etilômetro".

3 ARTIGO 165 – A DO CTB – RECUSA A SE SUBMETER AO TESTE DO BAFÔMETRO

Em 04 de maio de 2016 foi publicada a Lei nº 13.281/16 que incluiria no Código de Trânsito Brasileiro o artigo 165-A, que dispõe:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (BRASIL, 2016).

Este polêmico artigo trouxe muita discussão ao mundo jurídico, principalmente na via administrativa e judiciária, já que foi entendido por muitos como um artigo que viola princípios da Constituição, o que torna o referido artigo inconstitucional.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1 CONCEITO

Os princípios constitucionais são considerados os pilares das normas jurídicas, são basicamente regras que norteiam e limitam os direitos, à luz da constituição.

Para Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 1986, p. 60)

E por fim, para André Ramos Tavares (2020, p. 740), "O princípio está intimamente relacionado com o Estado Democrático de Direito, já que, se assim não fosse, estar-se-ia regredindo ao mais puro e total arbítrio estatal".

4.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tipificado no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência versa sobre a matéria criminal:

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:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988)

Tal princípio possui relação com o ditado popular de que “ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário”. Independente, este princípio possui uma alta relevância já que visa garantir a celeridade processual, bem como um julgamento justo aqueles acusados de crimes, que não podem em nenhuma hipótese serem considerados culpados sem que haja provas lícitas do cometimento ilícito.

4.3 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Previsto no Pacto de São José da Costa Rica, o princípio da não autoincriminação esta previsto no artigo 8º, 2, g:

Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; (BRASIL, 1992).

Logo, com a devida interpretação desta norma entende-se que o indivíduo não é obrigado a produzir provas em nenhuma circunstância contra si mesmo. E com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, foi entendido que os tratados relativos aos direitos humanos teriam imediata equiparação às normas constitucionais, tornando-se assim um princípio constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que o legislador ao criar o texto do artigo 165-A do CTB, visava a proteção dos direitos coletivos da população, como à vida e à saúde daqueles que estão no trânsito, mas realizou tal feito sem observar a hierarquia das normas.

Logo, ante todo o demonstrado neste trabalho, o entendimento que se obtém é de que o artigo 165 - A do Código de Trânsito Brasileiro é inconstitucional, já que originalmente foi criado com vício material de inconstitucionalidade ao ferir princípios da Constituição Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BARRO, A. J. C. D. Direito Penal Constitucional - a Imposição dos Princípios Constitucionais Penais. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

BRASIL, **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em 14 mai. 2023.

BRASIL, **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008 – Lei Seca**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm#art5. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. **DECRETO nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992**. Dispõe sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 17 mai. 2023.

CONTRAN, Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250598>. Acesso em: 14 mai. 2023.

CUNHA, S. S. D. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60.

SANTOS, L. R. R. **A inconstitucionalidade da multa pela recusa ao teste do bafômetro**. Doctum, 2020. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/handle/123456789/3739>. Acesso em: 14 mai. 2023.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA PRIVATIZAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS

SUZANA APARECIDA DE SOUZA:

graduanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

RESUMO: O presente artigo trata concisamente das privatizações de empresas estatais, na qual consiste em um ato que ocorre quando o Estado passa a gestão de uma empresa ou uma instituição estatal para a esfera privada, onde todo gerenciamento e fins lucrativos desta empresa deixam de ser de responsabilidade e de utilização do poder público, sendo transmitidos para o ente privado, através a compra do bem público pela parte privada. A finalidade do trabalho é analisar os aspectos positivos e negativos acarretados pelas privatizações, visto que o referido tema é pouco comentado e grande parte da sociedade é leiga e não tem certo discernimento quanto ao debate. Os métodos de pesquisa a serem utilizados no artigo presente são qualitativas e bibliográficas através de pesquisas para fundamentação do artigo. Logo, dessa forma, se espera que os resultados obtidos por meio do levantamento de dados levam à conclusão de que as privatizações geram aspectos positivos e negativos variáveis de caso a caso.

Palavras-chave: Privatização. Bem público. Estado. Esfera privada. Economia.

ABSTRACT: This article deals concisely with the privatizations of state-owned enterprises, in which it consists of an act that occurs when the State passes the management of a company or a state institution to the private sphere, where all management and profit of this company cease to be the responsibility and use of public power, being transmitted to the private entity, through the purchase of the public good by the private party. The purpose of this paper is to analyze the positive and negative aspects caused by privatizations, since this topic is little commented on and much of society is lay and does not have a certain discernment about the debate. The research methods to be used in the present article are qualitative and bibliographic through research to substantiate the article. Therefore, it is expected that the results obtained through data collection lead to the conclusion that privatizations generate positive and negative aspects that vary from case to case.

Keywords: Privatization. Public good. State. Private sphere. Economy.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho refere-se às privatizações de empresas estatais, que apesar de praticadas e comentadas há muito tempo, no Brasil, tal temática ainda é muito

recente. Por se tratar de um assunto pouco pleiteado nacionalmente pela sociedade, a maioria dos cidadãos é leiga perante o mesmo.

Neste íterim, o estudo possui o intuito de expor os aspectos positivos e negativos relacionados às privatizações, além de exibir características que abrangem determinadas áreas do direito. Desta maneira, pretendem-se conscientizar a população sobre o significado, causas e consequências das privatizações de entes públicos, trazendo com isso, a relação jurídica que subsidie o tema em pauta.

Todavia, o trabalho não possui a finalidade de influenciar a sociedade a serem a favoráveis ou contra a temática, mas sim expor ambas as vertentes e fazer com que haja um despertar, e ou, aperfeiçoamento do pensamento crítico, assim gerando diversificadas opiniões pessoais sobre o tema.

Está organizado em três capítulos, em que, no primeiro será abordada a fundamentação teórica, onde está o conceito, evolução histórica e áreas do direito que englobam a temática. No segundo estão especificadas as hipóteses de pesquisa; estas se relacionam com o efeito que as privatizações causam no setor econômico do país. E por fim, o terceiro diz respeito à conclusão que se chegou com a elaboração do presente trabalho acerca da referida temática.

A metodologia base do estudo foi à pesquisa bibliográfica, que se dá pela colheita de informações obtidas por meio de diversificadas fontes como, livros, sites, jornais, entre outras.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 CONCEITO

Privatização é um ato que ocorre quando o Estado passa a gestão de um órgão público para uma empresa privada, sendo assim, todo seu gerenciamento e fins lucrativos deixam de ser de responsabilidade e de utilização do Poder Público, transmitindo estas para a esfera privada.

No entanto a ideia de privatizar originou-se das teorias econômicas de Adam Smith, em que através de seu livro "A Riqueza das Nações" (1776) criticou as grandes intervenções e restrições do Estado sobre a economia, e, portanto, se considera que o ato de privatizar não fora algo criado por nossos representantes eleitos e não somente usado no governo brasileiro.

2.2 HISTÓRICO

Durante o governo de Getúlio Vargas (1930 a 1945 e 1951 a 1953), foram criadas as empresas públicas mais importantes para o processo de industrialização do país, dentre delas estão a Companhia Siderúrgica Nacional (1940), Companhia Vale do Rio Doce (1942) e a Petrobrás (1953), a partir disso também foram criadas e desenvolvidas várias outras empresas que tem seu lucro estatal controlado pelo Estado.

Contudo, durante o governo de Fernando Collor (1990 a 1992), foi desenvolvido um projeto de programação para a privatização de mais de 68 empresas, no qual o projeto foi batizado de "Programa Nacional de Desestatização", regulamentado pela lei nº 8.031/90 e posteriormente alterada pela lei nº 9.491/97, devido aos protestos gerados pela sociedade na venda de uma das maiores Siderúrgicas estatais da época, a "Usiminas". Esse programa serviu como marco inicial para as privatizações das empresas estatais, onde é criado um regime que permite ao administrador público um espaço ilimitado para a admissão de critérios e procedimentos diferentes na análise das necessidades técnicas específicas de cada empresa a ser desestatizada.

Com a chegada do Ex-presidente Itamar Franco ao poder (1992 a 1995), em 1993 tivemos a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e em 1994 a Empresa Brasileira de Aeronáutica (EMBAER) privatizadas, entretantes, houve a maior greve realizada pelos trabalhadores pós-privatização, havendo mais de 10 mil empregados se manifestando contra as demissões em massa e a redução dos salários.

Mas foi durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC - 1995 a 2003), que o tema "privatização" gerou maior polêmica por decorrência da privatização da Companhia Vale do Rio Doce, pois era considerada a maior exportadora de minério no mundo, mesmo depois da resistência de trabalhadores e sindicatos que conseguiram adiar várias vezes a data do leilão da empresa. Essa privatização gerou grande debate e revolta na sociedade na qual consideraram que o processo de privatizações nunca deveria ter acontecido, julgando serem consideradas extremamente prejudiciais para a economia do país devido ao baixíssimo preço na qual a Companhia tivera sido vendida.

Independentemente do ato privatizado ter gerado grande revolta e inquietação da sociedade, as privatizações das empresas estatais não param por aí, ainda enquanto o governo FHC tivemos a empresa LIGHT privatizada em 1996, e a Telebrás na qual recebeu proeminentes investimentos de mais de 12 empresas antes de ser leiloada e entregue ao setor privado espanhol do sistema de telecomunicações, dois anos depois em 1998.

Neste mesmo íterim tivemos a criação de Agências Reguladoras Brasileiras, pessoas jurídicas de direito público que ajustam e controlam a atividade de serviços públicos executados por empresas privadas, mediante concessões, criadas durante o

governo do Presidente Lula (2003 a 2011), dentre essas empresas que foram criadas estão a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Contudo, considerando todo o debate, desde seus primórdios até o presente momento, em aspectos gerais, a questão das Privatizações é um tema que tem gerado grande debate e intervenção econômica tanto quando se referimos ao estado como também a sociedade.

2.3. NATUREZA JURÍDICA

Vejamos que, a partir da década de 70 é notória a grande onda de privatizações que nos intervém até os dias atuais, devido ao Estado Liberal mostrar-se insuficiente para erradicar os desvirtuamentos econômicos e sociais.

Segundo Bresser Pereira:

Nos anos 50 tornou-se comum a ideia de que o Estado tinha um papel estratégico na promoção do progresso técnico e da acumulação de capital, além de lhe caber a responsabilidade principal pela garantia de uma razoável distribuição de renda. Entretanto, estes êxitos levaram a um crescimento explosivo do Estado não apenas na área de regulação, mas também no plano social e no plano empresarial. Para isto cresceu a carga tributária, e como sempre acontece, com o crescimento, com o aumento de sua capacidade de arrecadação e de suas transferências, aos poucos as distorções começaram a aparecer. "Em consequência, seja da captura do Estado por interesses privados, seja pela ineficiência de sua administração, seja do desequilíbrio entre as demandas da população e sua capacidade de atendê-las, o Estado foi entrando em crise fiscal". (BRESSER, 1998, pag.1)

A crise fiscal citada por Bresser, foi associada ao gritante fator do caráter cíclico da intervenção estatal e a globalização que impôs ao Estado novo a tarefa de defender seus cidadãos, onde o mesmo deveria ser mais forte, eficiente e barato para manter seu rendimento econômico ativo.

Contudo, surgiram diversas ideologias e correntes políticas que compuseram de variados processos para uma reforma do Estado, na qual, dentre delas estão as delimitações das funções do Estado, reduzindo seu tamanho através de programas de privatização em que seria uma transformação na organização estatal.

2.4. DISPOSIÇÃO LEGAL

Atualmente no Brasil não contém nenhuma legislação explícita e específica que trate exclusivamente acerca do tema de privatização em si. Para tanto traz a Lei Federal nº 14.133/21 que em seu artigo 76 regulamenta a forma pelo qual se dá o contrato entre o bem público e o privado, determinando o modo em que a esfera pública será assumida pela esfera privada, bem como estabelece através do artigo 77 desta lei, como poderão ser alienados os bens imóveis da administração pública, conforme vejamos abaixo:

Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

(...)

§ 1º A alienação de bens imóveis da Administração Pública cuja aquisição tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento dispensará autorização legislativa e exigirá apenas avaliação prévia e licitação na modalidade leilão.

Art. 77. Para a venda de bens imóveis, será concedido direito de preferência ao licitante que, submetendo-se a todas as regras do edital, comprove a ocupação do imóvel objeto da licitação.

Similarmente a lei nº 9491/97, regulamenta os contratos entre o poder público e o ente privado, que regem os meios em que as privatizações irão ocorrer, delimitando quais empresas poderão ser privatizadas e outras atribuições.

Os contratos de privatização entre tais empresas, tanto pública quanto privada, têm a possibilidade de sua revisão por meio de ação civil pública (Art.129, III, CF/88) e ação popular (Art. 5º, LXXIII, CF/88):

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

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:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Os ramos do direito relacionadas a temática estão incumbidas no Direito Administrativo, Civil, Empresarial, Constitucional e Tributário.

3 METODOLOGIA

A pesquisa foi desenvolvida por meio dos métodos de pesquisa qualitativa, para ser comparado onde há a maior qualidade nas prestações de serviços, empresas públicas ou privadas, explicativa, exploratória e bibliográfica, no livro "As teorias econômicas de Adam Smith" para analisarmos a origem da ideia de privatizar.

4 HIPÓTESES

Doravante, passaremos as hipóteses de pesquisa, afim de analisar pontos defendidos pelos que apoiam a privatização e por teóricos contrários a ela, no sentido de compreender os diferentes argumentos.

4.1. PATRIMÔNIO PÚBLICO VENDIDO A PREÇO BAIXO PARA UMA MINORIA PRIVILEGIADA.

Atualmente, quando se trata de privatização, é remetida a sociedade que empresas públicas são repassadas a baixo preço devido ao caso da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), que foi vendida através de um leilão realizado em 6 de maio de 1997 por um valor bem abaixo do que fora estimado de aproximadamente R\$ 3,3 bilhões, enquanto considerando alguns valores relacionados à suas reservas minerais eram calculadas em mais de R\$ 100 bilhões à época.

O sucesso da Vale do Rio Doce foi imediato, um ano após sua privatização, o seu lucro aumentou em 50% e seus números foram melhorando ano a ano, chegando a ser recentemente em 2022 avaliada ao todo seu valor de mercado a aproximadamente R\$

452 bilhões de reais, ocorrendo uma valorização de mais de 3.500%, segundo estudo realizado pela consultoria Economatica.

Neste sentido, tem-se uma ineficiência de como a privatização não gerou um aspecto positivo em nossa sociedade, pois segundo Luiz Paulo Guimarães, coordenador nacional do Movimento pela Soberania na Mineração (*apud* Konchinski, 2022), através da valorização da Companhia, hoje a empresa tem lucro recorde e o governo não tem retorno com isso.

Ainda, segundo a pesquisa da Economatica, só no ano de 2021, a Companhia lucrou cerca de R\$ 121 bilhões, ou seja, valor quase dez vezes maior do que o governo dizia que ela valia em 1997, quando foi vendida, além disso, ainda no mesmo ano de 2021, foi distribuído pela empresa mais de R\$ 73 bilhões em dividendos (participação nos lucros), para seus acionistas, enquanto o governo que vendeu seu controle não foi beneficiado.

Sendo assim, diante de todo o demonstrado acima, no Brasil, o processo de privatização de estatais é falho, o que ocasiona uma insatisfação popular quando o governo pensa na possibilidade de transferir o bem público para uma minoria de empresários, que ao adquirir a posse torna-se então uma esfera privada, todo seu lucro que outrora era destinado de forma direta ou indireta ao Estado, agora encontram-se concentradas em mãos de uma única empresa, no qual, o seu lucro, é destinado ao que ela julgar necessário investir.

4.2. DIMINUIÇÃO DA RIQUEZA ESTATAL DO PAÍS

Quando tratamos de estabilidade e riquezas financeiras advindas das privatizações, Denise Chrispim Marin (1997), afirma que a estabilidade depende das privatizações, vez que por conta das privatizações geradas no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) fez com que o Brasil não corresse os riscos que geraram a crise cambial de 1997 que atingiu 3 países emergentes da região Sudeste Asiática.

O país não pode cessar a venda de estatais, por apurar que são necessários ajustes internos e externos na gestão governamental, averiguando sinais de extremas necessidades de financiamentos destas. Além disso, as autoridades responsáveis pelo programa de privatizações defendem que, as privatizações atraem o capital estrangeiro modernizando setores econômicos, dinamizando a economia e expandindo a cobertura dos serviços.

O sistema de domínio estatal sob suas empresas é consideravelmente escasso, altamente ineficiente e vulnerável a desvios, gerando um custo altíssimo ao país e a sociedade, que tem a maior parte de seus recursos arrecadados por meio de tributos.

Desse modo, de acordo com as informações suscitadas acima, devido aos altos impostos pagos pelo povo, os serviços públicos deveriam ser mais eficientes para que a sociedade tenha um retorno do dinheiro que é arrecadado.

Em decorrência dessa problemática vivenciada no gerenciamento do Estado, este não consegue efetuar um desempenho e rendimento parecido ou superior a qualquer empresa de porte privado, desde a qualidade de seus produtos e serviços aos frutos financeiros que dela derivam, fazendo com que sua economia seja inferior.

4.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CENTRALIZADORA PRECÁRIA, IMPEDINDO A EVOUÇÃO DAS EMPRESAS, TRAVANDO A ECONOMIA

Ao falarmos na precariedade da administração pública temos um fato gerador desse problema, que seria o mau desempenho das funções por seus administradores, que se empenham em fabricar e produzir somente o necessário para sua sociedade, gerando assim uma economia menos eficiente, ao invés de buscar melhoria em seus produtos e serviços para melhorar a rentabilidade econômica do país.

Na esfera econômica, o Estado liberal, defendia que o Estado deveria agir como “guardião da ordem”, responsabilizando-se somente pela segurança e a manutenção das propriedades privadas, ou seja, o Estado deveria estabelecer a ordem a todos para que possam realizar livremente suas atividades. Deste modo, determina a separação das esferas públicas e privadas, porém com as crises e desigualdades sociais o mesmo começou a ser indagado sobre tais ações.

Ao compararmos com as Teorias econômicas de Adam Smith, desenvolvidas no século XVIII, este critica o serviço sob o total controle do Estado, ao considerar que o mesmo não consegue suprir as necessidades da população, aumentando os custos de seus produtos e serviços, dificultando cada vez mais o acesso da sociedade, enquanto em um mercado competidor, as empresas, aumentariam a qualidade e rentabilidade de seus produtos e os levariam a um preço inferior, impulsionando uma alta comercialização rodando a economia e o capital do país.

Além disso, em uma de suas obras principais, “A Riqueza das Nações” (1776), o economista entendia haver uma “mão invisível” que regulamentava a quantidade e os preços dos serviços sem a intervenção do Estado, e tais atividades econômicas se auto regularizam por meio de oferta e demanda como paradigma político liberal, vejamos:

“Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm por seus próprios interesses. Nós nos dirigimos não ao seu humanitarismo, mas à sua autoestima, e nunca lhes falamos de

nossas próprias necessidades, mas dos benefícios que eles poderão obter." (1776, *apud*, FERNANDES, 2013)

Neste sentido, o economista demonstrou o desenvolvimento econômico resultante da atuação de indivíduos movidos apenas por interesse próprios, na qual a iniciativa privada agiria com total liberdade, com pouca ou nenhuma intervenção governamental. Para o teórico o Estado tem como finalidade a garantia das liberdades civil e política, sendo assim, empresas devem ser repassadas para o particular.

Isso demonstra de que o Estado não precisa interferir na economia do país, pois o mercado livre, consumidor e competitivo faz com que seus produtos sejam mais bem comercializados gerando maior economia e riqueza para o país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado em questão auxilia para a formação de uma opinião mais crítica sobre os aspectos da privatização, dentre eles, positivos e negativos, e também obter conhecimento das privatizações de empresas estatais no Brasil. Para realizar tal análise foram efetuadas várias pesquisas em livros de doutrinas, sites e legislações sobre as hipóteses de pesquisa mencionadas nas páginas anteriores.

Verifica-se que, a hipótese "Patrimônio público vendido a preço baixo para uma minoria privilegiada", nos leva a refletir sobre o baixo preço em que empresas estatais brasileiras são vendidas, comparando com a rentabilidade nas esferas privadas.

Por outro lado, a segunda hipótese de pesquisa "Diminuição da riqueza estatal do país", conclui que não ocorre tal diminuição, quando o empresário toma posse de uma estatal abre-se uma grande quantidade de empregos, fazendo-se então um ciclo que move a economia do país.

Por fim, acerca de "A administração pública centralizadora precária, impedindo a evolução das empresas, travando a economia", terceira hipótese do presente trabalho, conclui-se que a administração pública não tem total controle sobre essas empresas, gerando então uma insatisfação popular, pela má qualidade de serviços, principalmente por causa do atendimento prestado, sendo que quando essa empresa é privatizada o empresário tende a buscar uma maior qualidade em seus serviços e produtos pela alta concorrência existente no mercado comercial.

Auferindo todos os propósitos aludidos neste artigo, dentre eles investigarem o motivo de existir a desestatização, quais empresas já foram privatizadas, o

resultado que a mesma traz para a sociedade, esclarecer todas as hipóteses de pesquisas mencionadas e adquirir uma opinião mais crítica sobre o tema.

Conclui-se que, privatizar depende muito de cada caso, em alguns vai ser a solução mais eficiente, tendo em vista que algumas empresas estatais dão prejuízo aos cofres públicos, além de, amenizar a corrupção e fazer com que os empresários invistam nas empresas gerando mais empregos e fazendo a economia crescer. Por outro lado, o Estado estaria perdendo muito dinheiro ao vender essas empresas, sabendo que elas gerariam um lucro maior do que o adquirido em sua venda e este bem não seria mais público, ou seja, a população não teria mais o “controle” sobre ele.

REFERÊNCIAS

AGOSTINE, Cristiane. **PSDB defende “choque de capitalismo” e privatizações; veja manifesto.** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5209829/psdb-defende-choque-de-capitalismo-e-privatizacoes-veja-manifesto>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

ANONIMO. **A Teoria Econômica de Adam Smith.** Disponível em: <<http://www.vestibular1.com.br/revisao/a-teoria-economica-de-adam-smith/>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

ANONIMO. **ADAM SMITH:** o formulador da teoria econômica. O FORMULADOR DA TEORIA ECONÔMICA. Disponível em: <https://www.10emtudo.com.br/artigo/adam-smith/>. Acesso em: 11 maio 2023.

BARDINE, Renan. **Adam Smith – O Formulador da Teoria Econômica.** Disponível em: <<https://www.coladaweb.com/economia/adam-smith-o-formulador-da-teoria-economica>>. Acesso em: 05 abr. 2023.

BONA, André. **Você sabe quem foi Adam Smith?** 2020. Disponível em: <https://andrebona.com.br/voce-sabe-quem-foi-adam-smith/#:~:text=Ele%20defendia%20a%20propriedade%20privada,as%20liberdades%20individuais%20das%20pessoas..> Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Artigo nº 129, de 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Artigo nº 5, de 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997.

CARPENA, Márcio Louzada. **Menos tributos, mais privatizações e redução do Estado.** Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/menos-tributos-mais-privatizacoes-e-reducao-do-estado-carpena>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

CARTACAPITAL. **A privatização é boa ou ruim?** 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/economia/a-privatizacao-e-boa-ou-ruim>. Acesso em: 30 mar. 2023.

FERNANDES, Cláudio. **Teoria econômica de Adam Smith.** Disponível em: <https://www.preparaenem.com/historia/teoria-economica-adam-smith.htm>. Acesso em: 11 maio 2023.

GIRARDI, Edson Canal. **Adam Smith.** InfoEscola, São Paulo. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/economia/adam-smith/>>. Acesso em: 31 mar. 2023.

GLOBO, O. **O histórico de privatizações no Brasil.** 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/o-historico-de-privatizacoes-no-brasil-10448771>. Acesso em: 30 mar. 2023.

KONCHINSKI, Vinicius. **VALEU A PENA?:** privatização da vale, 25 anos: lucros e crimes cometidos evidenciam mau negócio para o país. Privatização da Vale, 25 anos: lucros e crimes cometidos evidenciam mau negócio para o país. 2022. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/05/06/privatizacao-da-vale-25-anos-lucros-e-crimes-cometidos-evidenciam-mau-negocio-para-o-pais>. Acesso em: 11 maio 2023.

LAHÓZ, André. **Antes e depois da venda:** os números mostram que o Brasil saiu fortalecido do processo de desestatização. Os números mostram que o Brasil saiu fortalecido do processo de desestatização. 2011. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/antes-e-depois-da-venda-m0051381/>. Acesso em: 11 maio 2023.

MARIN, Denise Chispim. **Estabilidade depende das privatizações.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/7/20/dinheiro/22.html>>. Acesso em: 07 abr. 2023.

MARIN, Denise Chispim. **Estabilidade depende das privatizações.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi200714.htm>. Acesso em: 11 maio 2023.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Privatizações no Brasil:** as privatizações no Brasil intensificaram-se a partir dos anos 1990 e caracterizaram-se pela acelerada desnacionalização da economia. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/privatizacoes-no-brasil.htm>. Acesso em: 30 mar. 2023.

PINTO, Claudia Maria Borges Costa. **O processo de privatização e desestatização do Estado brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12228/o-processo-de-privatizacao-e-desestatizacao-do-estado-brasileiro>. Acesso em: 05 abr. 2023.

POLON, Luana. **O que é privatização?** 2021. Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/o-que-e-privatizacao/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

SANTANA, Ana Lucia. **Privatizações.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/economia/privatizacoes/>. Acesso em: 22 out. 2022.

VALE S.A. é a empresa com maior crescimento de valor de mercado em 12 meses do setor de mineração. Disponível em: <https://insight.economica.com/vale-sa-empresa-com-maior-crescimento-de-valor/>. Acesso em: 11 maio 2023.

O PATRIMÔNIO DIGITAL: SUCESSÃO LEGÍTIMA DO TITULAR FALECIDO, ADMITINDO-SE, AINDA, SUA DISPOSIÇÃO NA FORMA TESTAMENTÁRIA OU POR CODICILIO

GABRIEL CHAPIQUI: graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(orientador)

“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade”. (Jonh Locke)

Resumo: Com a tecnologia inserida cada vez mais no cotidiano das pessoas, surge no direito à denominada "herança digital", que nada mais é do que um acervo de direitos e bens publicados, guardados ou usados em plataformas digitais, servidores ou em nuvens de titularidade de uma pessoa falecida. Portanto, o objetivo da pesquisa é descrever através de revisão da literatura a questão do Enunciado 687 e o patrimônio digital. Para tanto, foram utilizadas pesquisa bibliográfica a partir de livros de doutrina, em artigos científicos acadêmicos da internet, além de monografias que atenderam aos requisitos do tema abordado. Como resultado, estudos apontam que estes podem ser designados ativos e caracterizados como bens incorpóreos, que têm valor econômico ou afetivo e compõem o patrimônio digital de uma pessoa. A acumulação destes bens repercute no Direito, especialmente no que tange à herança digital - isto é, à transferência desse patrimônio por ocasião do falecimento do titular. Conclui-se que há verdadeira lacuna nas normas civis vigentes, não havendo expressa disposição acerca da herança digital, sendo a análise da matéria casuística, o que demonstra enorme insegurança jurídica, estando em risco o direito fundamental à herança.

Palavras-chave: Patrimônio Digital. Herança Digital. Enunciado 687. Dados digitais.

Abstract: With the technology inserted more and more in the daily lives of people, arises in the right to the so-called "digital inheritance", which is nothing more than a collection of rights and assets published, stored or used on digital platforms, servers or in clouds owned by a deceased person. Therefore, the objective of the research is to describe through literature review the issue of statement 687 and digital heritage. To this end, bibliographic research was used from books of doctrine, in academic scientific articles on the internet, as well as monographs that met the requirements of the theme addressed. As a result, studies point out that the secan be designated assets and characterized as intangible assets, which have economic or affective value and make up the digital

patrimony of a person. The accumulation of these assets has repercussions on the law, especially with regard to the digital inheritance - that is, the transfer of this patrimony at the death of the holder. It is concluded that there is a real gap in the current civil rules, and there is no express provision about the digital heritage, and the analysis of the material is case-by-case, which demonstrates enormous legal uncertainty, being at risk the fundamental right to inheritance.

Keywords: Digital Heritage. Digital Inheritance. Extension of civil personality. Digital data.

Resumem: Con la tecnología insertada cada vez más en la vida cotidiana de las personas, surge en el derecho a la llamada "herencia digital", que no es más que un conjunto de derechos y bienes publicados, almacenados o utilizados en plataformas digitales, servidores o en nubes propiedad de una persona fallecida. Por lo tanto, el objetivo de la investigación es describir a través de la revisión de la literatura el tema de la declaración 687 y el patrimonio digital. Para ello, se utilizó la investigación bibliográfica a partir de libros de doctrina, en artículos científicos académicos en internet, así como monografías que cumplían con los requisitos del tema abordado. Como resultado, los estudios señalan que estos pueden ser activos designados y caracterizados como activos intangibles, que tienen valor económico o afectivo y conforman el patrimonio digital de una persona. La acumulación de estos activos repercute en la ley, especialmente en lo que respecta a la herencia digital, es decir, la transmisión de este patrimonio a la muerte del titular. Se concluye que existe una brecha real en las normas civiles actuales, y no existe una disposición expresa sobre el patrimonio digital, y el análisis del material es caso por caso, lo que demuestra una enorme inseguridad jurídica, estando en riesgo el derecho fundamental a la herencia.

Palabras clave: Patrimonio Digital. Herencia digital. Extensión de la personalidad civil. Datos digitales.

1 INTRODUÇÃO

O momento digital vem causando muitas mudanças na essência da sociedade, e, de maneira específica, no comportamento humano. E a internet, fruto mais próspero dessa era, modificou de forma considerável a sociedade, na economia de tempo, diminuiu distâncias, criou espaços, mas também impactou de forma relevante os costumes, criando novas formas de agir e de pensar.

Sendo assim, a internet representa uma das mais significativas melhorias da humanidade, estando ao lado de invenções como a roda, a escrita, a eletricidade, o automóvel, o telefone, a televisão, dentre outras, despertando interesse de estudiosos dos mais diversos campos de estudo, especialmente considerando o estágio evolutivo ao qual se vislumbra hodiernamente.

Boa parte da população talvez não tenha parado para avaliar os grandes impactos que a internet proporcionou às relações humanas. Porém, ainda que não se perceba, o mundo vivencia um pontual, silenciosa e veloz revolução provocada por esse fenômeno tecnológico.

Diante desse cenário, o cyber espaço é o novo lugar onde as pessoas colocam seus arquivos, e onde as relações humanas se desenvolvem, sendo claro o fato de que o mundo físico perdeu significativo espaço para o mundo virtual na última década.

Assim,

A modernização dos computadores e celulares, a internet, as redes sociais, o compartilhamento de dados, armazenamento de arquivos à distância (nuvem) são fatores que sobremaneira alteraram o modo com que os indivíduos interagem entre si de uma forma tão célere que as normas jurídicas não puderam acompanhar o mesmo passo, deixando lacunas para serem completadas pelo Poder Judiciário, nos eventuais litígios advindos dessas situações. (GRACILIANO E PAMPLONA FILHO, 2019, s/p).

Logo, nessa linha de pensamento, vemos como exemplo as transações bancárias à distância, os contratos eletrônicos de compra e venda, o compartilhamento de mídias via protocolos e programas que impuseram as discussões nos Tribunais pátrios sobre o direito consumerista e sua aplicabilidade nessas situações, bem como os direitos autorais e os limites (inclusive criminais) da transmissão de arquivos.

Neste cenário, com a importância de dados digitais, passou a se instaurar na sociedade questões acerca da natureza jurídica e da possível destinação destes dados virtuais, o que, sociologicamente, gera uma forte transformação no trato jurídico destas questões.

Sendo assim, se faz é imprescindível aperfeiçoar o entendimento dos institutos que aparecem, como a herança digital, um instituto ainda jovem e que está crescendo no ordenamento jurídico brasileiro, embora legislações como o Código Civil de 2002, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709 de 2018) tentem suprimir, no que lhes cabe, esta lacuna. (BRASIL, 2018).

No Enunciado 687 diz – O patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo. Justificativa: A Constituição Federal de 1988 garante o direito de herança como fundamental do cidadão brasileiro (art. 5º, XXX). (VENOSA, 2019).

De acordo com Pereira (2016) das influências mútuas em plataformas digitais e redes sociais, além do tráfego de relações natural dessas intervenções denominado “digital”, são exemplos desse conjunto: direitos autorais sobre conteúdos digitais; perfis, publicações e interações em redes sociais e plataformas digitais com potencial valor econômico; arquivos em nuvem, contas de e-mail; sítios eletrônicos, bitcoins etc.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro não pode negar tutela jurídica a essa forma patrimonial que, embora conte com um projeto em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n. 1.689/2021), com força normativa da própria Constituição Federal, cabe aos operadores do direito promover a adequada proteção jurídica dos bens e interesses dos titulares e dos respectivos sucessores, atribuindo-lhes sentido jurídico e econômico nas sucessões legítimas e testamentárias (e até mesmo por meio de codicilos, nos casos de pequena monta.

Assim, o objetivo da pesquisa é descrever através de uma revisão da literatura a questão do Enunciado 687 e o patrimônio digital.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 OS BENS DIGITAIS: Conceito

A vida real está mudando para a atmosfera virtual numa velocidade espantosa. Com isso, fica clara a inclusão do amparo jurídico sobre os bens, sendo que, os bens digitais são conteúdo que divulgamos nas redes sociais, com informações digitais juntando as imagens, sons, vídeos e fotos por ela compartilhadas ou postadas no ambiente virtual. Então, os bens digitais são uma espécie de bens que envolve todo esse conteúdo, sendo úteis de alguma forma para o ser humano, tendo conteúdo econômico ou não (ZAMPIER, 2021, p. 64).

Barreto e Nery Neto (2016) explicam que os bens digitais são resultados da digitalização da vida do ser humano, onde existe uma enorme exposição diária de cada pessoa na internet. O conjunto de fotos, vídeos, áudios e entre outros conteúdos formam um admirável patrimônio digital, sendo que, em alguns casos, tem a possibilidade desse patrimônio causar lucro, como é o caso de contas em redes sociais que monetizam sobre o número de seguidores naquela plataforma.

Nessa linha, como já evidenciado valorizando a “coisa virtual”, também nos traz a precisão de distinguir que o Direito não pode deixar de acompanhar a evolução trazida pelas tecnologias da informação que acarretam controversas discussões acerca da destinação destes bens digitais. (ZAMPIER, 2021, p. 76).

Logo, Botão e Lima (2019, p. 5) concordam de que os bens digitais são condição de bens intocáveis, que consistem em aparência imaterial, apesar do Código Civil (2002) não

fazer menção, contudo, é importantíssimo tal entendimento para se compreender a destinação desses bens, onde, tornou-se uma questão a se preocupar, uma vez que, na medida em que a vida dos indivíduos vai se virtualizando, existe uma disposição desses bens se tornarem cada vez mais importantes em decorrência dos fatores econômicos ou sentimentais.

O elemento econômico tem ligação com a troca de moeda real pela moeda virtual, com a aquisição de ações ou até mesmo com a compra de alguns bens que não existem no mundo concreto (ZAMPIER, 2021, p. 68).

Com a virtualização muito acelerada, o movimento de moeda e a oferta de crédito estão modificando, sendo cada vez mais simulados apenas por elementos, dando espaço para as moedas digitais, como exemplo a moeda digital, a reconhecida Bitcoin, criada em 2009, aceitando propriedade e transferência de valores de forma anônima (PINHEIRO, 2016).

Além do ponto de vista econômico, existe também a importância em consequência do fator sentimental, pois, a ocorrência emocional não pode deixar de ser notada por seus titulares. Basta imaginar em mensagens enviadas por e-mails, inbox (mensagens privadas) de redes sociais, fotografias, vídeos e áudios. Esses conteúdos são capazes de conter valores sentimentais bem acentuados para o próprio titular, seus familiares e amigos. A memória afetiva das pessoas estão cada vez mais digitalizadas (ZAMPIER, 2021, p. 69).

Lacerda (2017, p. 123) pontua, ainda, o valor sentimental de alguns bens digitais:

A memória afetiva de uma pessoa está cada vez mais digitalizada, e, crianças e jovens de hoje já não sabem mais o que é um álbum de fotografia de capa rígida, com fotos fixadas por papel contact e que vão perdendo a sua cor ao longo do tempo.

Portanto, Lacerda (2017) destaca que não se precisa limitar os bens digitais à teoria dos direitos reais, tais como a propriedade, e precisam ser acatados também como juridicamente relevantes os bens não patrimoniais, dignos de tutela independentemente de sua eventual relevância econômica.

2.2 DIREITO DIGITAL

A realidade do ciclo nas relações sociais causou impactos diretos na área do Direito, pois surgem situações que, por serem inimagináveis, não estão abarcadas pela legislação, ocasionando o surgimento de dúvidas e questionamentos acerca de casos em que a

internet toma uma posição importante no caso concreto, como no caso do tema que se pretende analisar neste trabalho.

Sendo uma área de conjunto de especialistas, o Direito digital ficou anos sem apresentar normas características no Brasil. Nas jurisprudências, sempre que surgia algum problema jurídico virtual, era tratado na seção judicial que mais se igualasse a questão. Se constituísse um crime cibernético, o Direito Penal era o responsável. Caso constituísse um contrato, o Direito Empresarial ou Comercial resolvia o caso, e assim por diante. Essa completa falta de autonomia apenas perpetuou o atraso da evolução brasileira no assunto.

O Direito, em sentido aberto, usando-se dos instrumentos que já existem, precisou se afeiçoar-se a fim de regular as influências aparecidas devido o surgimento da internet, pois é seu papel estabelecer normas nos conflitos emergentes na sociedade, ainda que se trate de temas nunca discutidos e que passem a fazer parte do cotidiano, dado o acelerado avanço tecnológico em todo o mundo.

Assim,

O Direito Digital ou Direito Informático é o conjunto de normas e instituições jurídicas que pretendem regular aquele uso dos sistemas de computador - como meio e como fim - que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do software; o comércio eletrônico e as relações humanas estabelecidas via Internet. (PAIVA, 2017, p.23).

Portanto, o nascimento do Direito Digital deriva das relações sociais e da aquisição dentro e fora do seu meio de desempenho, as mudanças muito velozes em curto espaço de tempo obrigam uma característica a ser erguida: a da celeridade de leis em torno das sociedades altamente informatizadas, tal o impacto causado por essa busca de saída normativa.

(...) o Direito Digital traz a oportunidade de aplicar dentro de uma lógica jurídica uniforme uma série de princípios e soluções que já vinham sendo aplicados de modo difuso – princípios e soluções que estão na base do chamado Direito Costumeiro. Esta coesão de pensamento possibilita efetivamente alcançar resultados e preencher lacunas nunca antes resolvidas, tanto no âmbito real quanto no virtual, uma vez que é a manifestação de vontade humana em seus diversos formatos que une estes dois mundos no contexto jurídico. (PINHEIRO, 2013, p. 77).

Em uma sociedade conectada, portanto, é preciso estudar o Direito Digital não apenas para fins profissionais, mas também para possibilitar a convivência de todos os cidadãos nessa nova era digital para que todos possam exercer sua liberdade individual sem prejuízo da vida coletiva.

Mais do que trazer novas questões jurídicas, o Direito Digital exige de todos um papel de estrategista. É preciso pensar antes para preparar o terreno, para saber quais são as testemunhas. Além disso, exige um permanente monitoramento: o direito está baseado em ferramentas de controle de comportamentos. Já não há barreiras territoriais nem temporais, e isso trouxe ampliação da responsabilidade, que está cada vez mais solidária e objetiva. (PINHEIRO, 2013, p. 80).

O Direito carece, sim, se ajeitar a essas inovações da realidade, mas isto não quer dizer que ele permaneça totalmente ausente ao que acontece. Para essa adequação é preciso flexibilidade de raciocínio, sem estar preso às amarras de uma legislação codificada que pode já nascer obsoleta. O Direito é a somatória de comportamento e linguagem e, hoje, esses dois elementos estão mais flexíveis do que nunca, fato que demonstra que um direito rígido não deverá ter uma aplicação eficaz.

Todavia, na última década novas normas e tipificações estão sendo criadas e sancionadas, tornando a área de Direito Digital a mais crescente no mercado. Afinal, a tecnologia continua evoluindo, e trazendo consigo inovações e muitos novos problemas.

Sendo assim, nas redes, existem conversas individuais entre os usuários, promovendo grandes quantidades de pessoas no conteúdo gerado em um perfil, e, claramente, a convivência entre aquilo que se quer publicizar e aquilo que se quer sigilo e individualidade.

Na situação de morte do usuário, o que acontece de forma rotineira, haja vista a enorme adesão da sociedade ao uso das redes sociais permanece o questionamento acerca da possibilidade de tal bem digital fazer parte da herança digital a ser deixada pelo *de cuius* aos seus herdeiros, caso não tenha expressão de vontade escrita do usuário falecido para a destinação da rede social.

Enfim, quanto ao codicilo e aos bens digitais, exemplificados aqui pelas contas de natureza comercial não ostensiva em plataformas de redes sociais, a experiência indica que "a manutenção desse perfil de caráter patrimonial após o falecimento do titular acende dilemáticas questões, eis que, não raras vezes, o número de seguidores e o engajamento

umentam, o que pode refletir inclusive nos ganhos auferidos” (BARBOZA; ALMEIDA, 2021, p. 16) e, assim, facilmente escapar à noção de deixa modesta.

2.3 A HERANÇA E O PATRIMÔNIO DIGITAL (ENUNCIADO 687)

ENUNCIADO 687 – Ao tratamento de dados realizado para os fins exclusivos elencados no inciso III do art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados (segurança pública, defesa nacional; segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais), aplicam-se o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD, (Lei Geral de Proteção de Dados) sem prejuízo de edição de legislação específica futura. (Jornada Direito Civil, 2022).

Em maio de 2022, aconteceu a IX Jornada de Direito Civil, onde o encontro comemorou os 20 anos de vigência do Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e da instituição das Jornadas de Direito Civil. O acontecimento foi realizado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), por intercessão do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), e foi completado com a aprovação de 49 enunciados pela reunião plenária.

Este acontecimento foi a primeira Jornada com assuntos de Direito Digital, considerados pela Comissão de Direito Digital e Novos Direitos, assegurando a importância do tema, a Comissão aprovou 17 enunciados, assegurando temas como LGPD, Lei Geral de Proteção de Dados, herança digital, publicidade dos processos e inteligência artificial (esta última discutida pela Comissão de Propriedade Intelectual).

Em meio aos enunciados aprovados, notou-se o empenho em direcionar a discussão acerca de assuntos específicos: tratamento de dados de menores de idade (4 enunciados aprovados), a inexistência de hierarquia ente as bases legais previstas na LGPD, elaboração de Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD) e possibilidade de nomeação de mais de um encarregado de dados pessoais (na Europa, também conhecido como “Data Protection Officer – DPO”).

Tais enunciados são indispensáveis na ajuda aos entes privados e públicos, bem como Tribunais e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) a determinar de caráter igual e garantir maior segurança jurídica.

Os Enunciados envolvendo Direito Digital são:

- Enunciado ID 5172: A Lei de Acesso à Informação (LAI) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) estabelecem sistemas compatíveis de gestão e proteção de dados. A LGPD não afasta a publicidade e o acesso à informação nos termos da LAI, amparando-se nas bases legais do art. 7º, II ou III, e art. 11, II, a ou b da Lei Geral de Proteção de Dados.

- Enunciado ID 5154: O Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD) deve ser entendido como uma medida de prevenção e de accountability para qualquer operação de tratamento de dados considerada de "alto risco", tendo sempre como parâmetro o risco aos direitos dos titulares.

- Enunciado ID 5148: A legítima expectativa do titular quanto ao tratamento de seus dados pessoais se relaciona diretamente com o princípio da boa-fé objetiva e é um dos parâmetros de legalidade e juridicidade do legítimo interesse.

- Enunciado ID 5001: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não exclui a possibilidade de nomeação pelo controlador de pessoa jurídica, ente despersonalizado ou de mais de uma pessoa natural para o exercício da função de encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

- Enunciado ID 4997: Aplica-se o sistema de proteção e defesa do consumidor, conforme disciplinado pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, às relações contratuais formadas entre os aplicativos de transporte de passageiros e os usuários dos serviços correlatos.

- Enunciado ID 4939: A identidade pessoal também encontra proteção no ambiente digital.

- Enunciado ID 4889: Não há hierarquia entre as bases legais estabelecidas nos arts. 7º e 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.13.709/2018).

- Enunciado ID 4809: Ao tratamento de dados realizado para os fins exclusivos elencados no inciso III do art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados (segurança pública, defesa nacional; segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais), aplicam-se o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD, sem prejuízo de edição de legislação específica futura.

- Enunciado ID 4806: A possibilidade de divulgação de dados e imagens de crianças e adolescentes na internet deve atender ao seu melhor interesse e ao respeito aos seus direitos fundamentais, observados os riscos associados à superexposição.

- Enunciado ID 4796: O art. 14 da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança.

- Enunciado ID 4716: A existência de documentos em que há dados pessoais sensíveis não obriga à decretação do sigilo processual dos autos. Cabe ao juiz, se entender

cabível e a depender dos dados e do meio como produzido o documento, decretar o sigilo restrito ao documento específico.

- Enunciado ID 4569: O interesse legítimo do terceiro, mencionado no inciso IX do art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados, não se restringe à pessoa física ou jurídica singularmente identificadas, admitindo-se sua utilização em prol de grupos ou da coletividade para atividades de tratamento que sejam de seu interesse.

- Enunciado ID 4334: A proteção ampliada conferida pela LGPD aos dados sensíveis deverá ser também aplicada aos casos em que houver tratamento sensível de dados pessoais, tal como observado no §1º do art. 11 da LGPD.

- Enunciado ID 4568: O patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo.

- Enunciado ID 5016: O consentimento do adolescente para o tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 14 da LGPD, não afasta a responsabilidade civil dos pais ou responsáveis pelos atos praticados por aquele, inclusive no meio digital.

- Enunciado ID 5017: Aplica-se aos conceitos de criança e adolescente, dispostos no art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados, o contido no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- Enunciado ID 5146: A proteção conferida pela LGPD não se estende às pessoas jurídicas, tendo em vista sua finalidade de proteger a pessoa natural. (Jornada Direito Civil, 2022).

Comenta do direito básico à proteção de dados, atualmente anunciado pelo Congresso Nacional e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que os princípios da proteção de dados aplicam-se a todos os ramos do direito, inclusive às esferas de segurança pública e investigação criminal. (Jornada Direito Civil, 2022).

Assim, entende-se que o processo legal, os artifícios gerais de amparo e os direitos do titular previstos na LGPD aplicam-se ao tratamento de dados que tenha com finalidade a segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), sem prejuízo de que uma legislação específica seja aprovada e regulamente de forma detalhada o tratamento de dados nessas áreas.

Madaleno (2020) relata que, atualmente, indivíduos passaram a armazenar todos os tipos de bens (fotos, músicas, vídeos, livros etc.) em serviços de nuvem virtual,

denominadas de clouds, renunciando a aposentos físicos, como se habituava usar em tempos pretéritos.

Porém, tempos atrás, as preocupações na herança eram nos bens materiais, imóveis, automóveis, contas correntes, aplicações financeiras e bens móveis, além de alguns outros que possuíam baixo valor econômico, como as fotografias, cartas, diários, documentos, detentores de valor afetivo, que nem eram divididos em um artifício sucessório. Contudo, estamos numa época em que os bens são trocados por outros que são guardados em “um disco rígido externo, ou um lugar chamado internet.” (MADALENO, 2020, p. 50).

Com a morte do titular, seu perfil nas redes sociais, especialmente naquelas protegidas pelo acesso a partir de *login* e senha, continua ativado, o que causa uma situação desconfortável no meio familiar, em razão de se tornar uma maneira de sentir a presença do *de cuius*, tendo acesso aos seus últimos momentos em vida, seus últimos pensamentos, suas últimas vontades e inspirações...

Leal (2019) destaca em seus estudos que, quando morre um indivíduo que faz uso da internet, fica armazenado tudo o que foi inserido no meio digital, publicado e obtido em vida pela pessoa, o qual continua em um “limbo, sem direção específica, e, frequentemente, sem qualquer vontade expressa do usuário a respeito dessas informações.” (p. 50-51).

O assunto é relacionado e tem base constitucional, pois, os perfis de redes sociais, os e-mails, as conversas privadas, as fotos, os vídeos e os documentos particulares são íntimos e privados de seu titular. Estão amparados pelo manto dos direitos e garantias previstas na Constituição Federal de 1988, na proteção da intimidade e da vida (art. 5º, X) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).

[...] conversas em redes sociais e troca de e-mails que compõe a esfera da intimidade/privacidade não são passíveis de serem herdadas, tendo em vista que são direitos da personalidade e, como regra, intransmissíveis. Assim, as mensagens internas ou tudo que não público dentro das contas digitais, incluindo-se, por exemplo, e-mails sem conteúdo econômico, são direitos personalíssimos, relacionados à privacidade e intimidade e, em princípio, não fazem parte da herança digital, por serem bens intransmissíveis. (GRECO, 2019, p. 23)

Para Tartuce (2019, p. 87) que ao tecer conclusões acerca da transmissão da herança digital, assim disserta: É preciso diferenciar os conteúdos que envolvem a tutela da

intimidade e da vida privada da pessoa daqueles que não o fazem para, talvez, criar um caminho possível de atribuição da herança digital aos herdeiros legítimos, naquilo que for possível. Os dados digitais que dizem respeito à privacidade e à intimidade da pessoa, que parecem ser a regra, devem desaparecer com ela. Dito de outra forma, a herança digital deve morrer com a pessoa.

Sendo assim, cuida-se de hipótese bastante restrita e que, num primeiro momento, até legitimaria a utilização do codicilo como instrumento de planejamento sucessório de bens digitais, mas que, numa segunda mirada, indica exceção. Logo, o Congresso pretende ampliar a aplicação do codicilo para o legado de bens digitais, indistintamente. Todavia, considera-se a eventual aprovação legislativa tornaria por subverter o instituto do codicilo e, simultaneamente, endereçaria de modo equivocado a sucessão *causa mortis* dessa categoria de bens jurídicos

A maior dificuldade do legislador é a rápida reinvenção da internet com formas novas, criando crimes novos, e infelizmente há uma certa demora para se criar e aprovar leis no Brasil. Portanto, é indispensável encontrar meios de adaptar a herança digital na nossa legislação, sendo que não há regramento específico.

Marçal Filho indicou o projeto lei de nº 4.847 de 2012 com a finalidade de estabelecer que os bens virtuais do falecido, sejam transmitidos para os sucessores, igualmente como os outros bens.

Veja-se como seria o acréscimo no Código Civil vigente:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas a respeito da herança digital.

Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação: Capítulo II-A Da Herança Digital

“Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – senhas;

II – redes sociais;

III – contas da Internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos. Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido; a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) - apagar todos os dados do usuário ou; c) - remover a conta do antigo usuário."

Art. 3º - Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação nossa. (Marçal Filho. Câmara dos Deputados, Projeto Lei,2012).

Em seguida, foi exibido novo projeto de autoria do Senador Jorginho de Mello, com o requerimento para que tenham modificações para que este artigo no ordenamento jurídico envolva a era digital, pois, diante da evolução da tecnologia, o sistema normativo exige mudanças, no que se refere a este tema.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança de qualidade patrimonial.

Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art.1.788.

Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança." (NR) Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Assim, o assunto da comunicação *causa mortis* dos bens digitais não está defendida totalmente pelas complicadas leis dispostas do Código Civil Brasileiro. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), que "constitui aberturas, garantias, direitos e obrigações para o uso da Internet no Brasil", apesar de dispor sobre o direito à reserva de informações pessoais e da própria vida, nada tratou sobre a herança digital. Na mesma linha, a recente Lei de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), também não abordou a questão.

Em 2020 foi oferecido pelo Deputado Gilberto Abramo o projeto lei nº 3050/2020, no qual haveria uma mudança no artigo 1.788 do Código Civil. Segundo esse projeto de

lei, que contou com um anexo (projeto nº 3051/20), dando continuação para que tivesse mudança na Lei do Marco Civil da Internet, adicionando o artigo 10 "A, que estabelecia como comprovante sobre o destino de contas na internet após a morte do titular, que poderia ser por testamento, uma forma de respeitar a memória do "de cujus". Novamente tendo outro projeto lei apensado a estes, agora o de nº 410/2021, dando seguimento àquele artigo 10 "A".

Contudo, a herança digital ainda não é regulamentada no Brasil, apesar do crescente número de pedidos de acesso às redes sociais de falecidos. Exatamente por não haver uma regulação no Brasil sobre a herança digital é que se recomenda a elaboração de um testamento. (LEAL, 2019)

No testamento registrado em cartório, a pessoa menciona um herdeiro para seus bens digitais ou especificar a vontade de não os transferir para alguém – ou mesmo deletá-los, o que já está previsto no artigo 1.857 do Código Civil. Outro conceito oferecido pelas plataformas e que funciona como um testamento digital informal é a possibilidade de indicar as pessoas que terão acesso aos seus dados após a morte.

A herança digital pode ser compreendida como essa mesma herança, tradicionalmente conceituada nos manuais de Direito Civil, só que o objeto mais específico, qual seja, o patrimônio virtual do de cujus, consistente em tudo o que ele pôde guardar em espaço virtual quando em vida, incluídos aí os arquivos digitais, como fotos, músicas, vídeos e livros, estejam eles armazenados na memória de um computador ou em serviços de nuvem virtual; as redes sociais; as contas da internet; enfim, qualquer bem ou serviço virtual de titularidade do autor da herança. (PEREIRA, 2018, p. 41).

Tartuce (2018) ainda que seja aceitável que tenha um testamento particular no meio eletrônico, é necessário conferir suas condições legais, como a assinatura do testador, conhecimento do teor e assinatura de três testemunhas, bem como não ter no documento rasuras ou espaços vazios.

A assinatura de um testamento particular no setor digital pode ser realizada por meio de assinatura eletrônica, garantindo a origem, integridade e autenticidade do documento, é preciso entender que a assinatura digital não é sinônimo de digitalização de uma assinatura, é somente escaneada de uma pessoa. (SILVA, 2021).

Percorre na Câmara dos Deputados, o **Projeto de Lei 1.689/2021**, que fixa regras para provedores de aplicações de internet tratem perfis, páginas, contas, publicações e dados pessoais de pessoas falecidas, o projeto incorpora ao Código Civil ferramentas apropriadas para dar aos sucessores hereditários maior tranquilidade e conforto em um

momento difícil da vida. O herdeiro digital poderá manter ou editar as informações ou transformar o perfil ou página da internet em memorial em honra da pessoa que morreu. (ZAMPIER, 2021).

Diversas famílias não conseguem desfazer do acervo digital do ente falecido, e necessitam apelar ao Judiciário e tratar assuntos referentes à herança digital, seja para solicitar a eliminação do perfil do falecido em redes sociais, ou para ter acesso aos mais variados dados digitais do de cujus.

Portanto, há cerca de uma década o Judiciário começou a receber os primeiros casos envolvendo a herança, sendo poucos os julgados a respeito, no entanto, a jurisprudência brasileira não é pacífica quanto a sua transmissão aos herdeiros. Os casos envolvendo discursões judiciais acerca da herança digital despertam a curiosidade das pessoas e em razão disso são sempre divulgados pela imprensa.

Deste modo, quando se trata de "herança digital", até que haja uma regulamentação específica sobre o assunto, o ideal é tratar da sucessão digital em vida, assegurando, assim, a vontade do seu titular, bem como a possibilidade de o direito de o herdeiro vir a usufruir de determinado bem.

2.4 O PAPEL DAS REDES SOCIAIS COMO FACEBOOK E INSTAGRAM NO CASO DE MORTE DO USUÁRIO

Inseridas na análise de mídias sociais, as redes sociais estão diariamente em processos de produção de informações num fluxo rápido e contínuo, em que se há tecnologia, serviços, conteúdos, plataformas e propagandas coexistindo em igual patamar. (ROCHA e TREVISAN, 2020)

As redes sociais mais acessadas pelo brasileiro, o Facebook e o Instagram, que se evidenciam como plataformas virtuais de relacionamento e que também tem valor comercial, em se tratando de compra e venda de produtos e serviços, virando uma grande vitrine comercial. Os usuários que produzem são aquelas pessoas que criam e publicam seu próprio conteúdo nas redes sociais, desejando expressar suas identidades e serem reconhecidas. (RÉVILLION et al., 2019).

Sendo assim, perante acréscimo nas ações que requisitam o acesso do espólio às redes sociais no caso de morte do usuário, as plataformas virtuais tiveram que agir de forma individual e administrativa, para conter essa demanda da sociedade. Ao ir de encontro a legislação sobre os bens digitais e sua destinação após a morte do usuário, as empresas responsáveis pelo armazenamento desses conteúdos, se viram obrigadas a tomar iniciativas próprias.

Hoje em dia, o judiciário somente admite o acesso ao perfil do *de cuius* depois do ajuizamento de ação requerendo a eliminação ou ingresso nas redes sociais do ente falecido e, ainda, não existindo previsão expressa em testamento sobre quem deverá ter acesso as redes sociais do usuário falecido.

RÉVILLION et al. (2019) afirma que perante do silêncio legislativo quanto à herança digital especificamente das redes sociais, as plataformas virtuais criaram um método de sucessão próprio para caso de morte do usuário cadastrado.

Essas redes sociais permitem que tenha a influência do legado digital da conta, havendo a alteração da conta em um memorial para os amigos e familiares ou pedindo a exclusão do perfil, sendo incapaz o acesso ao conteúdo íntimo do perfil do usuário falecido.

“Em alguns casos, como o Google, por exemplo, há a possibilidade de que o usuário opte por um “testamento digital”, informando, em caso de morte, quem será o responsável pelo seu perfil” (BARRETO e NETO, 2016, p.5).

2.4.1 Facebook

Na rede social Facebook, para romper o acesso ao perfil dos usuários que já faleceram se dá pela criação de um perfil memorial ou pela exclusão da página do usuário morto, que passará a ser administrado por aquela pessoa que foi indicada pelo próprio usuário quando ainda em vida, que irá ter acesso ao perfil transformado em memorial, resguardando a privacidade do falecido.

O Facebook também dispõe de duas alternativas para preservar à privacidade dos usuários falecidos, preservando os interesses tidos em vida, e após a morte, onde o usuário, seu perfil pessoal, observa-se que nas configurações gerais da conta, aparece de maneira explícita à opção para decidir o que acontecerá com a conta após o falecimento.

Há, também, as alternativas em escolher o que acontece com a sua conta após a morte, com a opção da escolha de alguém para cuidar dela após seu falecimento, o que seria um “herdeiro” e, adiante você pode optar pela exclusão da conta. Isso se concretizará quando alguém, após a sua morte, informar o Facebook sobre tal fato.

2.4.2 Instagram

Já o Instagram tem determinadas semelhanças e diferenças do Facebook, onde, o conceito de perfil também tem na plataforma, permitindo a mudanças da conta do usuário em um ambiente de homenagens virtuais dentre seus entes familiares e seguidores. Porém, a diferença é que no Instagram, ainda que a conta do usuário falecido seja transformada em um memorial para lembrar a vida da pessoa, não haverá possibilidade de ninguém acessar a conta, ainda que *in memoriam*. “Depois que a conta é transformada em memorial,

ninguém pode alterar as publicações ou as informações existentes nela” (INSTAGRAM, 2021).

A retirada da conta virtual do Instagram do falecido precisa ser requerida à plataforma somente por meio de seus parentes, requer documentos que provem a relação de parentesco, admitindo que seja representante legal da pessoa ou do seu espólio.

Desta forma, o Poder Judiciário precisa ficar atento a estas situações para adequar o ordenamento jurídico a essas políticas de uso das redes sociais para que haja efetivamente uma segurança jurídica igualitária. Ademais, é evidente a adoção do entendimento doutrinário majoritário à impossibilidade de herdar as redes sociais do *de cujus*, por meio de sucessão legítima, sendo uma afronta direta à garantia constitucional do direito à privacidade e personalidade do falecido, em detrimento do direito a herança mitigado.

Para Barreto e Neto (2016) a saída para este imbróglio sem legislação específica, seria uma forma extrajudicial ainda na feitura da adesão a rede social, indicando ao provedor do serviço, por meio de própria vontade do usuário, que seria o indivíduo, que irá herdar a conta digital, após o falecimento do usuário.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o objetivo da pesquisa foi alcançado, pois através revisão da literatura foi descrita a questão do Enunciado 687 e o patrimônio digital, onde, como foi visto, o assunto sobre a herança digital é muito debatido no âmbito judicial, estabelecendo especial prudência dos operadores do direito na aplicação das ações do direito das sucessões vigentes, de forma que possa ajustar e garantir o exercício do direito fundamental à herança, quando em choque com os direitos da personalidade do *de cujus*.

O ponto central da pesquisa sobre o Enunciado 678, foi na dúvida sobre o destino dos bens digitais armazenados em ambiente virtual quando do falecimento do seu titular. Como descrito na pesquisa, viu-se o testamento digital como ferramenta certa e eficaz para consentir a vontade da pessoa falecida, que ao registrar suas últimas vontades, pode decidir qual o destino de seus bens e ativos digitais. Porém, é indispensável que este testamento digital seja mais usado pela sociedade.

Apesar disso, a barreira aparece exatamente nas hipóteses em que tais disposições não são feitas em vida pelo falecido, ficando uma enorme desordem a ser determinada pelo Direito, ou seja, torna-se possível a transferência do patrimônio sobre o qual não foi realizado testamento. Além de tudo, tem também projeto de lei que pretende regulamentar o codicilo; todavia, essas medidas ainda carecem de maiores discussões.

Em consequência de seu bem econômico ou sentimental, os bens digitais estão no julgamento de bens patrimoniais imateriais, sendo classificados como bens incorpóreos, inconsumíveis, e pode causar ou não rendimentos para o seu titular. Sendo os bens digitais considerados patrimônios, podem, portanto, serem abarcados pelo Direito sucessório.

Desta forma, com a ressalva supramencionada, o acervo digital poderá ser acessado pelos herdeiros, numa espécie de interpretação extensiva do que já dispõe o Código Civil acerca da sucessão.

A herança digital é uma questão emergente no direito sucessório, com muitos desdobramentos, em função da velocidade da internet e com que se criam perfis pessoais e se monetizam bens digitais, e merece uma legislação fundamentada em opiniões dos juristas e especialistas em Direito das Famílias e Sucessões, evitando que seja aprovada uma legislação que não atenda aos anseios da sociedade atual. Diante disso, espera-se que esse trabalho possa contribuir para a cultura do testamento em nosso país

REFERENCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Tecnologia, morte e direito: em busca de uma compreensão sistemática da "herança digital". In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Org.). Herança digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchieta. Herança Digital. Revista Eletrônica Direito & TI, v. 1, n. 5, p. 1-10, 2016. Disponível em: <https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/59>. Acesso em: 13 de mar. 2023.

BOTÃO, Bianca Teixeira; LIMA, Felipe Júnior Vilarim da Cunha. Do armazenamento virtual de bens e seus reflexos patrimoniais e sucessórios sob a égide do Direito brasileiro. 2019. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) - Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), João Pessoa, 2019. Disponível em: <https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/TCC.-BIANCA.TRABALHOCD.pdf>. Acesso em: 13 de mar. 2023.

BRASIL. Lei nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 4.099/2012. Garante aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais.

BRASIL. PL 1.689/2021. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?i>. Acesso em: 5 de mar. 2023.

FACEBOOK. Central de Ajuda. Escolha um herdeiro. Disponível em: https://www.facebook.com/help/991335594313139/escolha-um-contatoherdeiro/?helpref=hc_fnav, 2021. Acesso em: 29 mar. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Roberto. Direito das sucessões: novo curso de direito civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Pedro Teixeira Pinos. Sucessão de Bens Digitais: Quem tem medo do novo? Revista Síntese Direito de Família. v. 20, n. 113, p. 1-23, abr./maio, 2019.

INSTAGRAM. Central de Ajuda. Gerenciar a sua conta. Disponível em: <https://help.instagram.com/231764660354188?helpref=related>, 2021. Acesso em: 29 mar. 2023.

JORNADA DIREITO CIVIL. IX Jornada Direito Civil: comemoração dos 20 anos da Lei n. 10.406/2002 e da instituição da Jornada de Direito Civil: enunciados aprovados. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022. 56 p

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais – Indaiatuba, Editora Foco Jurídico, 2017.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 24 fev. 2023.

MADALENO, Rolf Hanssen. Sucessão Legítima. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Primeiras linhas em Direito Eletrônico. Novembro, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3575/primeiras-linhas-em-direitoeletronico>. Acesso em 25 jan. 2023.

PEREIRA, Caio Mário Silva. Instituições de direito civil. Direito das sucessões. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Volume VII.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do direito civil: direito das sucessões. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6ª ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RÉVILLION, A. S. P. [et al.]. Marketing digital [recurso eletrônico]. Porto Alegre. Sagah, 2019.

ROCHA, M.; TREVISAN, N. Marketing nas mídias sociais. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Marketing em Tempos Modernos).

SILVA, Bruna Menezes. A herança digital e o direito sucessório: a necessidade urgente de regulamentação dos bens digitais. 2021. 98 f. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/15267>. Acesso em: 23 de mar. 2023.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das sucessões. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ZAMPIER, Bruno. Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas digitais. 2.ed. São Paulo: Editora Foco, 2021.

SITES

<http://www.atheniense.com.br/noticias/heranca-digital-ja-chegou-ao-brasil/>. Acesso em 23 mar 2023.

<http://www.forum.pt/descansar/internet-e-tecnologias/6535-qheranca-digital-e-umarealidade-no-reino-unido>. Acesso em 23 mar 2023.

A INCONSTITUCIONALIDADE PELA RECUSADO TESTE DO BAFÔMETRO E A DESPROPORCIONALIDADE DA PENA

RODRIGO CESAR DE SOUZA:

Discente do Curso de Direito da
Universidade Brasil-UB. Campus
Fernandópolis- SP5

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

Resumo: O presente estudo tem por objetivo verificar se através do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, inserido pela Lei Nº 13.281, de 4 de Maio de 2016. E a Lei 11.705/2008 (Lei Seca), existe uma possível inconstitucionalidade pode decorrer da desproporcionalidade ou dosagem da sanção da simples recusa de o motorista efetuar o teste do bafômetro, comparando seu conteúdo com os princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição Federal da República. Além disso, investigar a hipótese de desproporcionalidade da pena e multa causada através desse tipo de método usado pelas autoridades. Nessa linha de raciocínio investiga-se ainda uma segunda vertente: a possível gradatividade da pena imposta acada condutor abordado pelas autoridades policiais sob efeito de bebidas alcoólicas. Diante desses questionamentos, o presente artigo científico busca averiguar, através da metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio do estudo a legislação, livros, artigos científicos e demais publicações disponíveis na internet sobre o assunto, a seguinte hipótese: a aplicação de multa pela simples recusa a se submeter ao etiloteste pode ser considerada inconstitucional? Pode haver a desproporcionalidade da pena mediante teor de álcool encontrado no sangue?

Palavras-chave: Recusa – Etiloteste – Inconstitucionalidade – Lei seca – Bebidas Alcoólicas – Pena - Desproporcionalidade

Abstract: This study aims to verify whether through article 165-A of the Brazilian Traffic Code, inserted by Law No. 13,281, d and 4 d e Maio d e 2016. And Law 11.705/2008 (Prohibition), there is a possible unconstitutionality may result from the disproportionality or dosage of the sanction of the simple refusal of the driver to perform the breathalyzer test, comparing its content with the principles and fundamental rights present in the

5 E-mail: rodrigo_pozzobom@hotmail.com

Federal Constitution of the Republic. In addition, investigate the hypothesis of disproportionality of the penalty and fine caused through this type of method used by the authorities. In this line of reasoning, a second aspect is also investigated: the possible graduation of the penalty imposed on each driver approached by the police authorities under the influence of alcoholic beverages. Faced with these questions, the present scientific article seeks to ascertain, through the methodology of bibliographic research, through the study of legislation, books, scientific articles and other publications available on the Internet on the subject, the following hypothesis: can the application of a fine for the simple refusal to submit to ethylothe be considered unconstitutional? Can there be a disproportionality of the penalty based on alcohol content found in the blood?

Keywords: Refusal – Ethyloeste – Unconstitutionality – Prohibition – Alcoholic Beverages – Penalty – Disproportionality

Resumen: Este estudio tiene como objetivo verificar si a través del artículo 165-A del Código de Tránsito de Brasil, insertado por la Ley N° 13.281, del 4 de mayo de 2016. Y la Ley 11.705/2008 (Prohibición), existe una posible inconstitucionalidad que puede resultar de la desproporcionalidad o dosificación de la sanción de la simple negativa del conductor a realizar la prueba de alcoholemia, comparando su contenido con los principios y derechos fundamentales presentes en la Constitución Federal de la República. Además, investigar la hipótesis de desproporcionalidad de la sanción y multa ocasionada a través de este tipo de método utilizado por las autoridades. En esta línea de razonamiento también se investiga un segundo aspecto: la posible graduación de la sanción impuesta a cada conductor abordado por las autoridades policiales bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Frente a estas preguntas, el presente artículo científico busca determinar, a través de la metodología de la investigación bibliográfica, a través del estudio de la legislación, libros, artículos científicos y otras publicaciones disponibles en Internet sobre el tema, la siguiente hipótesis: ¿puede considerarse inconstitucional la aplicación de una multa por la simple negativa a someterse a la etilotis? ¿Puede haber una desproporcionalidad de la sanción basada en el contenido de alcohol encontrado en la sangre?

Palabras clave: Denegación – Ethyloeste – Inconstitucionalidad – Prohibición – Bebidas alcohólicas – Pena – Desproporcionalidad

1 INTRODUÇÃO

Com o alto índice de acidentes de trânsito envolvendo, na sua maioria, o consumo de bebida alcoólica, obrigando a criação de políticas públicas com o intuito de reduzir

esta significativa onda no país. Essas medidas atingem diretamente o código de trânsito brasileiro, trazendo punições um tanto quanto severas.

Relacionado a isso, foi criada a lei 11.705/08, mais conhecida como Lei Seca. A priori, a supracitada lei, além de trazer penalidades para quem dirigir sob influência alcoólica com o teor acima do permitido, também trouxe a restrição da venda de bebidas alcoólicas nas estradas. Todavia, tal medida desagradou os consumidores locais, tornando-se pouco eficaz.

Em contrapartida, a não venda de bebida alcoólica nos comércios às margens das rodovias não surtiu efeito e assim, houve um aumento na penalidade para o condutor que fosse autuado em flagrante tendo ingerido bebida alcoólica em limites acima do tolerado. Porém, a punição só existiria em duas hipóteses, se comprovado a ingestão de álcool através do dispositivo etilômetro (bafômetro) ou se comprovado o estado de embriaguez e a capacidade psicomotora do motorista afetada através de vídeos ou outros meios.

No ano de 2016, houve a inserção do artigo 165-A, código de trânsito brasileiro (CTB), redação dada pela LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016, na qual impõe que o condutor de veículo automotor que recusar-se a se submeter ao etiloteste, mesmo que, não apresentando o menor sinal de embriaguez, se enquadrará nas penalidades previstas no artigo 165 do CTB, na qual descreve: "multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, por equiparação ao condutor embriagado".

A Constituição Federal de 1988 corrobora, como princípios indispensáveis, o Princípio da Presunção de Inocência, da Não Autoincriminação, dentre outros. Tais princípios descrevem os seguintes pensamentos: "ninguém considerado culpado até que se prove o contrário" e "ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo". Também descrito no Art. 1º, Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 BLITZ E ETILOTESTE

Habitualmente em certas localidades das áreas urbanas de algumas cidades, são formados bloqueios por viaturas policiais, em que se constituem as chamadas "*BLITZ*", na qual tem como objetivo, abordar o condutor do veículo automotor ou de motocicletas, onde o mesmo fica exposto diante de uma autoridade policial, com o intuito de ser realizada uma averiguação de seu veículo e também de seus respectivos documentos, se

estes se encontram de acordo com a regularidade ou se estão de forma irregular de acordo com as leis do Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

A *BLITZ* tem como seu objetivo fundamental e principal, realizar uma rápida observância de, se a documentação de todo e qualquer condutor que esteja transitando pelas vias urbanas que for abordado pelas autoridades, serem vistoriados a documentação do veículo conduzido e também a CNH (Carteira Nacional de Habilitação) do condutor, a fim de que seja feita uma conclusão se os mesmos estão de acordo com as normas das Leis de Trânsito, para assim poderem conduzir seus veículos sem a chance de nenhum tipo de impedimento.

No que concerne o teste do etilômetro, Nucci (2019) define como um aparelho destinado a saber o nível de álcool que uma pessoa tem no sistema sanguíneo, sendo utilizado como referência para as autoridades definirem se o condutor está sob o efeito de álcool no momento que é abordado.

De acordo com Nucci (2019, p. 135) em relação ao exame clínico, entende no artigo 277 do CTB que:

O exame clínico para constatação da embriaguez, igualmente, implica cooperação do acusado. É que referido exame é composto por uma série de testes. Em alguns deles, basta a participação passiva do suspeito. Outros pressupõem um facere por parte deste. Os testes são: aparência, atitude, orientação, memória, faculdade de descrição, prova de cálculo, elocução, andar, coordenação motora, escrita, pulso, hálito. O critério decisivo nessa avaliação é a perturbação motora.

Nosso Código de Trânsito Brasileiro, Lei Nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997, em seu artigo 227, diz:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

§ 1º (Revogado).

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas. (BRASIL, 1997, 110).

Em questão disso, por decorrência de vários tipos de imprudência no trânsito, onde nas quais na sua grande maioria não seja realizada pelo fato de o condutor estar com a sua documentação em desacordo com a lei, mas sim por estarem conduzindo seus veículos parcialmente ou completamente alcoolizados.

Sendo assim, em meio ao grande número de acidentes e mortes desenfreadas em rodovias e acidentes nos centros urbanos, no dia 19 de junho de 2008, entrou em vigor a Lei 11.705, mais conhecida como “Lei Seca”, com o intuito de reduzir acidentes de trânsito gerados por motoristas que estão sob efeito do álcool. Essa lei também gerou grande alteração no Código de Trânsito Brasileiro, onde restringiu quase que por completo o consumo de bebidas alcoólicas por condutores de veículos.

A lei Nº 11.705/08, ou Lei Seca, completou 14 anos em 2022. A lei também alterou o ponto de vista do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e estabeleceu por completo o limite zero com relação ao consumo de álcool associado à direção. Contudo, definiu-se penalidades mais rigorosas para motoristas autuados em flagrante com qualquer nível de embriaguez à direção do veículo.

Outra mudança da chamada Lei Seca também está relacionada ao artigo 306 do CTB, que caracterizou como crime de trânsito a conduta de o motorista dirigir sob a influência de bebida alcoólica com concentração acima de 0,33mg de álcool por quantidade de ar expelido dos pulmões, que fica equivalente a 6 decigramas de álcool por litro de sangue. Para identificar a infração, autuar, e punir os motoristas infratores, foi criada a Blitz da Lei Seca.

2.2 LEI SECA E CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (CTB)

Por isso, sendo a condução de veículos sob a influência de bebida alcoólica considerada como uma infração gravíssima, e vendo que a grande maioria dos acidentes causados nas vias urbanas e rodovias eram por motivos de o condutor do veículo estar alcoolizado, passaram a ser feitas fiscalizações mais rigorosas com a utilização de um dispositivo chamado Bafômetro, no qual consegue identificar através do ar expelido pelo

condutor do veículo, a quantidade de álcool que ele teria consumido antes de assumir a direção da sua motocicleta ou automóvel.

Campanhas de conscientização também passaram a ser feitas com frequência para que as pessoas fiquem sempre alertas ao risco que geram para si mesmas e para outras pessoas.

No entanto, a Lei 11.705/08 reforçou o Artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), e em seu Parágrafo 1º, no qual dispõe:

“Artigo 306. “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

§ 1º. As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I- Concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II- Sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.”

Sendo assim, o condutor do veículo encontrado dirigindo sob a influência de bebidas alcoólicas, que for constatado concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior à 0,3 miligramas ou haver sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora afetada, será enquadrado no código 757-90 da abordagem policial, onde fica responsável pela infração, que conforme descrito no Art. 306, CTB, além de ser condenado à detenção que pode levar de seis meses a três anos, ou a pagar uma multa para o estado estipulada no valor de R\$ 2.934,70, além de ter a sua Carteira Nacional de Habilitação (CNH) suspensa e o motorista perder o direito de dirigir por 12 meses.

Mas como é que o legislador chegou a esse valor da multa, no qual descreve o Art. 306? É simples entender, pois o valor da infração foi baseado na multa pela infração gravíssima, a qual tem o valor de R\$ 293,47 e são multiplicados por 10 vezes, que fica estipulada por Lei, conforme descrito no Art. 165, CTB o qual segue:

“Art. 165: Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.”

Ementa: HABES CORPUS PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III - No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV - Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V - Ordem denegada.

Em sua doutrina, Barroso (2020, p. 47) concorda com a jurisprudência:

[...] esse delito insere-se no rol dos crimes de perigo abstrato, e sua descrição legal não atenta contra princípios constitucionais, porque é científica e estatisticamente comprovado que a condução de veículo automotor por quem ingeriu álcool ou substâncias psicoativas em determinado patamar coloca em risco a incolumidade física e a vida de terceiros, dada a diminuição dos reflexos, da percepção sensorial e da habilidade motora.

Dessa forma, o legislador nos dá a entender que, por motivos de proibição e suspensão da CNH do condutor, seguidas pelas penas de detenção e multa conforme descritos nos Artigos supracitados, ele deixaria de cometer este tipo de delito e diminuiria o grandioso número de acidentes que vinham acontecendo por tais motivos.

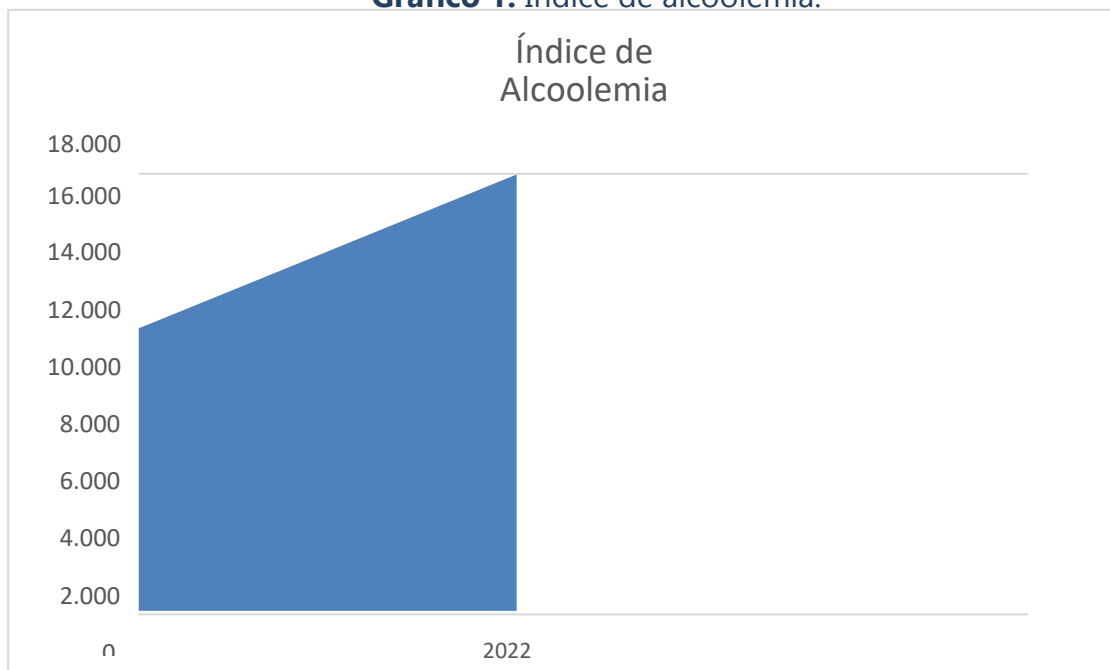
2.3 O CONSUMO DE ÁLCOOL

Durante uma pesquisa realizada de janeiro a julho de 2022, os órgãos responsáveis pela fiscalização do trânsito no Distrito Federal flagraram vários condutores que estavam dirigindo sob efeito de álcool. O Departamento de Trânsito (Detran-DF), juntamente com a Polícia Militar (PMDF) e o Departamento de Estradas de Rodagem (DER-DF) realizaram operações nas principais vias da capital federal em conjunto.

Nesta pesquisa, as instituições responsáveis pela segurança no trânsito flagraram um total de 16.766 condutores que conduziam seus veículos após o consumo de bebida alcoólica. Conforme gráfico abaixo, o total é 54,5% maior do que o registrado dentro do mesmo período comparado ao ano de 2021, quando foram flagrados 10.853.

A questão do álcool é facilmente conexa com o seu impacto no trânsito. Isso porque ao misturar direção sob influência de bebidas com teor alcoólico, o condutor pode responder por crime.

Gráfico 1: Índice de alcoolemia.



Fonte: Elaborado pelo autor (2022)

Conduzir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool é um crime previsto pelo CTB (Código de Trânsito Brasileiro), com pena de detenção de seis meses a três anos. Além disso, ainda pode responder por omissão de socorro, lesão corporal ou até mesmo homicídio, dependendo do caso concreto.

Em relação a isso, os órgãos fiscalizadores entenderam que por conta de o índice de motoristas flagrados alcoolizados ter sido 54,5% no comparativo com o primeiro semestre de 2021. Somente no primeiro fim de semana de julho, 187 motoristas foram flagrados por dirigir sob efeito de álcool, onde o diretor de Policiamento e Fiscalização de Trânsito do Detran-DF, Glauber Peixoto, se manifestou dizendo que esse aumento se dá em razão da intensificação das operações no combate à alcoolemia na direção:

“Estamos focados em preservar vidas no trânsito, mas o álcool, combinado com os demais fatores de dispersão, como o excesso de velocidade ou uso do celular ao volante, são os grandes vilões e aumentam o risco de acidentes”, no qual ressaltou o diretor”.

Em decorrência disso vários condutores foram autuados em flagrante alcoolizados, e recebiam as multas e condenações conforme cada um se enquadrava com a descrição nos artigos 165 e 306 do CTB. Onde entendia-se que a multa que lhes era imposta era

desproporcional ao que deveria ser, pois muitos condutores que foram abordados nas BLITZ, negavam o teste e mesmo assim recebiam a multa.

2.4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Como a Lei do bafômetro não tem um efeito obrigatório, muitos passaram a entender que as multas e condenações que lhes eram impostas afetava uma parte de seus direitos fundamentais descritos no Art. 5º, da Constituição Federal de 1988(CF/88), onde apenas pela simples recusa de se submeter aos testes a eles impostos, sendo principal direito afetado. Fato este pode ser comprovado no descrito no Inciso LXIII, que dispõe:

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: (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;"

No entanto, mesmo recusando-se ao teste, o qual diante da Lei lhes eram lícito, os condutores ainda recebiam as multas auferidas decorrente à autoridade policial entender que o condutor do veículo estava com a sua capacidade psicomotora alterada sem qualquer tipo de prova a qual se basear, e mesmo assim eram conduzidas à Delegacia de Polícia, para realização de exames, na qual de acordo com a Resolução do CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito) Nº 432 de 23/01/2013, conforme seu Art. 3º, Incisos I e II, abordam:

Art. 3º. A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimentos a serem realizados no condutor de veículo automotor:

I - Exame de sangue;

II - Exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

A partir disso, os condutores entenderam que algo de errado feria seus direitos fundamentais e o Princípio da Autoincriminação. Tal princípio, tem previsão no Pactode São José da Costa Rica, que dispõe em seu artigo 8º. 2, G, onde:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoatem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...)

G) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Desse modo, o condutor não fica obrigado a produzir provas contra si mesmo, nem a se declarar culpado, sem que seu silêncio gere algum tipo de ônus a ele. A partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), os tratados relativos aos direitos humanos começaram a vigorar de imediato e ser equiparados às normas constitucionais. Assim, qualquer lei que viole os tratados internacionais, agem em desconformidade com a Constituição Federal e suas normas, por equiparação.

2.5 DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

Em 19 de maio de 2022, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu que a imposição da multa a todos que se recusar ao teste do bafômetro não viola o Princípio da Não Autoincriminação. O STF declarou a total constitucionalidade da Lei 11.705/08, a Lei Seca. Onde a Suprema Corte também validou o artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, estabelecido pela Lei 13.281/2016, que descreve como infração autônoma de trânsito a simples recusa de o condutor de veículo automotor ser submetido ao teste que pode certificar de fato se há influência de álcool.

Dessa maneira, os ministros ressaltaram que a imposição de multa para o condutor que se recusar a fazer o teste do bafômetro não violaria o seu direito à não autoincriminação, pois não há nenhum tipo de penalidade criminal por não fazer o bafômetro, apenas seria uma penalidade administrativa.

Contudo, o STF aprovou o Tema 1.079 de repercussão geral impondo a seguinte tese:

"Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltadas a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (artigo 165-A e artigo 277, parágrafos 2º e 3º, todos do Código de Trânsito Brasileiro, na redação dada pela Lei 13.281/2016)".

O criminalista Diogo Malan declara plena concordância com a decisão do STF, expressando que:

"O privilégio contra a autoincriminação impede quaisquer consequências penais (como a condenação) e processuais penais (como a decretação de prisão temporária) desfavoráveis ao acusado que exerce esse direito fundamental, mas não sanções administrativas."

Também a advogada Paula Sion avalia semelhantemente a decisão do STF de que não há inconstitucionalidade na conclusão do Supremo, dispondo:

"Afinal, não há compulsoriedade em realizar o teste — isso, sim, feriria a garantia à não autoincriminação — mas apenas uma sanção administrativa a quem se recusara fazer o bafômetro."

Na visão da advogada, o direito à vida se sobrepõe a qualquer outro. Portanto, todas as ações contrárias a isso, em relação de coibir o binômio "bebida + direção" são válidas.

2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Para Luiz Roberto Barroso (2020, p. 251), "a razoabilidade consiste em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa". Em conjunto a isso, existe o princípio da Proporcionalidade, que como o próprio nome descreve, torna algo proporcional, ou seja, sem ônus.

Estes princípios impõem limites à Administração Pública na execução dos seus atos, promovendo a regulamentação nas formas proporcionais e sempre razoáveis, e assim, adequando-os ao caso concreto.

Entretanto, a razoabilidade também pode ser definida como a vedação ao excesso. Segundo Barroso (2020, pg.252):

“Sendo possível conter certo dano ambiental por meio da instalação de um filtro próprio numa fábrica, será ilegítimo, por irrazoável, interditar o estabelecimento e paralisar a produção, esvaziando a liberdade econômica do agente. Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio de vedação do excesso”.

Contudo, analisando os argumentos já citados, pode-se afirmar que é cabível ao Estado a fixação de qualquer punição ao condutor simplesmente pela recusa a submeter ao teste do etilômetro, seja ela desproporcional e/ou irrazoável.

Nesse sentido é a lição de Barroso (2020, p.305):

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, termos empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Nessa toada, a efervescência com a verossimilhança da alegação de interesse público no momento da revogação não reflete a mera proteção do interesse privado, qual seja, a empresa vencedora da licitação. Trata-se, pois, de uma preocupação com a efetividade e respeito ao instituto da licitação, bem como ao princípio da fundamentação dos atos administrativos.

Assim, se o instituto da revogação, notadamente nos procedimentos licitatórios, for banalizado por meio da utilização retórica da nomenclatura “interesse público”, licitações poderão ser demasiadamente revogadas por interesses funestos, a exemplo, quando o vencedor seja ele pessoa física ou jurídica, desagradar a expectativa do agente político, o que frustrará os princípios da licitação, especialmente o da impessoalidade, legalidade e moralidade.

2.7 PROPORCIONALIDADE DA MULTA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO OS GRAUS DE EMBRIAGUÊS E A RECUSA DO TESTE DO MOTORISTA

De acordo com Bittencourt (2012) no que se refere ao Direito Penal, o sentido de proporcionalidade estaligado à ideia de que deve haver um juízo de ponderação e proporcionalidade entre a carga punitiva e coatora da pena e o fim perseguido pela pena cominada.

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção.

Portanto, o princípio da proporcionalidade rechaça, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário : o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (GRECO, 2015, p.125)

Sendo assim, desta essencia se extrai duas vertentes, sejam elas, a proibição do excesso, evitando punições desnecessárias de condutas praticadas cujo resultado não sejam tão expressivo (lesivo), bem como no sentido de evitar a excessiva valoração do bem jurídico tutelado, cominando um pena abstrata desproporcional à conduta praticada.

A Jurisprudência dos Tribunais brasileiros tem demonstrado cada vez maior a aplicação do princípio da proporcionalidade em seus julgados, ampliando sua importância em todos os ramos do Direito pátrio, embora Luís Roberto Barroso nos demonstre que o princípio da proporcionalidade no Brasil tem percorrido trajetória modesta. Da mesma forma, Daniel Sarmiento debita à lenta aplicação daquele princípio a visão rígida e esquemática da jurisprudência a propósito da separação de poderes .

Antes da Constituição de 1988, tal princípio vinha sendo acolhido sem ser expressamente abordado, em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal (Rep. 1077, RTJ 112:34; Rep. 1054, RTJ 110:937), só sendo explicitamente reconhecido a partir do julgamento da ADIN 855-2, pelo qual admitiu-se expressamente a violação ao princípio da proporcionalidade. Atualmente, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado, pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobretudo como instrumento para solucionar colisão de direitos fundamentais.

No princípio da proporcionalidade nos leva a crer que só podem ser restringidas na estrita medida em que isso seja necessário para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, de natureza individual ou coletiva. Por isso é que o juízo da proporcionalidade, entre o direito e o dever de informar e os eventuais danos sofridos por outrem pela divulgação da informação.

Nem sempre há consenso da vedação à proteção deficiente em comparação à proteção dos direitos constitucionalmente garantidos, pois, não é possível que o Estado, a pretexto de oferecer ao indivíduo proteção contra seus próprios excessos, retirar ou deixar de oferecer-lhe a necessária proteção, nesse aspecto, a proteção aos direitos fundamentais deve ser integral.

De acordo com Streck:

(...) se de um lado o Estado-legislador deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso – *Übermassverbot*), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo no sentido positivo, representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – *Untermassverb*). (2004, p. 8)

Não se admite, assim, que um direito fundamental seja deficientemente protegido no sentido de que a cominação de pena aquém da importância exigida pelo bem jurídico tutelado, não é possível assim, que o legislador comine uma pena deficiente a delitos que infrinjam bem jurídicos da mais alta relevância, de nível transindividual e individual, tais como o direito da sociedade a um trânsito seguro e o bem da vida, bem jurídicos estes afetados quando da ocorrência da direção sob influencia/efeito de álcool e consequente mortes e lesões no trânsito. (SARLET, 2005).

A Lei nº 13.281/2016, Brasil (2018) trouxe diversas alterações nos artigos já existentes do Código de Trânsito Brasileiro além da inclusão de diversos outros, sendo as duas mais importantes para o presente estudo a alteração do artigo 277 e a inclusão do artigo 165-A ao ordenamento:

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Art. 277 [...] § 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Consoante simples leitura dos artigos supracitados, a simples recusa a realizar quaisquer dos exames já citados nesse estudo, seja o teste do etilômetro ou o exame clínico, acarreta em punição para o condutor. Em suma, se uma pessoa não quiser fazer provas contra ela mesma, ela será punida nos termos do Código de Trânsito Brasileiro.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXTRAIR QUALQUER CONCLUSÃO DESFAVORÁVEL AO SUSPEITO OU ACUSADO DE PRATICAR CRIME QUE NÃO SE SUBMETE A EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: NEMO TENETUR SE DETEGERE. INDICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS JURIDICAMENTE VÁLIDOS, NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTARIA EMBRIAGADO: POSSIBILIDADE. LESÕES CORPORAIS E HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE, EM TESE, CONFIGURAM CRIME. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Não se pode presumir que a embriagues de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo. (BRASIL, 2008).

De fato, a equiparação de negativa à submissão dos exames à infração administrativa do art. 165 do CTB (embriaguez ao volante) – e é isso que o texto legal está

fazendo -, implica em presunção que o condutor estava sob o efeito do álcool. Invertem-se os valores. Ao invés de se presumir a inocência do motorista, presume-se sua culpa em decorrência do fato de se negar a submeter-se àqueles exames.

Sem falarmos que o procedimento que vem sendo adotado, pelos agentes dos impetrados, ao argumento de cumprimento da lei, implica em violação do princípio "Nemo tenetur se detegere", ou da não autoincriminação, ou princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si mesmo.

O significado do princípio nemo tenetur se detegere consiste em dizer que qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal tem os direitos ao silêncio e a não produzir provas em seu desfavor.

Vale lembrar, nesse contexto, o magistério de De Castro (2015, p.57) "embora não tenham exatamente o mesmo conteúdo, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação estão infindavelmente ligados".

Importa registrar, também, que a origem liberal do constitucionalismo norte americano inscreveu referido princípio diretamente na 5ª Emenda à sua Constituição, ao vedar a conjuntura de um suspeito testemunhar contra si próprio, o que foi reiterado em diversos julgamentos da Suprema Corte daquela nação.

Esse princípio é decorrência de outros princípios constitucionais expressos, como o da presunção de inocência e do devido processo legal.

A doutrina, de forma unânime, sustenta o acolhimento deste princípio pela Carta Constitucional de 1988.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, também tem se manifestado no sentido da inconstitucionalidade do artigo, por violar os princípios constitucionais. Analisemos a decisão seguinte: AÇÃO ORDINÁRIA Autor que se volta contra auto de infração lavrado com base na regra do art. 277, §3º, da LF nº 9.503/97, com redação dada pela LF nº 11.705/08 Constitui violação aos princípio nemo tenetur se detegere, ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da isonomia, a aplicação, àquele que opta por não se submeter ao teste de alcoolemia, das mesmas sanções administrativas previstas para a hipótese de dirigir sob influência de álcool Dar tratamento idêntico a

condutas absolutamente diferentes (dirigir sob influência de substância alcoólica e negar-se a se submeter ao teste de alcoolemia), é política legislativa que se estabelece na base de presunção absoluta, cuja prova em contrário deixaria de ter qualquer relevância. De mais a mais, quem deixa de se submeter ao referido exame, a ele não se recusa, exercendo, de outra forma, simples opção resultante da garantia segundo a qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, prevista na Constituição da República (art. 5º, II). Recurso provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1018533-15.2016.8.26.0071, 7ª Câmara de Direito Público/TJSP, rel. Desembargador Luiz Sergio Fernandes de Souza, j. de 07.08.2017);

Nessa decisão, os Desembargadores apontam violação aos princípios da proporcionalidade, ao entender que não havendo sinais de embriaguez, a simples recusa em submeter-se aos testes não pode gerar penalização. Argumentam que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

A partir dos entendimentos acima, extraídos das notas doutrinárias e dos acórdãos citados, ainda que afeta à esfera administrativa, a penalização veiculada no artigo 165-A derroga princípios consagrados no texto constitucional, cumprindo ao judiciário reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo, afastando a sua aplicação no caso concreto.

Neste sentido:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. (GRECCO, 2015, s.p)

Portanto, qualquer norma deve se submeter ao crivo dos princípios, pois só assim atenderão de forma eficaz o interesse público. Esse também deve ser o norte de toda normatização, buscando sempre eleger os meios mais adequados (e menos onerosos aos

direitos e garantias) de forma a conferir validade aos atos praticados na solução dos casos concretos.

Nesse sentido, o condutor tem duas possibilidades:

(i) se submeter ao exame e ter o risco de ser enquadrado no artigo 306, CTB, podendo ser detido e condenado até a três anos de detenção (importante frisar que tratam-se de equipamentos que podem não estar devidamente calibrados);

(i) se recusar a se submeter ao exame, implicando assim na aplicação do artigo 165-A, CTB, tendo que pagar uma multa altíssima, ter seu direito de dirigir suspenso, além de recolhimento do documento de habilitação e seu carro retido.

Dessa forma, mesmo que o condutor escolha não produzir prova contra ele mesmo, será punido. No caso da recusa a realizar o teste do bafômetro, prevista no artigo 165-A, CTB, o condutor será autuado e poderá defender seu direito por meio do processo administrativo previsto no Código de Trânsito Brasileiro.

CONCLUSÃO

A partir da análise das funções retributivas e preventivas da pena, com base na teoria unitária da pena, juntamente à ideia de eficácia destas em relação aos delitos ocasionados por motoristas embriagados, passa-se a tecer algumas conclusões, sem nenhuma pretensão de esgotamento do tema.

Após explorar cada aspecto da norma, nota-se que o Poder Legislativo brasileiro buscou editar a Lei nº 13.281/2016 para alterar o Código de Trânsito Brasileiro com intuito de coibir a direção de veículos automotores após o condutor ingerir bebidas alcólicas ou outra substância psicoativa e preservar as vidas no trânsito.

O direito à vida é o bem maior tutelado por nosso ordenamento jurídico. Logo, deve-se preservar o direito à vida de toda uma coletividade em face do interesse individual/particular, de não soprar ao bafômetro, sob o fundamento de violação ao direito de não produzir prova contra si próprio (*nemo tenetur se deterege*) e a integridade física.

Tem-se a supremacia do interesse público de manter afastado das ruas um indivíduo que dirige sob a influência de álcool. Portanto, a imposição do teste do bafômetro faz-se necessária, sendo uma prova lícita, imprescindível para a configuração dos crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, em especial, o artigo 306, já que este exige para a

configuração do crime, a presença de pelo menos seis decigramas de álcool por litro de sangue.

Nesse trilhar, a simples recusa do condutor a realizar o teste do bafômetro/etilômetro após ser abordado por autoridade competente gera punições no âmbito administrativo, mesmo que não esteja comprovada a ingestão de tais substâncias. Caso escolha fazer o teste e o resultado seja positivo, a pessoa poderá responder penalmente por seus atos.

Outro ponto de imprescindível relevância é que o endurecimento da lei traz sim resultados positivos, tal conclusão advém do fato de que com o a promulgação da Lei Seca houve uma diminuição nos acidentes de trânsito causados por motoristas ébrios, talé um fato, constatado por estatísticas, o que corrobora ainda mais a eficácia que um aumento de pena, aliado a outros fatores trará.

Saliente-se que, se é patente a necessidade de alteração na mencionada legislação, tornando-a mais rigorosa, também é latente a impossibilidade deste “endurecimento” advir do judiciário, no sentido de aplicação do dolo eventual sem critérios, visto que aplicar o dolo eventual para punir mais severamente o indivíduo, em situações que claramente não se aplica tal instituto, é desrespeitar os conceitos caros ao Direito Penal e Processual Penal.

Conclui-se, pois, que concomitantemente à rigidez da Lei, deve haver a adoção e outras medidas que objetivem este fim, frisa-se, pois, que no presente estudo não se desmerece a implementação de outras medidas, ao contrário, entende-se que uma legislação rígida não funcionará isoladamente, sem a implementação de medidas políticas, estruturais e educacionais, o que ocorre é que o foco escolhido no trabalho foi a cominação de uma pena mais eficaz, mais rigorosa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 15. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BRASIL. LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016. Dispõe sobre a alteração da Lei nº9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13281.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2022.

BRASIL. Artigo 8 do Decreto nº 678 de 06 de Novembro de 1992. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/157671260/artigo-8-do-decreto-n-678-de06-de-novembro-de-1992>. Acesso em 02 de novembro de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 93.916/PA. David Miranda de Almeida x Superior Tribunal Justiça. Relator: Carmem Lúcia. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 26 de junho de 2008. DJ de 27/06/08.

BRASIL. Lei nº 13.281 de 4 de maio de 2016. Altera o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília: Planalto, 4 maio 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13281.htm. Acesso em: 11 mai. 2023.

CORREIO BRAZILIENSE. Índice de motoristas flagrados alcoolizados é 54,5% maior que em 2021, postado em 05/07/2022 às 10:07. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2022/07/5020080-indice-demotoristas-flagrados-alcoolizados-aumenta-em-2022.html>>. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. Decisão do STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-01/advogados-divergem-multa-quem-recusarteste-bafometro#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Fedentendimento>>. Acesso em: 01 de novembro de 2022.

COORDENAÇÃO DO COMITÊ DO MPPR DE ENFRENTAMENTO ÀS DROGAS. Informe Mensal de janeiro de 2022. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Informativos_/2022/Informe_Mensal_01_22.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2022.

CONTRAN. Resolução CONTRAN Nº 432 DE 23/01/2013. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250598>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

CTB Digital. ART. 165. Disponível em: <<https://www.ctbdigital.com.br/artigo/art165>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

DE CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro. INFLUXOS DA LEI 12.971/14 NOS DELITOS DE HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO, EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DISPUTA AUTOMOBILÍSTICA NÃO AUTORIZADA. Ano 2015.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes de Trânsito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2019, p. 45-46

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Direito ao silêncio: garantia à não autoincriminação. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direitoconstitucional/o-direito-ao-silencio-e-o-principio-da-presuncao-de-inocenciagarantias-a-nao-autoincriminacao>>. Acesso em 01 de novembro de 2022.

RELATÓRIO ESTATÍSTICO DE SEGURANÇA VIÁRIA. Observatório Nacional De Segurança Viárias – 2018. Disponível em: <<https://www.flipsnack.com/observatorio/relat-rio-estat-stico-de-seguran-a-vi-ria-iilcool-comp.html>>. Acesso em 31 de outubro de 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista brasileira de ciências criminais, v. 47, p. 60-122, 2014. Disponível em : <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em de 25 de janeiro de 2015

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 53, p. 223-251, 2014.

FAMÍLIA MULTIESPÉCIE: CONCEITO E IDENTIFICAÇÃO DE UMA NOVA ENTIDADE FAMILIAR

CLEBER JUNIO FURLAN VERNECHIO:

graduando em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis⁶.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho busca analisar a viabilidade de um reconhecimento da família multiespecie como uma entidade familiar dentro de uma relação entre humano-animal. No decorrer da pesquisa será apresentado o conceito de família convencional, conceito jurídico e legislações específicas que regulamenta o tema.

Palavras-chave:Família. Multiespécie. Animais Domésticos. Direito Civil.

1. INTRODUÇÃO

O modelo família multiespécie gera hoje muitas dúvidas jurídicas, diante disso que vamos justificar a presente pesquisa. Hoje não se tem legislação específica vigente para tratar do tema. Essa entidade familiar se conceitua como aquela formada pelo casal e um animal de estimação, caracterizando como membros da família, espécies biologicamente diversas, a relação homem versus animal se mostra existente há muitos anos e com a evolução da sociedade essa relação vem se modificando, sendo notado um vínculo de interação maior entre humano-animal, denominada assim a família multiespécie. Vimos também que não se tem amparo quando se fala em humanização dos animais, pois eles se enquadram no ordenamento jurídico como “coisa”, levando em consideração que não são vistos como seres racionais, sobre isso muitas famílias brasileiras compreendem seus animais como emotivos, tendo como a qualidade humana, uma vez que, muitos são elevados ao patamar de filhos. Portanto, no geral vamos analisar que na falta de uma legislação para tal tema, deve ser priorizada relação humano-animal. Vamos observar três objetivos específicos, de início apresentar o conceito de Família, suas formas de entidades familiares e em específico a família.

2. DESENVOLVIMENTO

⁶ E-mail: clebervernechio@hotmail.com

Hoje se tem variadas formas de família, todas seguindo a efetividade na união, harmonia entre seus membros, o afeto e idealizada diante de uma busca pela felicidade no eixo familiar. Trazemos então às denominações de entidades familiares feitas por Flávio Tartuce (2012, p. 28):

Família matrimonial: decorrente do casamento. Família informal: decorrente da união estável. Família homoafetiva: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, já reconhecida por nossos Tribunais superiores. Família monoparental: constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores com os seus filhos. Família anaparental: segundo o Professor da USP: "se baseia no afeto familiar mesmo sem contar com pai e nem mãe." Família eudemonista: conceito utilizado para identificar a família pelo seu vínculo afetivo, pois nas palavras de Maria Berenice Dias, citando Belmiro Pedro Welter, a família eudemonista "busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros (TARTUCE, 2012).

A evolução social compactua com alterações legislativa relacionado à família, seguindo a sociedade e tendo objetivo de evoluir no conceito familiar, priorizando o afeto. Portanto, à relação humano-animal no decorrer dos anos vem sendo cada vez mais instigada pelas famílias, estabelecendo assim um conceito de família multiespecie, o animal de estimação vem sendo viabilizado dentro de uma relação conjugal como um ser racional, emotivo e não como uma "coisa" igual o ordenamento jurídico os enquadra. Diante disso buscamos como objetivo uma possível inserção no meio jurídico a família multiespécie como uma entidade familiar.

De acordo com Constituição Federal (1988), alcançou a sociedade e a família, sendo diretamente o núcleo familiar, evidenciando a possível introdução e entendimento sobre novas concepções de família, usando a igualdade entre homem e mulher, protegendo a todos. Especificamente iremos analisar juridicamente a possível evidência de uma nova entidade familiar.

Nos dias atuais o animal de estimação vem recebendo a denominação de "pet", levando em consideração o tratamento dado pelos seus donos, muito das vezes equiparam esses animais a filhos, gerando um vínculo de afeto, cuidado, apego entre humano-animal, sendo considerados parte da família. Motivado nesse aspecto muito aderente em nossa sociedade hoje, se tratando não somente de uma possível e aparente entidade familiar entre humano-animal, mas também a uma proteção e amparo jurídico para os donos desses animais de estimação.

São cada vez mais comum as pessoas se referirem aos animais como "bebês", "filhos", "netos" ou algum outro grau de parentesco. Esses termos têm sido amplamente utilizados no mercado pet, onde anúncios e comerciais empregam linguagem familiar. No entanto, o uso desses termos pode levar a uma interpretação equivocada sobre a natureza do relacionamento com o animal, se considerado isoladamente e sem a presença de atividades típicas de uma família.

Por exemplo, uma das principais ambiguidades do discurso familiar no mercado pet é que o animal é tratado como uma mercadoria, como um objeto, mas ao mesmo tempo é considerado um membro da família. Em propagandas, encontramos afirmações como "seja a melhor mãe do mundo para seu filhote" e em anúncios "estou vendendo filhote da raça Y com pedigree porque ele não se adaptou ao meu apartamento e está destruindo minha mobília". A partir dessa análise, fica claro que o uso de terminologias familiares e o provável afeto pelo animal não necessariamente implicam em consideração moral.

Consideração moral é a preocupação com as consequências que certas ações podem ter para os outros. Um indicador fundamental em um relacionamento é a capacidade de fazer sacrifícios em prol do animal, como investir tempo e dinheiro em sua saúde quando adoecem, ou fazer mudanças de planos para garantir o seu bem-estar.

Embora o afeto nas relações com animais de estimação seja comum, ele não é suficiente para caracterizar a relação como familiar. Por exemplo, cães de grande porte geralmente não são permitidos dentro de casa e, portanto, não participam da rotina familiar. Eles são considerados mais como animais de guarda do que como animais de estimação, o que resulta em menos sacrifícios feitos em seu nome.

Da mesma forma, algumas famílias adquirem ou adotam animais apenas para fazer companhia às crianças, e os adultos acabam não desenvolvendo um vínculo tão forte com o animal. Esses animais podem viver dentro de casa e receber cuidados básicos de higiene e saúde, mas raramente são tratados com gestos que demonstram afeto, como carinho, conversas, trazer para perto de si, cheirar, beijar e deixar-se lamber. Em contrapartida, os animais considerados membros da família recebem esses gestos demonstrativos diariamente.

Os animais que são verdadeiramente tratados como membros da família interagem com seus donos em todos os ambientes da casa, especialmente nos quartos, onde podem dormir na cama ou ter sua própria cama dentro do quarto. Esses animais considerados membros da família influenciam o planejamento da rotina, que é definida levando em consideração os horários de alimentação e passeio do animal.

Por outro lado, os animais considerados "propriedade", embora compartilhem uma parte significativa do espaço e estejam presentes diariamente, não são considerados parte da família. Eles se adaptam à rotina da família, e não o contrário.

A família multiespécie pode ter diferentes arranjos e combinações das características mencionadas acima. No entanto, para caracterizar uma família multiespécie, é ideal identificar pelo menos três das cinco características mencionadas anteriormente. O fenômeno de considerar os animais como membros da família é mais comum em áreas urbanas. Algumas pessoas veem essa nova relação como um desafio entre a espécie humana e as espécies canina e felina. É importante ressaltar que os animais de estimação não ameaçam a definição de humanidade, eles apenas criam uma maior proximidade, sem alterar o sistema geral de classificação dos seres vivos.

Com o número crescente de animais de estimação nas residências e sua consideração como "filhos" da família, é esperado que houvesse demandas judiciais relacionadas à custódia de animais de companhia, como em casos de dissolução de uniões estáveis ou divórcios, e até mesmo questões relacionadas à guarda e prestação de alimentos para os animais de estimação. É necessário criar uma legislação adequada para regular essa nova realidade social, estabelecendo regras que possam determinar a melhor situação para o animal. O detentor do pedigree do animal pode ser uma pessoa, mas o verdadeiro dono que cuida do animal como um filho pode ser outro. Em casos de adoção, onde o animal não possui documentos, como determinar quem tem as melhores condições ou o maior afeto pelo animal?

Tudo relacionado a esse assunto é relativamente novo, e as decisões judiciais até o momento têm sido inovadoras, pois não tratam os animais apenas como propriedade. Os juízes têm priorizado o bem-estar do animal ao tomar uma decisão, baseando-se no Direito de Família, com as devidas adaptações referentes à guarda dos filhos. Enquanto uma legislação específica não for elaborada, as decisões estão sendo tomadas com base nas circunstâncias e no melhor interesse do animal.

O bem-estar do animal tem como vetores: condições de vida, frequência com que a pessoa vai interagir com o animal, presença de outros animais ou crianças no lar, e a afeição dirigida ao animal. O melhor interesse do animal é dividido em físico e psicológico. E a procura pelo melhor interesse do animal acontece porque os animais possuem inteligência e sensibilidade, sendo capazes de experimentar e retribuir o afeto dos donos. O número de lares com animais de estimação já supera o número dos que possuem crianças, e já foi mais que comprovado o vínculo paterno-filial entre os donos e seus pets, principalmente após as notícias sobre os casos de disputa judiciais relativas à guarda de animais de companhia no Brasil.

Apesar da mudança social, os animais de estimação ainda são classificados como mera propriedade, mas esse fato pode ser mudado já que o judiciário vem aceitando que os pets merecem uma proteção legal mais “humana” e digna. O reconhecimento da família multiespécie é irrefutável e esse reconhecimento passará para o mundo jurídico quando for criada uma legislação especial com base no Direito das Famílias ou por analogias desse ramo. E para criação dessa legislação é preciso levar em conta o reconhecimento dos animais como seres sencientes, e admitir que eles não sejam meros bens semoventes, mas sim seres vivos sensíveis, que dependem de seus donos para certificação de seu bem-estar, e por isso precisam de uma proteção jurídica especial.

3. A (IM) POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO JUDICIALMENTE EM DIVÓRCIO LITIGIOSO: DA GUARDA, VISITA E ALIMENTOS PARA OS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO.

Hoje se tem uma perspectiva de que o sentimento humano diante dos animais vem evoluindo de maneira pragmática, ficando concreto o relacionamento humano-animal a não tão somente ser um semovente, e sim de direitos. Por consequência, acontecendo à rotura de uma relação conjugal cabe ao judiciário no caso de litígio decidir como ficará a vida do animal de estimação, colocando as suas condições de vida. Dias (2016, p. 720), vem dizendo que “findo o casamento ou a união estável, são alvo da partição não só bens de conteúdo econômico. Modo frequente, o casal tem animais de estimação que geram discórdia sobre quem ficará com eles. Assim, possível estipular não só a custódia, mas também o direito de convivência e o pagamento de alimentos”.

Dentro do ordenamento jurídico, podemos citar em relação ao instituto de guarda, visitas e alimentos na relação humana, o Código de Processo Civil no seu artigo 693, redige, “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação” (BRASIL, 2015). Nesse contexto podemos relacionar a aplicação desses institutos aos animais domésticos, sendo que até então somente está previsto aos humanos, dentro da doutrina há diferentes posições de aplicar ou não, vale mencionar o que diz Rosa (2019, p. 204):

Destaca-se, por oportuno, que o reconhecimento de tais direitos não possam, por óbvio, ser confundidos com aqueles atribuídos a guarda de filhos. Isso porque, o reconhecimento jurisprudencial do vínculo afetivo com os animais de estimação e sua importância no momento presente não importa na aplicação dos institutos historicamente criados para a proteção das crianças e adolescentes, sendo afastado dessa maneira a possibilidade de

guarda compartilhada, sendo elemento estranho ao reconhecimento de direito de convivência dos pets com os integrantes da relação afetiva.

Nosso ordenamento jurídico Brasileiro quando se aduz sobre demandas aos animais de estimação é vago sobre a temática, ficando a critério dos operadores do Direito decidir sobre essas demandas. Em relação ao tema, há um projeto de lei nº62/2019, apresentado em 04/02/2019, por Fred Costa – PATRI/MG, que “Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências.” (BRASIL, 2019) este projeto foi submetido à apreciação do Senado Federal.

O projeto de lei nº62/2019 vem para preencher o espaço vago que está dentro do ordenamento jurídico referente a alimentos, guarda e visitas, sendo efetivado esses direitos após um rompimento de qualquer divórcio litigioso, união estável. Sobre a guarda dos animais de estimação a referente lei diz que: “Art.4º. A guarda dos animais de estimação classifica-se em: I–unilateral: quando concedida a uma só das partes; ou II–compartilhada, quando o exercício da posse responsável for concedido a ambas as partes” (BRASIL, 2019).

Hoje temos algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ, vale ressaltar o Recurso Especial nº1713167 SP 2017/02039804-9 (BRASIL, 2018), o caso se tratava de uma dissolução de união estável, em que o casal estava junto por mais de sete anos, sendo pelo regime de comunhão universal de bens, tendo aquisição de um animal de estimação na constância do relacionamento e existindo intenso afeto de ambas as partes com o animal de estimação, o casal separou-se afirmando que não haviam bens a serem partilhados. Então o requerente pleiteou perante o juízo de primeiro grau pedindo o direito de realizar visitas ao animal, pois mesmo após a separação ele realizava visitas, mas foi impedido, sendo argumentado por sua ex-companheira que estava lhe causando angústia. De primeiro plano foi negado o direito ao requerente, o juiz disse que os animais não seriam integrantes da relação familiar.

Posteriormente, no STJ o Relator Ministro Luís Felipe Salomão acatou ao pedido pela regulamentação de visitas, uma vez que ficou evidenciado o afeto do Requerente pela cadela, dizendo que perante a uma omissão legislativa diante de um afeto humano-animal, pode-se conceder por analogia e análise do caso concreto decidir sobre a regulamentação. Conforme diz o Ministro (BRASIL, 2018):

“Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o

tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade").

Em relação às despesas proporcionadas pela manutenção de um animal de estimação (ração, petiscos, consultas, vacinas), geram um elevado custo para o guardião do animal, vale ressaltar que também vem aumentando as despesas com veterinários e tratamentos devido ao alto grau de afeto, cuidado, carinho, com esses animais. Diante dessa perspectiva, podemos analisar a possibilidade de concorrer ao pagamento de possível pensão alimentícia para o animal há ambos os guardiões.

Recentemente, um caso relacionado a uma mulher que entrou com pedido de pagamento de pensão alimentícia contra seu ex-companheiro afim de obter ajuda nas despesas de sete animais que haviam sido adquiridos na união estável. Em decisão inédita a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ (RIO DE JANEIRO, 2018) decidiu nos autos do processo nº 0056698-31.2017.8.19.0000, que o ex-companheiro deveria pagar o valor de R\$150,00 (cento e cinquenta reais) por animal, ou R\$1.050,00 (um mil e cinquenta reais) integral ao título de alimentos.

Esta decisão é pautada diante de muita controvérsia, pois não há nada regulamentado ainda sobre o tema, observando ainda a falta dessa legislação específica, o judiciário não pode ficar intrêmulos e deixar de decidir alegando a inexistência de uma lei, mas sim julgando conforme diz à Lei de introdução às normas do direito Brasileiro (LINDB, 1942);

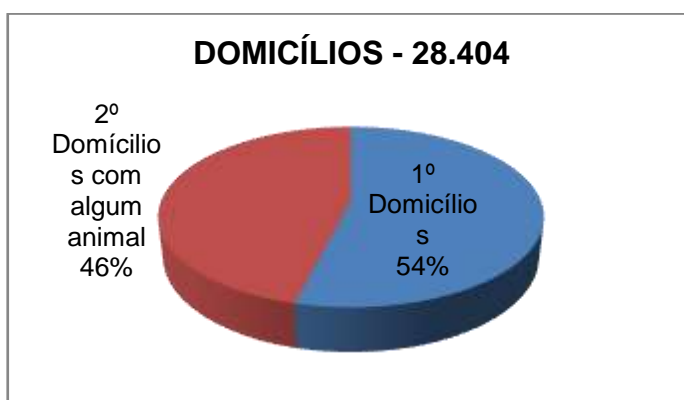
Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

De forma factual, é possível sim a instituição da família multiespécie, principalmente porque vem se vislumbrando dentro da sociedade, no ordenamento jurídico ou até mesmo em uma família tradicional, certos aspectos relevantes na relação humano-animal, nota-se que o animal de estimação hoje é bem-vindo no âmbito familiar por vários aspectos, sendo alguns deles como o da segurança que os animais trazem, companheirismo por estar sempre perto e afeto como forma de amor carinho. O fato de ter um animal de estimação e cuidar dele de forma incisiva, levando até ao patamar de

ser considerado filho é compatível e caracterizado como uma família multiespécie, sendo esse vínculo humano-animal muito forte, é possível entrevê a instituição da família multiespécie.

4. CITAÇÃO

De acordo com IBGE que divulgou dados da Pesquisa Nacional de Saúde (2019), realizado em 28.404 (vinte e oito mil e quatrocentos e quatro) domicílios no Brasil, cerca de 46% deles possuem cães, gatos, sendo considerado, que a maioria desses animais estão inseridos no âmbito familiar através do afeto e fortalecendo esse vínculo, como retrata o gráfico:



Fonte: IBGE – Pesquisa Nacional de Saúde (2019)

A escritora Calmon de Oliveira vem esclarecer um pouco o motivo na qual os animais de estimação acabam criando um certo vínculo funcional de filhos dentro de famílias.

Devido à instabilidade dos casamentos, o número de nascimentos de crianças nas classes médias diminuiu, aparecendo o cão como mediador entre o casal, muitas vezes no lugar da criança. A dificuldade de relacionamento entre as pessoas faz com que o animal seja um elemento com grande potencial de proporcionar afetividade sem produzir prejuízos ou riscos. (OLIVEIRA, 2006, p. 39).

Desta forma, vêm surgindo no Brasil e na esfera internacional uma luta pelo reconhecimento dos direitos de minoria consequente do processo evolutivo social, este que é fruto de uma era globalizada, tornando assim, aceitável a pluralidade de novos arranjos familiares que acabam por ultrapassar os limites da idealização jurídica positivada. Nesse sentido, Horón José e Amanda mencionam que:

O conceito de família está além de uma simples relação consanguínea ou grau de parentesco, sendo muito mais caracterizada pelo vínculo afetivo entre os seus membros, de modo que surgiram novas formas de família, tais como a monoparental, homoafetiva, reconstituída, bem como a família multiespécie, calcadas basicamente, nos mesmos fundamentos da família eudemonista(GORDILHO; COUTINHO, 2017).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os donos de animal de estimação podem ser presenteados com o reconhecimento do seu animal como familiar, seguindo o aspecto de vivência contínua humano-animal. Com o passar dos anos, evolução da humanidade, vínculos afetivos diversos e o direito como pilar da construção dessas formas familiares pode também resguardar esses animais diante dos seus donos.

Notamos que é possível o reconhecimento da família multiespécie usando analogia diante dos casos concretos, embora não seja pacífico, mas sendo viável sim tutelar judicialmente a regulamentação de visitas, guarda e alimentos em relação a animais de estimação, usando como o fator central de que a família multiespécie é pautada no afeto, amor e carinho, se tornando assim o animal um membro da família, em alguns casos equivalem a filhos, não consanguíneos, mas sim pelo vínculo afetivo bem fechado e cautelado.

6.REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 1 de setembro 2022.

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.**Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 28 de abril de 2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book. Acesso em: 10 de outubro 2022.

GORDILHO, Horón José de Santana; COUTINHO, Amanda Malta. Direito Animal e o fim da sociedade conjugal. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, v. 5, n. 2, 2017, p. 05.Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/16412> Acesso em: 10 de setembro 2002.

IBGE. **Domicílios com algum cachorro, por situação do domicílio.** Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, 2019. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/4930#resultado> Acesso em: 30 de outubro 2022.

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 21 de agosto 2022.

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/113105.htm. Acesso em: 29 de setembro 2022.

OLIVEIRA, Samantha Brasil Calmon de. **SOBRE HOMENS E CÃES: Um estudo antropológico sobre afetividade, consumo e distinção.** 2006. Disponível em: http://patastherapeutas.org/wp-content/uploads/2015/07/Estudo_an...pdf. Acesso em: 25 de outubro 2022.

PROJETO DE LEI n.º 62 de 2019. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1706878&filename=PL+62/2019. Acesso em: 18 de setembro de 2022.

ROSA, Conrado Paulino Da. **Curso de direito de família contemporâneo.** 5.ed. rev., ampl.E atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. Acesso em: 18 de setembro 2022.

SUPERIOR TRIBUNA DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 1.713.167 –SP 2017/0239804-9.** Recurso Especial. Direito Civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília – DF, 19 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>. Acesso em: 26 de agosto de 2022.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J.F. **Direito Civil: Direito de Família, volume 5,** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2012. Acesso em: 23 de novembro 2022.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo nº 0056698-31.2017.8.19.0000.** Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Couto de Castro. Reconhecimento / Dissolução / União Estável ou Concubinato / Família / DIREITO CIVIL. 22/08/2018. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700270254>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

DESMISTIFICANDO O CURSO TÉCNICO EM SERVIÇOS JURÍDICOS E NOTARIAIS: UMA ANÁLISE DA MATRIZ CURRICULAR, PERFIS INSTITUCIONAIS E PAPEL DO PROFISSIONAL NA ESTRUTURA JURÍDICA

ANDRÉ JALES FALCÃO SILVA:

Advogado (OAB/CE 29.591), especialista em Direito Empresarial, Direito Civil e Processual Civil. Também, é pós-graduado (lato senso) em Direito Público, Direito Privado, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Resumo: O Presente artigo científico apresenta uma análise sobre os cursos técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais e sua relação com a graduação em Bacharelado em Direito. Detalhes sobre a certificação desses cursos também são abordados. Além disso, é discutida a matriz curricular do curso técnicos e tecnólogos em relação à graduação em Direito e o perfil das instituições de ensino habilitadas a oferecer esse curso. O perfil do docente dos cursos em análise também é apresentado. Além disso, será apresentado como os cursos de formação técnica se relacionam com o bacharelado em Direito, na perspectiva da estrutura dos cursos e da formação profissional promovidas por cada um deles. Por fim, as funções do profissional com formação técnica em serviços jurídicos e notariais em escritórios de advocacia são analisadas.

Palavras-chave: Ensino jurídico, Instituição de ensino, Serviços Jurídicos e Notariais, Escritório de Advocacia.

Sumário: 1 – O curso de Serviços Jurídicos e Notariais; 1.1– A relação dos cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais e a Graduação em Bacharelado em Direito; Detalhes sobre a certificação de cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais; 2- A Matriz Curricular dos cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais em face à matriz Curricular do Bacharelado em Direito; 3 – Perfil da Instituição de Ensino habilitada para oferecer os cursos Técnicos e Tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais; 4 – Perfil do Docente dos cursos Técnicos e Tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais; 5 – O curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais e o novo Ensino Médio; 6 – Funções do profissional com formação técnica em serviços jurídicos no apoio ao Operador do Direito.

Introdução

Nos últimos anos, observamos um crescente interesse em cursos técnicos e tecnólogos voltados para a área jurídica, em particular o Curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais. Essa formação tem despertado debates e críticas em relação à sua relevância, qualidade e sua relação com o Bacharelado em Direito.

O objetivo deste artigo científico é desmistificar o Curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais, realizando uma análise abrangente de sua matriz curricular, perfis institucionais e o papel desempenhado por seus profissionais na estrutura jurídica. Para tanto, será realizada uma análise comparativa entre os cursos técnicos e tecnólogos em serviços jurídicos e notariais e o bacharelado em direito, buscando entender a relação entre essas formações e sua importância na área jurídica. Para o estudo, é necessário delimitar alguns pontos fundamentais, conforme veremos:

No primeiro ponto, será apresentado uma contextualização sobre o curso de Serviços Jurídicos e Notariais, bem como a relação existente entre os cursos técnicos e tecnólogos nessa área e o Bacharelado em Direito. Serão abordados também detalhes sobre a certificação desses cursos técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais, destacando suas respectivas validades e seus respectivos reconhecimentos no mercado de trabalho.

O segundo ponto se dedicará a uma análise detalhada da matriz curricular dos cursos técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais, confrontando-a com a matriz curricular do Bacharelado em Direito. Serão identificadas as principais diferenças e semelhanças entre essas formações, bem como a adequação de cada uma delas às demandas do campo jurídico.

No terceiro ponto, será discutido o perfil das instituições de ensino habilitadas a oferecer os cursos técnicos e tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais. Serão abordadas as características dessas instituições, sua capacidade de fornecer uma formação sólida e relevante, bem como sua credibilidade perante o mercado e a sociedade.

No quarto ponto, o foco será voltado para o perfil do docente dos cursos técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais. Serão analisadas as competências e qualificações necessárias para atuar como docente nessa área, levando em consideração a importância do corpo docente na formação dos estudantes.

O quinto ponto abordará a relação entre o curso técnico em Serviços Jurídicos e Notariais e o novo Ensino Médio, explorando como essa formação se enquadra nas mudanças e reformulações do sistema educacional.

Para encerrar, no sexto ponto, serão discutidas as funções do profissional com formação técnica em serviços jurídicos no apoio ao Operador do Direito. Será destacado o

papel desempenhado por esses profissionais no suporte às atividades do campo jurídico, contribuindo para a eficiência e agilidade do sistema jurídico como um todo.

Ao desmistificar o Curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais, esperamos contribuir para um melhor entendimento dessa formação e sua importância no contexto jurídico. Ao analisar a matriz curricular, os perfis institucionais, os docentes envolvidos e a relação com as inovações legislativas educacionais mais recentes, nosso objetivo é fornecer uma visão mais abrangente sobre a formação técnica em serviços jurídicos e notariais.

A existência desses cursos técnicos e tecnólogos tem suscitado debates acerca da sua relevância em comparação ao Bacharelado em Direito. Alguns questionam se essas formações podem equiparar-se em termos de conhecimento e preparação profissional, levando em consideração as especificidades e complexidades da área jurídica.

Nesse sentido, a análise da matriz curricular se torna fundamental. Compreenderemos quais são as disciplinas e competências abordadas nos cursos técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais, comparando-as com as do Bacharelado em Direito. Será possível identificar os pontos de convergência e as lacunas existentes em cada formação, além de avaliar a adequação dessas matrizes curriculares às demandas do campo jurídico contemporâneo.

Além disso, consideraremos o perfil das instituições de ensino responsáveis pela oferta desses cursos. Analisaremos sua reputação, qualidade de ensino, corpo docente qualificado e infraestrutura adequada para proporcionar uma formação sólida aos estudantes. Esses aspectos são cruciais para garantir a validade e o reconhecimento dos cursos técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais perante o mercado de trabalho e a sociedade em geral.

Outro fator determinante é o perfil do docente envolvido na formação dos estudantes. Investigaremos as habilidades, conhecimentos e experiências necessárias para lecionar nesses cursos, compreendendo a importância de um corpo docente qualificado e atualizado. A expertise dos professores influencia diretamente a qualidade da formação oferecida aos alunos.

Ademais, consideraremos o impacto das inovações legislativas em torno da Educação, especialmente na formação técnica em serviços jurídicos e notariais. Analisaremos como essa modalidade de ensino se insere nas mudanças estruturais do sistema educacional, avaliando seus benefícios e desafios na preparação dos estudantes para a área jurídica.

Abordaremos as funções do profissional com formação técnica em serviços jurídicos no apoio ao Operador do Direito. Compreenderemos como esses profissionais desempenham um papel fundamental no suporte às atividades jurídicas, contribuindo para a eficiência e agilidade do sistema jurídico como um todo.

Através dessa análise abrangente, buscamos desmistificar o Curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais, fornecendo subsídios para uma compreensão mais precisa de sua importância e relevância no campo jurídico. A partir disso, poderemos promover uma reflexão embasada sobre o papel desses cursos na formação de profissionais aptos a atuar no sistema jurídico, contribuindo para o aprimoramento da justiça e da democracia em nossa sociedade.

Por fim, salientamos que o Presente artigo é um recorte da monografia de Título: “Aula de Campo no Centro Histórico de Fortaleza: uma ferramenta de Metodologia Ativa para potencializar o aprendizado na formação de tecnólogo em Serviços Jurídicos e Notariais. apresentada à Faculdade Serra Geral, como requisito parcial para a obtenção de título de Especialista pela conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Docência no Ensino Superior.

1 – O curso de Serviços Jurídicos e Notariais

Os cursos Técnicos e Tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais⁷ promovem uma formação voltada para a capacitação de profissionais que desejam atuar na área jurídica, tanto em escritórios de advocacia quanto em cartórios ou órgãos públicos. Essa formação é de nível médio e tem duração média de dois anos.

O perfil profissional do técnico em Serviços Jurídicos e Notariais⁸ deve ser de uma pessoa comprometida com a ética e com as leis, organizada, comunicativa e com boa habilidade de negociação. O aluno que se matricular nesse curso deve estar preparado para estudar temas como Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Trabalhista, Direito Tributário, Direito Penal e noções de Direito Notarial, além de estar atualizado sobre as mudanças na legislação brasileira.

Nessa perspectiva, o campo de atuação desse profissional é vasto e inclui trabalhar em escritórios de advocacia, departamentos jurídicos de empresas, cartórios,

7 IFPB. Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia do Paraná. PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO TÉCNICO INTEGRADO EM SERVIÇOS JURÍDICOS - Palmas, PR, 2014. Disponível em: <https://palmas.ifpr.edu.br/wp-content/uploads/2017/07/PPC-curso-t%C3%A9cnico-em-servi%C3%A7os-jur%C3%ADdicos-corrigido-pela-Ju.pdf> Acesso em 02 de março de 2023

8 Universidade Brasil. Núcleo de Educação à Distância. PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO SUPERIOR DE TECNOLOGIA EM SERVIÇOS JURÍDICOS – São Paulo, SP, 2019. Disponível em: https://universidadebrasil.edu.br/portal/_biblioteca/cursos/informacoes/20190821165328.pdf

tribunais, órgãos públicos, escritórios de contabilidade e setores jurídicos de empresas privadas atuantes em diversas áreas, que podem variar desde construtoras e incorporadoras a empresas de segurança privada.

Em geral, o profissional com formação em Serviços Jurídicos e Notariais é responsável por auxiliar advogados, magistrados e delegatários em atividades relacionadas ao Direito, como a elaboração de contratos, petições, análise de processos, atendimento a clientes, entre outras atividades.

As principais oportunidades para esse profissional estão no setor jurídico, tanto em empresas da iniciativa privada quanto em órgãos públicos⁹. Há também demanda por profissionais com formação em Serviços Jurídicos e Notariais em escritórios de advocacia e cartórios, uma vez que esses profissionais são responsáveis por auxiliar na administração dos processos e documentos.

A grade curricular do curso Técnicos e Tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais pode variar de acordo com a instituição de ensino, mas geralmente inclui disciplinas como noções de Direito, como Direito Civil, Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Tributário, Ética e Deontologia Jurídica e disciplinas próprias da Contabilidade e Administração.

Algumas instituições também oferecem disciplinas específicas relacionadas ao funcionamento de cartórios, como organização cartorária, registro civil de pessoas naturais, registro de imóveis, protesto de títulos e notas. O curso também pode oferecer aulas práticas, que permitem aos alunos colocar em prática os conhecimentos teóricos adquiridos em sala de aula.

1.1 – A relação dos cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais e a Graduação em Bacharelado em Direito

Embora o curso Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais tenham suas ofertas disciplinada pelo Decreto nº 5.154/2004 e a graduação em Bacharelado em Direito sejam ambos voltados para a área jurídica, há diferenças significativas entre as duas formações.

Em primeiro lugar, a graduação em bacharelado em Direito é um curso superior, com duração média de cinco anos. Já os cursos Técnicos ou Tecnólogos em Serviços

⁹ IFMG. Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia de Minas Gerais. PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO TÉCNICO EM SERVIÇOS JURÍDICOS, SUBSEQUENTE, EAD- Governador Valadares, MG, 2016. Disponível em: https://www.ifmg.edu.br/governadorvaladares/cursos/tecnico/tecnico-em-servicos-juridicos-subsequente/ppc_tsj.pdf Acesso em 02 de março de 2023.

Jurídicos e Notariais possuem duração média de dois anos. Isso significa que o bacharel em Direito tem uma formação mais ampla e aprofundada em diversos ramos do direito, incluindo disciplinas teóricas, práticas e estágios obrigatórios. Por outro lado, o profissional com formação em Serviços Jurídicos e Notariais tem uma formação mais específica e direcionada para atividades práticas na área jurídica.

Além disso, a graduação em Direito é uma formação mais ampla (Martinez, 2005), que prepara o estudante para atuar como advogado, juiz, promotor, procurador, defensor público, entre outras carreiras jurídicas. Já os cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais são mais focados em atividades específicas, como a administração de processos e documentos em escritórios de advocacia e cartórios.

Outra diferença importante é em relação ao conteúdo programático. O bacharelado em Direito inclui disciplinas como Teoria Geral do Direito, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Trabalhista, Direito Tributário, Direito Internacional, entre outras.

Já o profissional com formação em Serviços Jurídicos e Notariais tem uma formação mais específica, que inclui disciplinas como noções de Direito, Direito Civil, Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, além de disciplinas específicas relacionadas ao funcionamento de cartórios, como organização cartorária, registro civil de pessoas naturais, registro de imóveis, protesto de títulos e notas.

Vale destacar que a graduação em Direito é um requisito obrigatório para o exercício de algumas carreiras jurídicas, como a advocacia, o magistrado e o Ministério Público. Já os cursos Técnicos e Tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais não é um pré-requisito para atuar na área jurídica, mas pode ser um diferencial no recrutamento e na seleção para empregos em escritórios de advocacia e cartórios.

Portanto, conforme a legislação educacional vigente no País¹⁰, a graduação em bacharelado em Direito é uma formação mais ampla e aprofundada, que prepara o estudante para atuar em diversas carreiras jurídicas. Já os cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais possuem um caráter mais específico e direcionado para atividades práticas na área jurídica, como a administração de processos e documentos em

10 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9594/96. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm Acesso em: 02 mar 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 13.415/2017. Altera as Leis n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113415.htm. Acesso em: 02 mar 2023.

BRASIL. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Brasília: Ministério da Educação; Secretaria de Educação Básica; Diretoria de Currículos e Educação Integral, 2013b.

escritórios de advocacia e cartórios. Ambas as formações têm seus méritos e são importantes para quem deseja trabalhar na área jurídica.

1.2 – Detalhes sobre a certificação de cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais

De acordo com a legislação brasileira vigente, tanto a certificação em cursos técnicos quanto os diplomas de tecnólogos e bacharelados, assim também como diplomas de cursos de licenciaturas são reconhecidos como certificações válidas de formação profissional. No entanto, é importante destacar que há diferenças significativas entre essas certificações, em especial a distinção entre os cursos de caráter Técnico e Tecnólogo, o que pode influenciar o peso atribuído por empregadores e órgãos públicos.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) estabelece em seu artigo 44 que os cursos de tecnologia são considerados de nível superior, assim como os cursos de bacharelado e licenciatura. Além disso, o Decreto nº 5.154/2004 regulamenta a oferta de cursos técnicos e tecnológicos no país, reconhecendo a equivalência de diplomas e certificados de conclusão de cursos de tecnologia aos de cursos de bacharelado e licenciatura.

Portanto, a diferença essencial entre curso Técnico e o curso Tecnólogo habita no grau de escolaridade. Enquanto o curso Técnico é um curso de nível médio, o Tecnólogo é um curso de nível superior, sendo uma graduação. Ademais, o curso Tecnólogo tem duração mínima de dois anos, podendo a instituição de ensino oferecer em até quatro anos.

Por outro lado, o curso técnico pode ter uma duração de seis meses, de caráter profissionalizante, a três anos, o que faz se aproximar do curso tecnólogo em profundidade do conhecimento e carga horária.

Além do mais, existem diferenças no requisito de admissão para cada uma dessas modalidades. No curso Tecnólogo, exige-se a conclusão do Ensino Médio por se tratar de uma graduação, inclusive passando por processo de vestibular. Enquanto para cursar um curso Técnico não exige qualquer requisito, podendo ser administrado concomitantemente ao Ensino Médio. Por fim, o curso Tecnólogo traz disciplinas de gestão, o que pouco se vê na oferta de cursos de nível Técnico.

Assim se vê que os profissionais com certificação em curso Tecnólogo têm os mesmos direitos e prerrogativas dos graduados em cursos de bacharelado e licenciatura, incluindo a possibilidade de continuar seus estudos em cursos de pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado).

No entanto, isso não significa que o diploma de um curso Técnico seja desvalorizado no mercado de trabalho. Pelo contrário, existem diversas áreas em que a formação técnica é muito valorizada, especialmente em setores que demandam conhecimentos específicos e habilidades práticas.

Em relação aos concursos públicos, o peso atribuído aos diplomas de curso de formação de nível médio e superior pode variar de acordo com o edital e com as exigências específicas de cada cargo. Em alguns casos, pode haver a exigência de uma formação de nível superior para determinados cargos, o que tornaria o diploma de Tecnólogo mais valorizado. Em outros casos, pode haver a exigência de uma formação técnica específica, o que valorizaria o diploma de cursos técnicos.

Assim, se vê que embora o diploma de Tecnólogo seja geralmente visto como uma formação mais abrangente e aprofundada, o diploma de curso Técnico também pode ser valorizado em áreas que demandam conhecimentos específicos e habilidades práticas. No entanto, em concursos públicos, o peso atribuído a cada diploma pode variar de acordo com as exigências específicas de cada cargo.

Em síntese, Além de possuírem majoritariamente estruturas curriculares diferentes em termos de disciplinas e carga horária, os cursos Técnicos e Tecnólogos se distinguem essencialmente pelas suas respectivas certificações. Em termos gerais, o certificado de um curso Técnico é considerado uma formação de nível médio, enquanto o diploma de Tecnólogo é considerado uma formação de nível superior.

2- A Matriz Curricular dos cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais em face à matriz Curricular do Bacharelado em Direito

Em geral, tanto a grade curricular do curso Técnico quanto do curso Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais abrangem os principais conceitos e práticas relacionados ao direito e aos serviços jurídicos, mas também contempla outras áreas importantes para a atuação profissional, como a contabilidade e a administração.

A seguir, um levantamento das disciplinas mais recorrentes do curso de serviços jurídicos notariais e suas respectivas competências atribuídas:

- (a) Noções de Direito: Nesta disciplina, os alunos são apresentados aos conceitos básicos de direito e à estrutura do sistema jurídico brasileiro. São abordados temas como as fontes do direito, a hierarquia das leis, a organização do poder judiciário e a função dos diferentes órgãos jurídicos. Além disso, os alunos aprendem sobre direitos e deveres individuais, sociais e políticos, bem como sobre a divisão de poderes no Estado.

- (b) **Direito Civil:** O estudo do direito civil tem como objetivo principal apresentar aos alunos os conceitos e institutos fundamentais do direito privado. Entre os principais assuntos abordados nesta disciplina, destacam-se a personalidade jurídica, a capacidade civil, a sucessão, os contratos, as obrigações, os bens e a propriedade.
- (c) **Processual Civil:** A disciplina de Processual Civil tem como objetivo principal apresentar aos alunos as regras e procedimentos que regem o processo judicial na esfera civil. Entre os principais assuntos estudados nesta disciplina, destacam-se a jurisdição, a competência, as partes no processo, as provas, a sentença e os recursos.
- (d) **Direito Penal:** Nesta disciplina, os alunos estudam as normas que regulam as infrações penais e as sanções aplicáveis aos infratores. São abordados temas como a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade, as causas de exclusão de ilicitude e de culpabilidade, as penas e as medidas de segurança.
- (e) **Processual Penal:** A disciplina de Processual Penal tem como objetivo principal apresentar aos alunos as regras e procedimentos que regem o processo judicial na esfera penal. Entre os principais assuntos estudados nesta disciplina, destacam-se a jurisdição, a competência, as partes no processo, as provas, a sentença e os recursos.
- (f) **Direito do Trabalho:** O estudo do direito do trabalho tem como objetivo principal apresentar aos alunos as normas que regulam as relações entre empregados e empregadores. Entre os principais assuntos abordados nesta disciplina, destacam-se a relação de trabalho e de emprego, as garantias trabalhistas, as condições de trabalho, as férias, os salários e as rescisões contratuais.
- (g) **Direito Tributário:** Nesta disciplina, os alunos estudam as normas que regulam a arrecadação e a fiscalização dos tributos. São abordados temas como as competências tributárias, as espécies de tributos, a base de cálculo, a incidência e a não incidência de impostos, as obrigações tributárias e as sanções em caso de descumprimento.
- (h) **Ética e Deontologia Jurídica:** A disciplina de Ética e Deontologia Jurídica tem como objetivo principal apresentar aos alunos os princípios éticos e deontológicos que regem a atuação dos profissionais do direito. Entre os principais assuntos estudados nesta disciplina, destacam-se a independência e imparcialidade dos advogados, a confidencialidade das

informações, a responsabilidade profissional e a conduta ética no exercício da profissão.

- (i) **Contabilidade:** A disciplina de Contabilidade tem como objetivo apresentar aos alunos os principais conceitos e práticas contábeis utilizados em empresas e organizações. Entre os principais assuntos estudados nesta disciplina, destacam-se a contabilidade geral, a contabilidade de custos, a análise de balanços e a elaboração de demonstrações financeiras.
- (j) **Administração:** Nesta disciplina, os alunos estudam os principais conceitos e práticas da administração de empresas e organizações. São abordados temas como planejamento estratégico, gestão de recursos humanos, marketing, finanças empresariais e gestão de projetos.

Aqui, ousamos registrar algumas considerações críticas: A ausência de disciplinas de Direito Constitucional na grade curricular de muitos cursos Técnicos e Tecnólogos com formação em Serviços Jurídicos e Notariais é uma lacuna grave e preocupante na formação desses profissionais. O Direito Constitucional é uma das áreas mais importantes e fundamentais do Direito, pois trata das normas e princípios que regem a organização do Estado e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Além disso, o conhecimento sobre Direito Constitucional é fundamental para a formação humana e cidadã, pois permite que o aluno compreenda a importância da Constituição como um instrumento de proteção dos direitos humanos e da democracia.

A falta dessa disciplina na formação profissional em Serviços Jurídicos e Notariais pode resultar em profissionais que desconhecem os princípios e valores fundamentais da Constituição, comprometendo a qualidade do serviço prestado e a garantia dos direitos dos cidadãos.

Em outras palavras, é essencial que as instituições que oferecem os cursos Técnicos e Tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais incluam o estudo do Direito Constitucional em sua grade curricular, a fim de formar profissionais mais qualificados e conscientes de sua função social.

Além disso, a formação em Serviços Jurídicos e Notariais é fundamental para quem deseja atuar no campo do direito e da justiça. No entanto, é preocupante perceber que muitas das instituições que oferecem essa formação não incluem disciplinas de história e sociologia em seus currículos. Essas disciplinas são essenciais para uma formação completa e sólida em ciências humanas e sociais aplicadas, e sua ausência pode prejudicar significativamente a compreensão e a prática do direito.

A história é uma disciplina que permite entender o desenvolvimento das sociedades, seus conflitos e transformações ao longo do tempo. Ao estudar a história, os alunos de Serviços Jurídicos e Notariais podem compreender a evolução das leis e das instituições jurídicas, bem como as relações de poder que influenciam o sistema judiciário. Além disso, a história também ajuda a entender as raízes dos problemas sociais e políticos atuais, o que pode ser útil para formular soluções mais eficazes.

A sociologia, por sua vez, é a disciplina que estuda a sociedade, suas estruturas, relações e transformações. Ela oferece uma visão crítica das relações sociais e dos fenômenos culturais que afetam a vida em sociedade. Ao estudar a sociologia, os alunos de Serviços Jurídicos e Notariais podem compreender melhor as dinâmicas sociais que influenciam o sistema jurídico, tais como as desigualdades sociais e as relações de poder. A sociologia também ajuda a formular uma visão crítica da justiça e do papel do direito na sociedade.

Sendo assim, a ausência de disciplinas de história e sociologia nos currículos de Serviços Jurídicos e Notariais é preocupante, pois limita a formação dos alunos e os impede de ter uma visão mais ampla e crítica do direito e da justiça. É necessário que as instituições de ensino repensem seus currículos e incluam essas disciplinas, garantindo uma formação mais completa e sólida para os estudantes. Somente assim poderemos formar profissionais mais preparados e conscientes do seu papel na sociedade.

De toda sorte, se vê que a matriz curricular é preparada de forma multidisciplinar de modo que alunos se tornem capacitados para lidar com questões jurídicas em diferentes contextos, seja em escritórios de advocacia, departamentos jurídicos de empresas ou órgãos públicos.

3 – Perfil da Instituição de Ensino habilitada para oferecer os cursos Técnicos e Tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais

No Brasil, as instituições de ensino que oferecem cursos técnicos e tecnólogos possuem diferenças significativas em relação às suas formas de configuração. As instituições que podem oferecer cursos técnicos são geralmente escolas técnicas de ensino médio, institutos federais de educação, ciência e tecnologia e centros de educação tecnológica, que são instituições especializadas em formação profissional.

Já as instituições que podem oferecer cursos tecnólogos são as faculdades e universidades que possuem cursos de graduação tecnológica, que visam a formação de profissionais em áreas específicas do conhecimento.

No entanto, é importante destacar que as instituições que oferecem cursos técnicos e tecnólogos devem se submeter à Resolução CNE/CEB nº 4/2014, que estabelece as diretrizes curriculares nacionais para a educação profissional técnica de nível médio e define os requisitos necessários para a oferta desses cursos.

Dentre os requisitos estabelecidos pela resolução, destacam-se a necessidade de um projeto pedagógico específico para o curso, a existência de corpo docente qualificado, a adequação das instalações e equipamentos às exigências do curso e a oferta de estágios e atividades práticas que complementem a formação teórica.

4 – Perfil do Docente dos cursos Técnicos e Tecnólogos de Serviços Jurídicos e Notariais

A legislação brasileira vigente estabelece que tanto o docente de curso técnico quanto o docente de curso tecnólogo devem ter formação e qualificação adequadas para atuarem como professores.

Além das exigências legais, esses colaboradores enfrentam face a elevada demanda cotidiana, desafios ordem de saúde mental, como a depressão e o *burnout* (Barbosa, 2023). Por hora, nos atemos a precisão do rigor da lei.

As exigências legais impostas para cada um diferem em relação à formação acadêmica, com o docente de curso técnico tendo uma formação mais específica na área de atuação e o docente de curso tecnólogo possuindo uma formação superior mais ampla e aprofundada.

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e a Resolução CNE/CEB nº 6/2012, o docente de curso técnico precisa ter formação mínima em nível médio, acrescida de curso específico na área de atuação. Além disso, o Lei do Sistema Nacional de Educação Profissional e Tecnológica (Lei nº 11.741/2008) estabelece que os professores de cursos técnicos devem ter experiência profissional comprovada de pelo menos três anos na área em que atuam.

Ainda no contexto legal retro referenciado, o docente de curso tecnólogo precisa ter formação superior, com graduação na área de conhecimento em que irá atuar. Além disso, é importante que tenha pós-graduação (especialização, mestrado ou doutorado) na área específica de atuação.

Como se vê, enquanto o docente de curso técnico precisa ter uma formação específica na área em que atua e experiência profissional, o docente de curso tecnólogo deve ter formação superior mais ampla e aprofundada na área de conhecimento em que leciona, com especialização, mestrado ou doutorado.

Por fim, convém destacar que a legislação educacional não impõe exigências para títulos específicos a quaisquer destes docentes, sendo a detenção de título lato ou stricto senso meras recomendações.

5 – O curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais e o novo Ensino Médio

Conforme se vê em outras obras de nossa autoria¹¹, a Reforma do Ensino Médio, também conhecida como Novo Ensino Médio, foi aprovada em 2017 e tem como objetivo aprimorar a qualidade da educação básica no país, buscando uma formação mais completa e alinhada às necessidades do mercado de trabalho. Com a reforma, os estudantes passam a ter mais opções de escolha na definição das disciplinas que irão cursar, podendo optar por itinerários formativos que atendam às suas aptidões e interesses.

O curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais pode ser uma opção de itinerário formativo para os estudantes interessados na área de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. Isso porque a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) estabelece que o curso deve contemplar habilidades relacionadas ao pensamento crítico e à compreensão das questões sociais, culturais, políticas e econômicas que afetam a sociedade.

O curso de Serviços Jurídicos e Notariais na condição de itinerário formativo no novo ensino entendemos que a certificação adequada para esse tipo de curso é a de técnico e não de tecnólogo.

Isso se dá pelo fato da escola de Ensino Médio, por mais que ofereça o itinerário formativo em Serviços Jurídicos e Notariais, não possui a competência para emitir uma certificação equiparável à de um curso de Ensino Superior, como é o caso do curso de tecnólogo.

Para que fosse permitida a emissão de diploma de nível superior pela formação técnica profissional pela escola, ela deveria ser equiparada em algum momento a um Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia (IF)¹² no qual o aluno realiza o Ensino

11 SILVA, André Jales Falcão. A atuação do profissional com formação em direito no novo ensino médio Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 fev 2023. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/61043/a-atuao-do-profissional-com-formao-em-direito-no-novo-ensino-mdio>. Acesso em: 02 mar 2023.

12 "O aluno faz o Ensino Médio no IFSP (assim como em qualquer outro Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia) junto a uma formação técnica. O curso técnico integrado oferece a formação geral de forma integrada à formação profissional. O aluno tem as disciplinas do currículo normal do ensino médio e as específicas do curso técnico escolhido." <https://cursos.ifsp.edu.br/tecnico->

Médio em conjunto com uma formação técnica por meio do curso técnico integrado. Nesse formato, a formação geral é integrada à formação profissional, com o aluno cursando tanto as disciplinas comuns do currículo do Ensino Médio quanto as específicas do curso técnico escolhido. Ao finalizar o curso, o aluno recebe tanto o certificado de conclusão do Ensino Médio quanto o diploma de nível técnico. Isso, entretanto, resvalaria em uma vultosa demanda burocrática.

De todo modo, entre as competências que devem ser desenvolvidas pelos estudantes desse itinerário formativo estão a capacidade de compreender e analisar as relações sociais, econômicas e políticas, bem como de interpretar e produzir textos e documentos diversos.

O conhecimento sobre História, Ciências Políticas, Sociologia e Direito é fundamental para a formação dos estudantes na área de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, já que essas disciplinas permitem uma compreensão mais profunda das questões que afetam a sociedade.

O Direito, por exemplo, é visto como um reflexo dos usos e costumes de uma sociedade em determinado tempo, sendo fundamental para a compreensão das questões legais e jurídicas que afetam a sociedade (Alcântara, 2017). Assim, o conhecimento das demais Ciências Humanas e Sociais Aplicadas é fundamental para a formação de cidadãos críticos e preparados para atuar no mundo do trabalho, especialmente na área jurídica.

Além disso, o curso Técnicos em Serviços Jurídicos e Notariais permite que os estudantes desenvolvam habilidades importantes para a sua formação profissional, como a capacidade de interpretar textos legais e contratos, atuar na elaboração de peças jurídicas, lidar com questões relacionadas à ética e deontologia profissional, entre outras.

Com o Novo Ensino Médio, o curso Técnico em Serviços Jurídicos e Notariais se torna uma opção importante para os estudantes interessados em atuar na área jurídica, oferecendo uma formação prática e específica para as demandas do mercado de trabalho. A BNCC, por sua vez, reforça a importância do curso e das habilidades que ele desenvolve para a formação de cidadãos críticos e preparados para atuar no mundo do trabalho.

6 – Funções do profissional com formação técnica em serviços jurídicos e notariais no apoio ao Operador do Direito.

O profissional com formação em serviços jurídicos e notariais é essencial para o bom funcionamento de um escritório de advocacia. Esses profissionais podem desempenhar diversas funções, como auxiliar o advogado na elaboração de documentos,

integrado/#:~:text=O%20aluno%20faz%20o%20Ensino,espec%C3%ADficas%20do%20curso%20t%C3%A9cnico%20escolhido. Acesso em: 6 de março de 2023.

controlar prazos processuais, realizar pesquisas de doutrina e jurisprudência, atender clientes e até mesmo participar de audiências (Alcantara, 2017).

Uma das principais funções do profissional técnico ou tecnólogo em Serviços Jurídicos e Notariais em um escritório de advocacia é auxiliar o advogado na elaboração de documentos jurídicos, como petições, contratos e pareceres. O profissional pode realizar pesquisas de doutrina e jurisprudência, a fim de embasar os argumentos utilizados pelo advogado nas peças processuais. Além disso, pode realizar a revisão dos documentos, garantindo a qualidade e a precisão das informações contidas nos mesmos.

O Profissional com formação em Serviços Jurídicos e Notariais também é responsável pelo controle dos prazos processuais, ainda na perspectiva de Alcântara (2017), garantindo que as petições sejam apresentadas dentro do prazo legal. Esse controle é fundamental para evitar a perda de prazos e conseqüentemente a perda do direito do cliente.

Outra função importante do profissional com formação em serviços jurídicos e notariais é o atendimento ao cliente. Esse profissional pode receber os clientes no escritório, realizar o primeiro atendimento, identificar o objeto da demanda e encaminhar o caso para o advogado responsável.

Embora a formação desse profissional seja voltada para o nível operacional, ele tem contato com disciplinas relacionadas à administração e à contabilidade, o que lhe confere habilidades e conhecimentos úteis para apoiar o operador do Direito.

O conhecimento em administração, por exemplo, pode ajudar o profissional a gerenciar melhor o fluxo de trabalho do escritório, organizando prazos, documentos e correspondências. Já a habilidade em contabilidade pode auxiliar na gestão financeira do escritório, por meio do controle de despesas e receitas, gerenciamento de contas a pagar e a receber, e elaboração de relatórios financeiros.

Em síntese, o profissional com formação em Serviços Jurídicos e Notariais é imprescindível em um escritório de advocacia, uma vez que sua atuação é fundamental para garantir o bom funcionamento dele. Esses profissionais podem auxiliar o advogado na elaboração de documentos, controlar prazos processuais, realizar pesquisas de doutrina e jurisprudência, atender clientes e participar de audiências. Sua atuação é essencial para garantir que o escritório ofereça um serviço completo e de qualidade aos seus clientes.

Vemos autores¹³ tecendo críticas incisivas contra essa formação. Insta esclarecer que o profissional com formação em Serviços Jurídicos e Notariais não exercem funções exclusivas de Advogados, Promotores ou Magistrados, sendo, atualmente, um apoio indispensável para estes profissionais. Sendo assim, afasta qualquer assunção de "*rabulice*" no Ensino do Direito.

É indiscutível a crise no ensino no Brasil, em especial no ensino jurídico, que deve ser discutido por toda a sociedade, porém em outras oportunidades. Também não podemos desprezar integralmente as críticas ao curso Tecnólogo em Serviços Jurídicos e Notariais, sobretudo no que diz respeito a substancialidade de observar e delimitar de forma cada vez mais clara a diferença de funções entre profissionais com formações distintas, de modo que elas não se confundam na estrutura corporativa, seja ela pública ou privada.

No entanto, entendemos que a existência de cursos técnicos e tecnólogos não seja sintoma a ponto de ser indício relevante do esfacelamento no ensino¹⁴. Ao contrário. A formação em Serviços Jurídicos e Notariais, na nossa leitura, não só democratiza o acesso ao ensino, mas também assume importante função social de disseminar conhecimentos sobre direitos e cidadania para a população em geral. Isso pode contribuir, em algum nível, para o fortalecimento da democracia e da justiça social no país.

Assim, entendemos, veementemente, que repelir a iniciativa de cursos de formação em Serviços Jurídicos e Notariais é perpetuar um modelo elitista não apenas em relação ao meio jurídico, mas também em relação ao âmbito acadêmico.

Destaca-se, além do mais, que os cursos Técnicos e Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais podem ser uma excelente opção para quem deseja seguir carreira no campo do Direito e posteriormente fazer o curso superior em bacharelado em Direito. Isso porque esses cursos promovem uma formação sólida em conhecimentos jurídicos básicos e técnicas específicas, como noções de direito, direito civil, processual civil, direito penal, processual penal, direito do trabalho, direito tributário, ética e deontologia jurídica, contabilidade e administração.

Essa formação prévia pode oferecer vantagens para quem ingressa no curso de bacharelado em Direito, como a possibilidade de compreender melhor os conteúdos

¹³ Artigo de opinião – STRECK, Lênio "Curso de tecnólogo jurídico: assumimos a rabulice de vez no ensino de Direito", CONJUR, 1 de agosto de 2016 disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-01/streck-curso-tecnologo-juridico-rabulice-ensino-direito> Acesso em 02 de março de 2023.

¹⁴ SILVA, Pedro Henrique; ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Curso superior de tecnólogo em serviços jurídicos: o esfacelamento do ensino jurídico no brasil versus a liberdade profissional. Quixadá, 2017.

teóricos e práticos apresentados nas disciplinas iniciais, que costumam ser mais voltadas para o estudo das leis e normas jurídicas.

Não só isso. O profissional com formação em serviços jurídicos e notariais pode adquirir no curso uma visão mais ampla sobre a realidade do mercado de trabalho e do exercício da profissão, o que pode ser de grande valia para quem está iniciando a carreira jurídica. O conhecimento desses profissionais também pode ser útil para quem deseja atuar em um futuro em áreas especializadas do Direito, como notarial e registral, por exemplo.

Sendo assim, os cursos voltados para formação técnica em Serviços Jurídicos e Notariais pode ser uma excelente porta de entrada para quem deseja seguir carreira na área jurídica, seja atuando diretamente como profissional da área ou como uma forma de aprimorar a formação antes de ingressar em um curso superior em bacharelado em Direito.

Considerações Finais

O curso Técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais é uma formação profissionalizante que prepara o aluno para atuar em escritórios de advocacia, cartórios, departamentos jurídicos de empresas, entre outros setores administrativos que possuem correlação ao universo jurídico.

Com duração média de um a dois anos, o curso é oferecido por instituições habilitadas pelo Ministério da Educação e exige do profissional sólida formação em conhecimentos jurídicos e práticos.

A matriz curricular do curso Técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais abrange, via de regra, disciplinas como Direito Civil, Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Processual Civil, dentre outras. Além disso, o curso também contempla disciplinas como Redação Jurídica, Ética e Deontologia, Introdução ao Direito Notarial e até mesmo Teoria Geral da Administração.

Não podemos ignorar completamente as críticas a criação de cursos Tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais, especialmente quando se trata de definir de maneira clara a diferença de funções entre profissionais com formações distintas. É importante delimitar essas diferenças na estrutura corporativa, seja no setor público ou privado.

Todavia, a existência de cursos técnicos e tecnólogos não deve ser considerada como um sinal relevante de deterioração no ensino. Pelo contrário, a formação em Serviços Jurídicos e Notariais não apenas democratiza o acesso à educação, mas também desempenha um papel social importante ao disseminar conhecimentos sobre direitos e

cidadania para a população em geral. Isso pode contribuir, em certo grau, para o fortalecimento da democracia e da justiça social no país.

Portanto, acreditamos firmemente que rejeitar a iniciativa de cursos de formação em Serviços Jurídicos e Notariais é perpetuar um modelo elitista não apenas no campo jurídico, mas também no âmbito acadêmico.

Vale destacar que o curso Técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais pode ser uma opção para quem deseja fazer posteriormente o curso superior em bacharelado em Direito, já que prepara o aluno para ingressar na graduação com um conhecimento prévio sobre a área.

Para oferecer o curso Técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais, é necessário que a instituição de ensino esteja habilitada pelo Ministério da Educação. A instituição deve possuir corpo docente capacitado, além de oferecer infraestrutura adequada para a realização das atividades práticas.

O perfil do docente do curso Técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais deve ser composto por profissionais com formação acadêmica sólida e experiência prática na área jurídica. É fundamental que o docente possua conhecimento atualizado sobre as leis e normas vigentes e que seja capaz de transmitir esses conhecimentos de forma clara e objetiva.

Com a reforma do Ensino Médio, conhecida como Novo Ensino Médio, o curso Técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais pode ser um itinerário formativo contemplando habilidades da área de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, conforme a Base Nacional Comum Curricular. Essa mudança permite que o aluno adquira uma formação mais ampla e contextualizada sobre as demandas do mercado de trabalho.

Por fim, é importante destacar que o profissional com formação técnica em Serviços Jurídicos e Notariais é cada vez mais indispensável em um escritório de advocacia. Esse profissional pode atuar em diversas funções, como elaboração de petições, acompanhamento de processos, organização de documentos, e gerência de pauta de reuniões e audiências. Com uma formação sólida e prática, o profissional Técnicos e tecnólogos em Serviços Jurídicos e Notariais é capaz de auxiliar o advogado em diversas atividades, tornando o escritório mais produtivo e eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCANTARA, A. F.; CARDOSO, José N. A. ; JESUS, F. R. . Serviços Jurídicos - Práticas Em Departamentos Jurídicos, de Recursos Humanos e de Contabilidade. 1. ed. São Paulo: Érica, 2017. v. 1. 240p .

ALMEIDA, S.B. de (org.). Chaves para ler Anísio Teixeira. Salvador: EGBA/ UFBA, 1990.

BARBOSA, MARIA MOLINA L . Formação docente e desenvolvimento profissional: uma análise a partir do que os professores pensam acerca do seu percurso formativo em trabalho. *Scientia Generalis*, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 13–24, 2023. DOI: 10.22289/sg.V4N1A2. Disponível em: <http://scientiageneralis.com.br/index.php/SG/article/view/437>. Acesso em: 6 mar. 2023.

Barreto, O. (1968). Novos métodos em ensino do direito: a experiência norte-americana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 63, 335-378.

Barreto, O. (1972). Plano de reforma do currículo do curso de graduação em direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 67, 115-133

BARROSO, S. O desenvolvimento travado. *Jornal dos Economistas*, n. 329, dez. 2016. p. 9-10. BRASIL. Censo Escolar da Educação Básica 2012. Resumo Técnicos e tecnólogos . Brasília: INEP, 2013a. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2012.pdf. Acesso em: 02 mar 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei ordinária número 3079/2021 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2297736#:~:text=PL%203079%2F2021%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Altera%20os%20prazos%20para%20implementa%C3%A7%C3%A3o,16%20de%20fevereiro%20de%202017.&text=Altera%C3%A7%C3%A3o%2C%20Lei%20Federal%2C%20amplia%C3%A7%C3%A3o%2C,ensino%20m%C3%A9dio%2C%20prazo%2C%20implementa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 02 mar 2023.

BRASIL. Censo Escolar INEP 2015. Brasília: INEP, 2016. Disponível em: <http://www.deolhonosplanos.org.br/censo-escolar-2015-confira-os-dados-disponibilizados-pelo-mecsobre-a-educacao-basica-no-pais/>. Acesso em: 02 mar 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.htm Acesso em: 02 mar 2023..

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9594/96. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm Acesso em: 02 mar 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 13.415/2017. Altera as Leis n ° 9.394, de 20 de dezembro de 1996 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13415.htm. Acesso em: 02 mar 2023.

BRASIL. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica. Brasília: Ministério da Educação; Secretaria de Educação Básica; Diretoria de Currículos e Educação Integral, 2013b.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Base Nacional Comum Curricular. Brasília: MEC/SEB, 2018. p. 571-579. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/a-base>. Acesso em: 02 mar 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Guia de implementação dos Itinerários. Disponível em: <https://anec.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Guia-de-implantacao-do-Novo-Ensino-Medio.pdf> Acesso em: 02 mar 2023.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : ética, cultura e direitos: ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : globalização, tempo e espaço : ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : política, conflitos e cidadania: ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : populações, territórios e fronteiras: ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : sociedade, natureza e sustentabilidade / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

Boulos Júnior, Alfredo. Multiversos : ciências humanas : trabalho, tecnologia e desigualdade : ensino médio / Alfredo Boulos Júnior, Edilson Adão Cândido da Silva, Laercio Furquim Júnior. -- 1. ed. -- São Paulo : FTD, 2020.

CNI. Confederação Nacional da Indústria, Instituto FSB Pesquisa e Comunicação. Novo Ensino Médio na visão dos Estudantes. 2021, disponível em: <https://static.portaldaindustria.com.br/portaldaindustria/noticias/media/filer_public/92/cb/92cbad14-4fdc-4137-9692-4af4a8f7504f/instituto_fsb_pesquisa_-_sesi_senai_-_novo_ensino_medio.pdf> Acesso em: 02 mar 2023.

GONDIM, Sônia Maria Guedes. 2002. Perfil profissional e mercado de trabalho: relação com formação acadêmica pela perspectiva de estudantes universitários. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v7n2/a11v07n2.pdf>. Acesso em: 02 mar 2023.

Hamel, Thérèse Pesquisas em educação no Canadá: estratégias de investigação interdisciplinar EccoS Revista Científica, vol. 7, núm. 2, julho-dezembro, 2005, pp. 397-426 Universidade Nove de Julho São Paulo, Brasil.

IFPB. Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia do Paraná. PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO TÉCNICO INTEGRADO EM SERVIÇOS JURÍDICOS - Palmas, PR, 2014. Disponível em: <https://palmas.ifpr.edu.br/wp-content/uploads/2017/07/PPC-curso-t%C3%A9cnico-em-servi%C3%A7os-jur%C3%ADdicos-corrigido-pela-Ju.pdf> Acesso em 02 de março de 2023

IFMG. Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia de Minas Gerais. PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO TÉCNICO EM SERVIÇOS JURÍDICOS, SUBSEQUENTE, EAD- Governador Valadares, MG, 2016. Disponível em: https://www.ifmg.edu.br/governadorvaladares/cursos/tecnico/tecnico-em-servicos-juridicos-subsequente/ppc_tsj.pdf Acesso em 02 de março de 2023.

STRECK, Lênio "Curso de tecnólogo jurídico: assumimos a rabulice de vez no ensino de Direito", CONJUR, 1 de agosto de 2016 disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-01/streck-curso-tecnologo-juridico-rabulice-ensino-direito> Acesso em 02 de março de 2023.

SILVA, André Jales Falcão. A atuação do profissional com formação em direito no novo ensino médio Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 fev 2023, 04:50. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/61043/a-atuao-do-profissional-com-formao-em-direito-no-novo-ensino-mdio>. Acesso em: 02 mar 2023.

SILVA, A. ; LOUREIRO, B. ; MIRANDA, C. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; FERREIRA, F. ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; C.CORREA, R. M. ; LIMA, R. ; ESTEVES, T. ; BUKOWITZ, T. ; PIRES, V. M. ; PAIN, R. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências Humanas e Sociais Aplicadas - Globalização, Emancipação e Cidadania (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 2. 160p .

SILVA, A. ; MIRANDA, C. ; LOUREIRO, B. ; FERREIRA, F. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; C.CORREA, R. M. ; PAIN, R. ; LIMA, R. ; BUKOWITZ, T. ; ESTEVES, T. ; PIRES, V. M. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências

Humanas e Sociais Aplicadas - Poder e Política (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 4. 160p .

SILVA, A. ; MIRANDA, C. ; LOUREIRO, B. ; FERREIRA, F. ; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires ; SERRANO, M. M. ; ARAUJO, M. ; COSTA, M. ; NOGUEIRA, M. ; FERNANDES, Otair ; MENEZES, P. ; PAIN, R. ; C.CORREA, R. M. ; LIMA, R. ; BUKOWITZ, T. ; ESTEVES, T. ; PIRES, V. M. ; BRAICK, P. R. ; MOTA, M. B. ; TERRA, L. ; ARAUJO, R. ; GUIMARAES, R. B. ; ARANHA, M. L. A. . Ciências Humanas e Sociais Aplicadas - Sociedade, Política e Cultura (Manual Professor). 1. ed. São Paulo: Moderna, 2020. v. 5. 160p .

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

MARTINEZ, S. R.. A evolução do ensino jurídico no Brasil. Ciências Sociais em Perspectiva, Cascavel, v. 04, n.06, p. 83-96, 2005.

MELO, Josimeire Medeiros Silveira de. História da Educação no Brasil / Josimeire Medeiros Silveira de Melo; Coordenação Cassandra Ribeiro Joye. - 2 ed. Fortaleza: UAB/IFCE, 2012..

UFT. Fundação Universidade Federal do Tocantins. Guia de cursos de graduação da UFT / elaboração: Vânia Maria de Araújo Passos; Samara Queiroga B.G. da Costa; Betânia Maria da Barbosa; Josseane Araújo da Silva Santos. - Palmas, TO, 2017.

UNESP. Guia das Profissões 2020. Disponível em: https://www.ia.unesp.br/Home/ensino/graduacao/guia_de_profissoes_unesp_09-09-2020.pdf Acesso em: 02 mar 2023.

Universidade Brasil. Núcleo de Educação à Distância. PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO SUPERIOR DE TECNOLOGIA EM SERVIÇOS JURÍDICOS – São Paulo, SP, 2019. Disponível em:

https://universidadebrasil.edu.br/portal/_biblioteca/cursos/informacoes/20190821165328.pdf

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOB A ÓTICA SISTÊMICA: A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES NA COMPOSIÇÃO DOS LITÍGIOS

JANAINA QUEIROZ BUENO:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis¹⁵.

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS
(orientador)

RESUMO: O Direito Sistêmico é compreendido como a aplicação das leis sistêmicas e das Constelações Familiares de Bert Hellinger. No Brasil o direito sistêmico nasce com a prática proposta pelo Juiz Sami Storch, que convidando as partes dos processos nos quais atuava para participarem de vivências de constelações familiares obteve bons resultados, reconhecidos nacionalmente pelo Conselho Nacional de Justiça. Como se vê, o direito sistêmico não se trata de um método alternativo de solução de conflitos, mas uma mudança de paradigma na forma em que encaramos e nos colocamos perante eles. Sua abordagem pode ser utilizada nas mais diversas áreas do Direito e em qualquer fase do conflito. A violência doméstica e familiar é uma questão que lastimavelmente faz parte da realidade de muitas mulheres nos lares em todo o mundo. No Brasil com a entrada em vigor da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, almeja-se que essa realidade mude e a mulher passe a ter instrumentos legais inibitórios, para que não seja mais vítima de qualquer discriminação, violência ou ofensa. A violência baseada no gênero é aquela decorrente das relações entre mulheres e homens, e geralmente é praticada pelo homem contra a mulher, mas pode ser também da mulher contra mulher ou do homem contra homem. Sua característica fundamental está nas relações de gênero onde o masculino e o feminino, são culturalmente construídos e determinam genericamente a violência. As expressões mais terríveis da violência contra mulher estão localizadas em suas próprias casas, a qual, anteriormente, era vista como um ambiente seguro, de proteção e abrigo.

Palavras-chave: Direito Sistêmico. Constelações Familiares. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Solução de Conflitos. Gênero.

1. INTRODUÇÃO

¹⁵ E-mail: janainabueno21@gmail.com

O presente trabalho tem como objetivo discorrer acerca da ótica sistêmica da violência doméstica como uma forma de auxiliar a tomada de consciência e o próprio rompimento do ciclo da violência. A sua temática apresenta como objetivo analisar a importância da utilização do Direito Sistêmico para solucionar conflitos e combater, por consequência, a Violência Doméstica.

Extrai-se, ao final, a importância de conferir ao conflito um olhar sistêmico, evidenciando-se a utilização de métodos e técnicas adequadas facilitando o combate à violência, conferindo, ainda, uma possibilidade de ressignificação do conflito e da reestruturação das relações o que, certamente, culminará no efetivo combate à violência contra a mulher.

De acordo com a OMS (Organização Mundial da Saúde), violência é o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico ou físico, entre outros.

A violência está baseada na intenção do indivíduo que pratica o ato violento, e pode ser definida a partir de quem sofre como, interpessoal, que ocorre quando uma pessoa agride outra, seja um membro da comunidade, um familiar ou parceiro, ou ainda coletiva, quando causada a um grupo social, seja de forma política, econômica ou social, além de tantas outras quanto sejam possíveis, o que nos leva a ver que quando se trata de direitos humanos, a violência abrange todos os atos de violação dos direitos: civis; sociais; econômicos; culturais e políticos.

A Lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2006, com 46 artigos distribuídos em sete títulos, ela criou mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Ocorre que todos os dias são diversos os casos de violência contra a mulher que chegam ao conhecimento das autoridades competentes e que exigem a adoção de providências legais pelo poder público. Há que mencionar que inúmeros também são os casos que não são noticiados às autoridades policiais, especialmente pelo desencorajamento e vulnerabilidade da vítima frente à situação.

A Lei Maria da Penha define que violência doméstica contra a mulher é crime, e mostra quais as formas de evitar, enfrentar e punir as agressões sofridas. No mais com a promulgação desta, restou determinado a responsabilidade que cada órgão público tem para ajudar a mulher que está sofrendo a violência, além de conferir aos juízes e as autoridades policiais, poderes para conceder as medidas protetivas de urgência.

De outro modo, apesar dos grandes avanços legislativos o número de mulheres que não denunciam seus agressores é elevado, e isso acontece pelos mais diversos fatores, sendo importante considerar ainda que muitas vezes a mulher, vítima da agressão, fica vulnerável, e completamente abalada, emocionalmente e fisicamente, em razão das condutas agressivas sofridas, o que a leva a aceitar ser agredida, por não acreditar ser possível se livrar daquela situação.

Pensando nisso, propõe-se o presente trabalho com o intuito de analisar todas as questões internas e externas que envolvem a violência no âmbito doméstico e familiar, bem como quais as medidas protetivas realmente aplicadas, e a condição da vítima diante todo o ocorrido.

2.DIREITO SISTÊMICO: NOÇÕES GERAIS

O Direito Sistêmico é uma abordagem inovadora que tem sido cada vez mais utilizada no mundo jurídico. Essa abordagem tem como objetivo analisar e solucionar conflitos de forma sistêmica, levando em conta não apenas as partes envolvidas, mas também os sistemas aos quais elas pertencem.

O Direito Sistêmico tem suas raízes na Teoria dos Sistemas, desenvolvida pelo biólogo alemão Ludwig Von Bertalanffy na década de 1950. A Teoria dos Sistemas defende que o todo é maior do que a soma das partes, ou seja, que as partes de um sistema só podem ser compreendidos de forma adequada se forem estudadas em relação ao todo.

No contexto jurídico, isso significa que os conflitos não podem ser resolvidos de forma clínica, apenas com base nas partes envolvidas, na verdade é necessário analisar o sistema maior em que essas partes estão inseridas, como a família, a comunidade, a sociedade, o meio ambiente, entre outros.

Dessa forma, o Direito Sistêmico busca soluções que considerem não apenas as demandas das partes, mas também as demandas do sistema maior em que elas estão inseridas, permitindo assim uma visão mais ampla do conflito, o que pode levar a soluções mais eficazes e duradouras.

Uma das técnicas utilizadas pelo Direito Sistêmico é a Constelação Familiar, criada pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger. Essa técnica consiste em representar as partes envolvidas no conflito por meio de pessoas ou objetos e posicionar essas representações de forma a visualizar as dinâmicas e os padrões do sistema em que essas partes estão incorporadas. A partir daí, é possível identificar as causas profundas do conflito e buscar soluções que atuem nesses níveis.

O Direito Sistêmico pode ser aplicado em diversas áreas do Direito, como Direito de Família, Direito Civil, Direito do Trabalho, entre outros. É uma abordagem que valoriza a resolução de conflitos e pode contribuir para uma sociedade mais justa e equilibrada.

2.1 A TERAPIA FAMILIAR SISTÊMICA

Nos dias atuais, quando se fala em terapia familiar sistêmica, pensa-se em Bert Hellinger e seu método das constelações familiares. Bert Hellinger foi um psicoterapeuta alemão nascido em 1925, responsável pela criação da técnica de Constelação Familiar, que tem sido amplamente utilizada em todo o mundo para a resolução de conflitos e traumas familiares.

Basicamente sua técnica se baseia na ideia de que os conflitos familiares muitas vezes têm suas raízes em dinâmicas ocultas no sistema familiar. A técnica consiste em representar os membros da família envolvidos no conflito por meio de pessoas ou objetos e posicioná-los em relação uns aos outros, permitindo uma visualização das dinâmicas familiares subjacentes ao conflito.

A técnica de Constelação Familiar tornou-se muito popular em todo o mundo, especialmente na Europa e nos Estados Unidos, e tem sido aplicada não apenas na área da psicoterapia, mas também em outras áreas, como o Direito Sistêmico e a Consultoria Organizacional.

No Brasil o pioneiro em nível mundial na utilização da abordagem sistêmica das constelações familiares para promover conciliações e a resolução de conflitos na Justiça foi o Juiz Sami Storch. Segundo ele, é necessária uma nova abordagem para a resolução de conflitos, que leva em consideração não apenas as questões legais, mas também as dinâmicas e as relações familiares e sociais envolvidas.

Para Sami Storch, o Direito Sistêmico busca entender as causas profundas dos conflitos, muitas vezes relacionadas a questões emocionais e psicológicas. Defende também a importância da escuta ativa e do diálogo entre as partes envolvidas, para que possa chegar a uma solução mais satisfatória para todos, nesse sentido afirma ainda:

Independentemente da aplicação da lei penal, acredito que as constelações possam reduzir as reincidências, auxiliar o agressor a cumprir a pena de forma mais tranquila e com mais aceitação, aliviar a dor da vítima e, quem sabe, desemaranhar o sistema para que não seja necessária outra pessoa da família se envolver novamente em crimes, como agressor ou vítima, por força da mesma dinâmica sistêmica.

Além disso, ele tem sido um importante difusor do movimento no Brasil, através de palestras, cursos e publicações, bem como por aplicar o Direito Sistêmico em suas decisões judiciais, buscando sempre uma solução que leve em conta as particularidades do caso e as relações familiares envolvidas.

2.2 CONSTELAÇÕES FAMILIARES: CONCEITO

As constelações familiares representam uma abordagem terapêutica baseada na teoria dos sistemas familiares, desenvolvida pelo alemão Bert Hellinger. Essa abordagem afirma que os problemas individuais são frequentemente sintomas de problemas sistêmicos mais amplos.

A técnica das Constelações Familiares foi criada no fim do século 20, objetivando, de modo fenomenológico e sistêmico, a representação de conflitos familiares e a consequente percepção pelos pacientes, denominados constelados, de suas dificuldades emocionais e da origem dos conflitos existentes em seus casos concretos.

Desta forma concluímos que a constelação familiar é um método psicoterápico que estuda as emoções e energias, consciente e inconscientemente acumulados. Portanto o direito sistêmico tem um grande diferencial pois propõe encontrar verdadeira solução, porém não poderá nunca ser para apenas uma das partes e sim precisa abranger todo sistema envolvido no conflito.

3 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO UM PROBLEMA SISTÊMICO

A violência doméstica não é um problema individual; é um problema sistêmico que afeta todo o sistema familiar. Tendo em vista que é frequentemente causada por dinâmicas familiares disfuncionais que podem ser passadas de geração em geração. Sendo causada por fatores externos, como estresse financeiro, desemprego ou doença.

As constelações familiares são uma abordagem terapêutica que buscam compreender os padrões inconscientes presentes nas dinâmicas familiares. Na aplicação das constelações familiares nas resoluções de litígios de violência doméstica, o objetivo é identificar os padrões inconscientes que podem estar perpetuando a violência e trabalhar para quebrar esses padrões.

Durante uma sessão de constelação familiar, o facilitador pode pedir para que o agressor, a vítima e outros membros da família participem. O facilitador ajuda os participantes a identificar as dinâmicas que estão presentes na família e como essas dinâmicas podem estar contribuindo para a violência domésticas.

Ao identificar esses padrões, os participantes podem começar a trabalhar juntos para mudar as dinâmicas e buscar uma solução pacífica para o litígio. A aplicação das constelações familiares na resolução de litígios de violência doméstica é uma abordagem inovadora e pode ser uma ferramenta eficaz para ajudar as famílias a superar conflitos e encontrar paz. No entanto, é importante lembrar que as constelações familiares devem ser usadas em conjunto com outras formas de terapia e apoio, em grupo ou individual.

Ao aplicar as constelações familiares na composição de litígios, o objetivo é ajudar as partes envolvidas a compreenderem as dinâmicas familiares que podem estar influenciando a situação atual. Isso pode incluir, identificar crenças, valores e comportamentos que foram transmitidos através das gerações e que podem estar contribuindo para o conflito.

Através da utilização de técnicas específicas, as constelações familiares permitem que as partes possam visualizar a situação de uma perspectiva mais ampla e profunda, o que pode ajudá-las a entender como suas próprias emoções e comportamentos podem estar afetando toda a situação, além de lhes auxiliar a encontrar maneiras de lidar com o comportamento e as atitudes tidas, de uma forma mais saudável e construtiva.

Na composição de litígios, as constelações familiares podem ser usadas tanto no processo de mediação como no de negociação, permitindo que os sujeitos explorem questões relacionadas a dinâmicas familiares e relações interpessoais que possam estar afetando todo o contexto. Isso pode ajudar a promover um diálogo mais produtivo e colaborativo entre as partes, possibilitando que elas trabalhem juntas para encontrar uma solução que atenda às necessidades de todos.

No entanto, é importante observar que as constelações familiares não são uma solução mágica para resolver todos os conflitos e não devem ser usadas como a única abordagem na composição de litígios. Em vez disso, elas devem ser utilizadas em conjunto com outras técnicas e abordagens, como a negociação colaborativa e a mediação, para ajudar as partes a encontrar soluções duradouras e satisfatórias para todos.

3.1 ENTENDENDO A LEI 11.340/2006 EM UM CONTEXTO GERAL

A promulgação da Lei Maria da Penha marca a retirada das demandas referentes à violência doméstica do paradigma conciliatório dos juzizados especiais em que os delitos por ela albergados até então eram julgados. Desta forma, a mulher ofendida passa a contar com precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, principalmente, preventivo e assistencial, criando mecanismos capazes a coibir essa modalidade de agressão.

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226

da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Segundo o artigo 5º da Lei já referida a violência doméstica e familiar se caracteriza como agressão dirigida contra a vítima, em maioria mulheres, em um ambiente determinado e tal agressão se enquadra em causas de morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Os artigos 2º e 3º preceituam sobre os direitos fundamentais das mulheres que estão intrínsecos aos direitos fundamentais à pessoa humana. Veja:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Nesse sentido, houve a reestruturação dos órgãos de atendimento à mulher por meio do Decreto 10.174 de 13 de dezembro de 2019, o qual conectou a Secretaria Nacional

de Políticas para as mulheres aos Ministérios: da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

O intuito do Decreto é de coordenar e desenvolver Políticas Públicas para as mulheres inserindo atividades antidiscriminatórias nas suas relações sociais e combatendo as formas de violência contra estas.

4 O ÂMBITO FAMILIAR E SUAS DEFINIÇÕES

O conceito de família sofreu profundas alterações de forma que a legislação passou a acompanhar a evolução da sociedade, admitindo uniões de pessoas do mesmo sexo e tutelando a pluralidade de modelos de família, nesse sentido dispõe o artigo 226, §3º da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(..)

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo o artigo acima não estabelece rol taxativo de entidades familiares que devem ser consideradas legítimas e amplamente tuteladas pelo direito, na verdade, o rol é meramente exemplificativo de modo que também se enquadram como família, as anaparentais, paralelas e homoafetivas; assim suas possíveis demandas também devem ser distribuídas as varas de família e não mais as varas cíveis, recebendo um tratamento e olhar ainda mais atento.

À vista disso, passa-se a considerar a violência doméstica como toda aquela cometida no âmbito familiar, praticada por indivíduos que estão ligados através de um vínculo jurídico de natureza familiar, seja esse conjugal, por parentesco ou vontade expressa.

Assim sendo, compreendendo o Enunciado 2 do Fonavid e a Súmula 600 do STJ, configura-se a violência doméstica e familiar prevista pela Lei 11.340/2006, independente de coabitação entre o agressor e a vítima, podendo observar apenas o limite de parentesco entre ambos definidos pelos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil.

4.1 DAS PRINCIPAIS FORMAS E CAUSAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Algumas das formas mais comuns de violência doméstica e familiar contra a mulher incluem:

- I. Violência física: agressões físicas, como socos, tapas, empurrões, estrangulamento, entre outros tipos de violência que podem causar lesões corporais.
- II. Violência sexual: coerção ou forçamento a atividades sexuais sem consentimento, incluindo violação conjugal, abuso sexual infantil e exploração sexual.
- III. Violência psicológica: comportamentos que causam emoções emocionais, como humilhação, chantagem, insultos, manipulação, isolamento social, entre outros.
- IV. Violência econômica: controle financeiro, como o impedimento de acesso a recursos financeiros, apropriação de bens ou dinheiro, ou a limitação de acesso ao mercado de trabalho.
- V. Violência patrimonial: destruição, retenção ou subtração de objetos pessoais, documentos ou patrimônios.

É importante ressaltar que essas formas de violência podem ocorrer simultaneamente ou de forma educativa, e podem ter efeitos graves na vida, principalmente, das mulheres, incluindo prejuízos à saúde física e mental, problemas financeiros e limitação ao acesso a serviços e direitos.

Além das diversas formas que podem se apresentar a violência doméstica, importantes ressaltar que essas são resultados de diversos fatores sociais, econômicos e/ou psicológicos.

A verdade é que uma agressão pode decorrer desde uma desigualdade de poder, onde o agressor acredita exercer o controle sobre a vítima, não admitindo qualquer atitude contrária a seus desejos, até um simples problema de comunicação, principalmente quando agressor e vítima, são partes conviventes em uma relação conjugal.

Outras questões que podem justificar o ato de violência são o uso abusivo de substâncias, problemas financeiros, traumas ou experiências passadas de violência e até problemas de saúde mental.

Vale dizer sobretudo que nenhum desses motivos são capazes de justificar a prática de atos de violência, e funcionam meramente como algo que se procura atribuir ao agressor como forma de buscar compreender o que o levou a prática do ato violento.

É importante lembrar que, independentemente da causa, a violência doméstica é sempre inaceitável e deve ser tratada com seriedade e respeito às vítimas, e para preveni-la e combatê-la são necessárias ações em diferentes áreas, além da implementação de políticas públicas efetivas, o acesso a serviços de atendimento e proteção, a conscientização e a promoção da igualdade de gênero, entre outras.

5.DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO

As medidas integradas de prevenção da Lei Maria da Penha incluem ações do poder público e da sociedade civil para prevenir a violência contra as mulheres e proteger as vítimas.

Entre essas medidas estão a criação de delegacias especializadas no atendimento às mulheres, a criação de juzgados especializados para julgamento de casos de violência doméstica, a aplicação de medidas protetivas de urgência, como o afastamento do agressor do lar ou o uso de tornozeleiras eletrônicas, e a promoção de campanhas de conscientização e prevenção da violência contra as mulheres.

5.1 DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar envolve um conjunto de ações e medidas que visam proteger e garantir os direitos das mulheres que sofrem violência no âmbito familiar.

As principais medidas de atendimento à mulher em situação de violência incluem o acolhimento e atendimento humanizado nas delegacias especializadas de atendimento à mulher (DEAMs), a oferta de serviços de saúde, assistência jurídica gratuita, abrigo temporário para mulheres em situação de risco, acompanhamento psicológico e orientação para emprego e renda.

Além disso, o atendimento à mulher em situação de violência também envolve ações de prevenção e conscientização, com campanhas educativas que buscam alertar a sociedade sobre a gravidade do problema e incentivar as mulheres a denunciar os agressores.

É importante destacar que o atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar está previsto no artigo 9º da Lei 11.340/2006 e deve ser oferecido de

forma integrada e articulada entre as diferentes esferas do poder público e da sociedade civil.

6. SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com o fim de combater, prevenir e punir com maior rigidez os agressores e autores de atos da violência doméstica o Superior Tribunal de Justiça editou diversas súmulas voltadas para a esfera penal.

A súmula 536, retira dos autores de delitos sujeitos ao rito da lei Maria da Penha o direito ao benefício da suspensão condicional do processo e a transação penal, e no mesmo sentido, com o intuito de evitar benefícios aos agressores a súmula 588 dispõe que “a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”.

Outro sumulado importante é o 542, que disciplina como sendo de ação penal pública incondicionada a representação da vítima, o crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher cometido, o que permite uma maior atuação do Ministério público no direcionamento das ações penais.

No mesmo sentido a súmula 589, diz ser inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas, evitando assim a minimização do sofrimento suportado pela vítima.

E por fim, há de se ressaltar ainda a súmula 600 que determina que para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.

Todos esses entendimentos corroboram com um olhar mais atento e punitivo, que a sociedade atribuiu ao agressor, que abusando de sua relação de afeto e/ou convívio com a vítima, a agride.

7. RESOLUÇÃO N. 125/2010 – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução n.125/2010, juntamente com o Código de Processo Civil, tal resolução tem como objetivo facilitar a cultura da conciliação e da mediação no Poder Judiciário brasileiro. A medida foi criada com o intuito de buscar alternativas para a solução de conflitos que possam ser mais efetivas, rápidas e menos onerosas do que a via judicial tradicional.

A resolução estabelece diretrizes para a criação e o funcionamento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) em todo o país, que são órgãos responsáveis por receber as demandas dos jurisdicionados e promover a conciliação e a mediação de conflitos de forma extrajudicial, que:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça tem como objetivo a consolidação de uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, e não tão-somente ações pontuais. A concepção de permanência oferece segurança e perspectiva a longo prazo, para que os Tribunais e seus usuários possam desenvolver ações firmes e rever rumos, quando necessário. Com isso, a Resolução n. 125/2010, busca promover a cultura da pacificação social e da solução consensual de conflitos, tornando o Poder Judiciário mais acessível, célere e efetivo na solução dos litígios.

Inclusive, em que pese a existência desta resolução, esta em vigência a portaria NUPEMEC nº 02, de 04 de maio de 2021, que regulamenta a utilização das Constelações Sistêmicas, Estruturais e da Identidade (IOF) no Poder Judiciário de Alagoas, sob a supervisão do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Conflitos e Cidadania (NUPEMEC) do TJAL.

A portaria reconhece que a prática da Constelação vem sendo cada vez mais difundida e utilizada para a resolução de conflitos judiciais e, por isso, estabelece diretrizes para sua prática no Judiciário de Alagoas.

Além disso, a portaria atribui ao NUPEMEC do TJAL a competência de planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento das políticas de autocomposição e suas metas, conforme estabelecido pela Resolução do TJAL nº 10/2011. A Resolução do TJAL nº 14/2018 também é mencionada, vinculando as questões que envolvam Direito Sistêmico e Constelação ao NUPEMEC.

Desta forma, além da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Portaria NUPMEC nº 02/2021, também é uma medida importante para regulamentar a prática das Constelações Sistêmicas, Estruturais e da Identidade (IOF) no Poder Judiciário, especialmente no Alagoas, promovendo a utilização de métodos autocompositivos de solução de conflitos e aperfeiçoando as ações voltadas ao cumprimento das políticas de autocomposição e suas metas, conforme estabelecido pelas normas e leis mencionadas.

8.POSTURA SISTÊMICA DO ADVOGADO

A postura sistêmica é uma abordagem que busca compreender um problema ou questão a partir da análise dos diferentes elementos e relações que compõem um sistema. Para que um advogado possa adotar essa postura, ele pode seguir algumas estratégias, tais como:

- I.Ampliar a visão do problema: o advogado deve buscar compreender o contexto no qual o problema está inserido e considerar os diferentes atores envolvidos, suas relações e interdependências;
- II.Pensar de forma integrada: o advogado deve considerar as implicações de uma decisão para todo o sistema, buscando encontrar soluções que beneficiem todas as partes envolvidas;
- III.Focar na solução, não no problema: ao adotar a postura sistêmica, o advogado busca encontrar soluções duradouras e eficazes para o problema em questão, em vez de apenas remediar as consequências imediatas;
- IV.Considerar múltiplas perspectivas: o advogado deve estar aberto a considerar diferentes pontos de vista e ouvir as preocupações e necessidades de todas as partes envolvidas;
- V.Colaborar com outros profissionais: a postura sistêmica exige uma abordagem multidisciplinar, que envolve trabalhar em conjunto com outros profissionais, tais como psicólogos, assistentes sociais, entre outros.

Adotar uma postura sistêmica pode ser desafiador para um advogado acostumado a pensar de forma mais tradicional. No entanto, essa abordagem pode trazer benefícios significativos, permitindo que o advogado encontre soluções mais efetivas e duradouras para os problemas de seus clientes.

8.1 O LUGAR DO (A) ADVOGADO (A)

No Direito Sistêmico, o papel do advogado é diferente do papel tradicional que muitas pessoas podem imaginar. Enquanto no modelo tradicional o advogado é visto como um especialista em leis e normas, que atua de forma técnica para defender os interesses de seu cliente, no Direito Sistêmico o advogado atua como um facilitador do diálogo e da resolução de conflitos.

O advogado busca compreender as dinâmicas e os relacionamentos envolvidos na situação de conflito, a fim de identificar os aspectos emocionais e sistêmicos que possam estar contribuindo para a continuidade do conflito. Ao invés de buscar soluções baseadas apenas em aspectos legais, o advogado busca soluções que sejam equilibradas e sustentáveis para todas as partes envolvidas.

Além disso, o advogado também pode atuar como um mediador, um facilitador do processo de mediação entre as partes em conflito, ajudando-as a promoverem o diálogo e a negociação de soluções mais adequadas para o caso.

Outro aspecto importante do papel do advogado é a promoção da justiça restaurativa, sendo que, ao invés de buscar apenas punir o infrator, o advogado busca promover a reparação do dano causado pela infração, ao mesmo tempo em que busca restaurar o vínculo social entre a vítima, o infrator e a sociedade.

A atuação do advogado no direito sistêmico pode ser atualmente vista, e representada pelas diversas comissões espelhadas pelo Brasil. Senão vejamos:



Em resumo, o papel do advogado no Direito Sistêmico é atuar como um facilitador do processo de resolução de conflitos, buscando soluções equilibradas e sustentáveis para todas as partes envolvidas, mediante a compreensão das dinâmicas emocionais e sistêmicas que permeiam o conflito.

9 RESULTADOS OBTIDOS POR SAMI STORCH

Sami Storch (2018), destaca que a prática das constelações familiares já é prevista há bastante tempo na legislação brasileira e é amplamente utilizada em causas cíveis, especialmente naquelas relativas à Vara de Família e nas de menor complexidade.

É nesse contexto que ele apresenta as técnicas de constelações familiares sistêmicas como uma alternativa eficaz para facilitar a conciliação e buscar soluções harmoniosas para os envolvidos nos conflitos submetidos à Justiça.

Storch utiliza a técnica de constelações familiares sistêmicas há 12 anos como um meio de facilitar conciliações e buscar soluções que tragam paz aos envolvidos em conflitos submetidos à Justiça, em processos da Vara de Família e Sucessões, bem como em questões relativas à infância e juventude e até na área criminal.

Ademais, a abordagem baseada nas constelações familiares, é uma técnica terapêutica desenvolvida pelo filósofo e terapeuta alemão Bert Hellinger.

Hellinger Sciencia é o nome dado pelo autor a uma ciência dos relacionamentos humanos que se baseia nas ordens sistêmicas que regem as relações. Essas ordens são descobertas por meio das constelações familiares e fornecem uma nova visão a respeito do Direito e de como as leis podem ser elaboradas e aplicadas de forma a trazer paz às relações, liberando as pessoas envolvidas do conflito e facilitando uma solução harmônica.

Os resultados dessa técnica foram positivos, com cerca de 90% dos casos resolvidos por meio de um acordo entre as partes, o que indica que a constelação pode ser uma alternativa eficaz à litigância.

Em alguns tribunais, no Ministério Público e na Defensoria Pública, vêm sendo realizadas experiências na área criminal, visando facilitar a pacificação dos conflitos e melhorar os relacionamentos entre réus, vítimas e suas respectivas famílias.

Além disso, também há uma multiplicação de práticas no âmbito penitenciário com o objetivo de fornecer aos presos a compreensão das dinâmicas ocultas por trás do padrão criminoso e enxergar onde está o amor que, de forma cega, os fez repetir os

comportamentos antissociais já ocorridos em gerações passadas, na história da própria família.

De outro modo, nas audiências de conciliação, os acordos são alcançados de maneira rápida e emocionante. Os resultados positivos foram obtidos através de testes respondidos pelos participantes. Vejamos:

“59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito;

77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito;

71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu (s) filho (s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%;

94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora;

76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu (a) filho (a) com ele (a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos;

55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.”

No mais, o que se vê é que a prática das constelações familiares contribui para a melhoria da justiça e para a qualidade dos relacionamentos familiares. Ao lidar melhor com conflitos, as famílias conseguem proporcionar um ambiente melhor para o crescimento e desenvolvimento dos filhos, com respeito e consideração à importância de cada um. Sendo como consequência natural disso melhores relacionamentos em um âmbito geral e redução dos conflitos nas comunidades.

10.DA APLICABILIDADE DA TÉCNICA DE CONSTELAÇÃO FAMILIAR NO JUDICIÁRIO

10.1 CONSTELAÇÃO FAMILIAR: MOGI DAS CRUZES

A juíza Carmen de Souza Silva da 1ª Vara da Família de Mogi das Cruzes tem se destacado por sua abordagem conciliadora e seu olhar sensível na condução dos processos que envolvem questões familiares. Com uma postura humanizada, a juíza busca compreender as situações em que as partes se encontram, para que ambas possam encontrar soluções que possam atender às necessidades de todos os envolvidos.

Em vez de adotar uma postura rígida e distante, a magistrada busca se aproximar das partes e criar um ambiente propício para o diálogo e a negociação. Essa abordagem tem gerado resultados positivos, com muitos casos sendo resolvidos de forma consensual e pacífica, sem a necessidade de um litígio prolongado. Nesse sentido afirma ainda:

“O processo da família envolve aquelas questões que são as mais delicadas para as pessoas, as mais íntimas, as que mexem com nossas emoções de forma bem profunda. Na minha visão, a atuação do juiz de família precisa ser uma visão acolhedora.

Minha intuição, minha feminilidade, minha experiência na maternidade, fazem toda diferença. Isso vai deixar meu acolhimento para as pessoas que entram em um processo da vara da família, bem diferente da postura que teria um magistrado, por exemplo.”

Ao mesmo tempo em que as demais salas do Fórum estão pintadas com uma maçante combinação de cinza e bege, o gabinete da magistrada tem paredes em verde-água, contendo, quadros com mensagens sobre amor e família. Tudo é pensado para que os atendidos se sintam acolhidos desde o primeiro momento, segundo a magistrada.

Assim que os processos chegam à vara da família, a magistrada analisa o estado emocional das partes envolvidas. Quando há conflitos e desentendimentos, a juíza encaminha as partes para um projeto de comunicação não violenta, com o objetivo de estimular o diálogo entre elas e, conseqüentemente, facilitar a resolução do caso.

A comunicação não violenta é uma abordagem que busca promover a empatia, a escuta ativa e a expressão clara de sentimentos e necessidades, sem que haja julgamentos ou críticas.

Ao adotar a comunicação não violenta como parte do processo de resolução de conflitos na Vara da Família de Mogi das Cruzes, a juíza demonstra uma abordagem sensível e conciliadora, que prioriza a resolução pacífica dos casos e o bem-estar das partes

envolvidas. Essa prática contribui para humanizar o processo judicial e torná-lo mais eficiente e justo para todos. Leia-se:

“O objetivo é desarmar um pouco as partes, para que elas consigam conversar. Se você tem muito esses ânimos acirrados, dificilmente a gente vai conseguir chegar em um meio termo, porque tem muita mágoa, muita tristeza”, pontua a magistrada.”

Ela enfatiza ainda que, mesmo que os projetos desenvolvidos tenham curta duração e não gerem uma solução imediata, eles têm um impacto positivo e contínuo na vida das pessoas envolvidas.

“Tem gente que, às vezes, fala: ‘a gente foi pro projeto, depois foi para conciliação, mas não teve acordo. ‘Pra quê ficar mandando pra projeto, pra conciliação, se não tem acordo?’. Minha visão é muito distinta com relação a isso. Na verdade, esses projetos reverberam na vida das pessoas de maneira contínua. A solução não é imediata. Nenhum conflito que vem de longa data é resolvido imediatamente”.

Depois eu tenho retorno das partes, tenho retorno dos profissionais que atuam nos projetos e tenho retorno dos próprios advogados. Eles dizem que depois que a parte participou daquele projeto, a visão dela sobre a questão melhorou, ela já consegue conversar com o ex-marido.

No direito brasileiro, nas questões de família, o juiz dá a palavra final. Na minha visão, essa palavra final tem que respeitar a vontade das partes. Se elas conseguirem chegar em um acordo antes, eu acho que é melhor. Somente eles sabem aqueles detalhes mais íntimos, que eu nunca vou saber”.

Ao adotar uma abordagem conciliadora e sensível, a juíza acredita que os processos se tornam mais leves e menos dolorosos, o que é fundamental em casos envolvendo questões familiares.

10.2 CONSTELAÇÃO FAMILIAR: BAHIA

No Fórum Ministro Pedro dos Santos em Canavieiras, sul do Estado, com o intuito de reduzir os índices de violência, a Vara Criminal e a 2ª Promotoria de Justiça promoveram uma Sessão de Constelação Familiar.

Foram pautados 15 processos criminais relacionados a violência doméstica. O evento contou com a presença de várias pessoas, incluindo a Promotora de Justiça,

Advogados, Servidores, Estagiários da Comarca, Assistente Social do CREAS e as partes envolvidas nos processos.

Assim, foi realizada uma palestra informativa concomitante de vivências práticas com a utilização dos princípios e técnicas da *Hellinger Science* - Constelações Familiares Sistêmicas, a técnica terapêutica desenvolvida por Bert Hellinger. O evento foi destinado a pessoas envolvidas em ações penais em decorrência de violência de gênero. O trabalho faz parte do projeto "Um Novo Olhar".

Tendo em vista que a técnica ajuda a obter conciliações e busca a melhor solução para demandas em diversas áreas. A Juíza de Direito Karina Silva de Araújo, de Canavieiras afirma que "As soluções dos conflitos dependem da melhora no relacionamento e compreensão do outro, por meio do olhar voltado para relações e vínculos de família".

10.3 CONSTELAÇÃO FAMILIAR: RIO GRANDE DO SUL

A juíza de Direito, Lizandra dos Passos, vem realizando um trabalho de conciliação com o uso da terapia da constelação familiar, com casais envolvidos em agressão, o que tem ajudado a reduzir os casos de violência doméstica no interior do Rio Grande do Sul. A frase da magistrada é "Vivemos em uma sociedade em que o feminino parece estar em guerra com o masculino".

Parobé está localizada a 70 quilômetros de Porto Alegre, a constelação familiar ali é aplicada desde o fim de 2016, na resolução de casos de violência doméstica, e tem apresentado resultados positivos.

A juíza Lizandra dos Passos e as psicólogas Candice Schmidt e Cristiane Pan Nys, alteraram o modelo usual da terapia coletiva e formaram grupos mistos de homens e mulheres nos quais as vítimas são separadas dos agressores em agrupamentos distintos e com sessões de terapia feitas em separado.

O objetivo é fazer com que homens e mulheres percebam nuances do problema que enfrentam, mas da perspectiva de um terceiro, ajudando nesse processo a identificar padrões de comportamento que levam à agressão, bem como o histórico de violência doméstica observado na própria família, de modo que os participantes consigam identificar, em seu sistema familiar, o emaranhado que define o seu comportamento agressivo.

Vale ressaltar que desde que a psicoterapia vem sendo usada nos casos de violência doméstica em Parobé, houve uma redução de 94% na reincidência das agressões entre homens e mulheres.

Essa mudança de cultura busca reconciliar os universos feminino e masculino e mostrar que a violência doméstica não é uma questão de gênero, mas sim de comportamento. Com isso, a constelação familiar vem se mostrando uma técnica eficaz para conter a escalada de violência doméstica em Parobé e pode servir de exemplo para outras cidades do Brasil.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica é um problema grave que afeta muitas pessoas em todo o mundo. Infelizmente, muitas vezes as vítimas são deixadas sozinhas para lidar com as consequências físicas e emocionais da violência, além de enfrentar o desafio de buscar justiça através dos sistemas legais. É aqui que a aplicação das constelações familiares pode ter um papel importante na composição dos litígios.

As constelações familiares são uma técnica terapêutica que se concentra em identificar e resolver conflitos dentro do sistema familiar. Essa abordagem tem sido usada com sucesso na resolução de muitos tipos de conflitos, incluindo os litígios decorrentes de violência doméstica.

Ao aplicar a técnica das constelações familiares na resolução de conflitos de violência doméstica, é possível compreender melhor as dinâmicas familiares que contribuem para o comportamento violento e encontrar soluções mais eficazes.

Um dos principais benefícios das constelações familiares na resolução de conflitos de violência doméstica é a capacidade de tratar a raiz do problema, em vez de apenas tratar os sintomas.

Muitas vezes, a violência doméstica é a manifestação dos traumas passados, padrões de comportamento disfuncionais e as dinâmicas de poder desequilibradas, no âmbito familiar.

Ao abordar esses problemas subjacentes, é possível ajudar a vítima e o agressor a superar suas dificuldades e encontrar soluções mais duradouras e eficazes.

Além disso, a abordagem das constelações familiares pode ajudar a reduzir a polarização e a hostilidade entre as partes envolvidas no conflito. Muitas vezes, as vítimas e os agressores se sentem isolados e incompreendidos, o que pode aumentar a intensidade do conflito. As constelações familiares podem ajudar a criar um ambiente de compreensão mútua e empatia, permitindo que as partes envolvidas trabalhem juntas para encontrar uma solução justa e satisfatória.

Em conclusão, a violência doméstica é um problema sério que afeta muitas pessoas em todo o mundo. A aplicação das constelações familiares na resolução de conflitos de

violência doméstica pode ter um papel importante na busca por soluções mais eficazes e duradouras. Ao tratar a raiz do problema e promover a empatia e a compreensão mútua, é possível ajudar a vítima e o agressor a superar suas dificuldades e construir relacionamentos mais saudáveis e pacíficos.

12. REFERÊNCIAS

ALVES, Isabella. **Direito Sistêmico e Constelações Familiares**. 2018. Disponível em: <https://isbellacalves.jusbrasil.com.br/artigos/686206430/direito-sistêmico-e-constelacoes-familiares>. Acesso em: 12 out. 2022.

ANDRADE, Maritza Franklin Mendes de. **Violência doméstica psicológica – um alerta para mulheres e homens**. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1525/Viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica+psicol%C3%B3gica+%E2%80%93+um+alerta+para+mulheres+e+homens>. Acesso em: 23 out. 2022.

Aurum. **Direito Sistêmico**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direito-sistêmico/>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres: lei maria da penha**. 4. ed. Sao Paulo: Jus Podivm, 2022.

Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário**. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf. Acesso em: 10 maio 2023.

Conselho Nacional de Justiça. **Constelação familiar: Bahia aplica método contra violência doméstica**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-bahia-aplica-metodo-contra-violencia-domestica/>. Acesso em 13 de maio de 2023.

Conselho Nacional de Justiça. **Constelação familiar: solução para violência doméstica no Rio Grande do Sul**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-solucao-para-violencia-domestica-no-rio-grande-do-sul/>. Acesso em: 13 mai. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: lei maria da penha**. 12. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2022.

G1. **Com olhar sensível e abordagem conciliadora, juíza se destaca por humanizar processos na Vara da Família de Mogi das Cruzes**. Disponível em:

<https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/2022/03/08/com-olhar-sensivel-e-abordagem-conciliadora-juiza-se-destaca-por-humanizar-processos-na-vara-da-familia-de-mogi-das-cruzes.ghtml>. Acesso em 11 de maio de 2023.

Ordem dos Advogados do Brasil, **Seccional de Mato Grosso do Sul. Cartilha OAB MS - Combate à Corrupção**. Campo Grande, MS: OAB MS, 2020. Disponível em: <https://oabms.org.br/wp-content/uploads/2020/02/cartilha-ebook-1.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

SANTOS, Vanessa. "**Alterações na Lei Maria da Penha sob a perspectiva de gênero**". *Consultor Jurídico*, 25 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/tribuna-defensoria-maria-penha-alteracoes-lei-14550-perspectiva-genero>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

Sistema de Práticas Sistêmicas. **Documentação**. Disponível em: <https://sites.google.com/view/redepraticasistematica/documenta%C3%A7%C3%A3o?authuser=0>. Acesso em: 12 mai. 2023.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico é uma luz na solução de conflitos**. *Consultor Jurídico*, 20 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistematico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em 12 de maio de 2023.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

JOAO VITOR SEGANTINI DE OLIVEIRA:
graduando em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis¹⁶.

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

"E preciso explicar por que o mundo de hoje, que é horrível, e apenas um momento do longo desenvolvimento histórico e que a esperança sempre foi uma das forças dominantes das revoluções e insurreições, e eu ainda sinto a esperança como minha concepção de futuro." (Jean-Paul Sartre)

RESUMO: Este estudo analisou a questão do tráfico de pessoas orientada para a exploração sexual, no contexto dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e pela legislação nacional. Objetivou apresentar como ocorre a normatização do tráfico de pessoas no direito interno e nas normas internacionais de direitos humanos, contextualizar como ocorreu sua evolução histórica no Brasil e analisar as vertentes do tráfico de pessoas. O problema discutido foi dimensionado nos seguintes questionamentos: O que é tráfico de pessoas? Como ocorre a normatização do tráfico de pessoas no direito interno e nas normas internacionais de direitos humanos? Como ocorreu sua evolução histórica no Brasil? Quais as vertentes do tráfico de pessoas? Como se caracteriza o tráfico de pessoas para fins exploração sexual? Como agem os aliciadores e as quadrilhas que traficam pessoas para este fim? Quais as legislações mais dinâmicas presente nas normas internacionais e nacionais para coibir o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual? Quais as dificuldades do Poder Público quanto à observância e cumprimento dos tratados ratificados envolvendo o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual? Quais os tratados e convenções foram recentemente criados para proteção das crianças e adolescentes principais vítimas do tráfico humano para fins de exploração sexual? De que forma tais normas vem influenciando na diminuição dos casos de exploração sexual desses menores? O estudo teve caráter de revisão bibliográfica, com busca de fundamentação teórica na legislação brasileira e internacional, em doutrinas, bibliotecas físicas e virtuais, a partir do uso de descritores indexados. Concluiu-se que o dimensionamento jurídico nacional e internacional tem todo o aparato necessário para conter a prática de tráfico de

¹⁶ E-mail: joavitorsegantini2020@hotmail.com

peças humanas para a finalidade de exploração sexual, sendo que, no Brasil, a carta magna prevê que é responsabilidade da nação garantir a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas, Escravidão de pessoas, Exploração Sexual.

ABSTRACT: This study analyzed the issue of trafficking in persons for sexual exploitation in the context of international treaties ratified by Brazil and national legislation. The objective was to present how trafficking in persons is regulated by domestic law and by international human rights norms, to contextualize its historical evolution in Brazil, and to analyze the aspects of trafficking in persons. The problem discussed was dimensioned in the following questions: What is human trafficking? How does the regulation of trafficking in persons occur in domestic law and in international human rights norms? How has its historical evolution occurred in Brazil? What are the aspects of trafficking in persons? How is trafficking in persons for sexual exploitation characterized? How do the recruiters and the gangs that traffic people for this purpose act? What are the most dynamic legislations present in international and national standards to restrain trafficking in persons for purposes of sexual exploitation? What are the difficulties of the Public Power regarding the observance and fulfillment of ratified treaties involving trafficking in persons for purposes of sexual exploitation? Which treaties and conventions were recently created for the protection of children and adolescents who are the main victims of trafficking in persons for purposes of sexual exploitation? In what way have these norms influenced the decrease in cases of sexual exploitation of these minors? The study had the character of a bibliographic review, with a search for theoretical basis in Brazilian and international legislation, in doctrines, physical and virtual libraries, from the use of indexed descriptors. It was concluded that the national and international legal framework has all the necessary apparatus to contain the practice of trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation, and that in Brazil, the Constitution provides that it is the responsibility of the nation to guarantee the dignity of the human person.

Keywords: Human Trafficking, Slavery, Sexual Exploitation.

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa teve como objetivo analisar o tráfico de pessoas enfatizando a exploração sexual, no contexto dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e pela legislação nacional, objetivando contribuir para o entendimento de leis correlacionando com a questão social.

Tendo em vista o seu aumento por conta da globalização e o fechamento de fronteiras. Uma das formas de ludibriar as vítimas, é o uso de falsas promessas de uma vida melhor, ótimas condições de trabalho e uma renda de valor alto. As mulheres constituem o maior número de vítimas do tráfico humano, uma vez que a prostituição feminina e

outras formas de exploração sexual favorecem os ludibriadores com uma obtenção enorme de lucros.

Importante mencionar que o Brasil não considera crime a prática de prostituição, porém, forçar alguém a se prostituir para garantir vantagens para si é considerado crime. Existem duas formas de investigação no caso de tráfico de pessoas; a primeira é a investigação reativa que se trata de uma investigação com mais urgência, quando os investigadores recebem uma notificação por parte da vítima ou de uma atividade criminosa; já a outra investigação é a proativa que consiste em uma operação mais específica e elaborada sobre informações obtidas por meio de informantes ou de relatórios.

Porém, questiona-se se as políticas públicas brasileiras para o enfrentamento ao tráfico de pessoas se estão, realmente, sendo eficazes para a prevenção e para a assistência às vítimas de tráfico humano.

As vítimas, a maioria mulheres, são abordadas pelos ludibriadores por meio da *internet*, anúncios de jornais, revistas, propagandas e incentivos atraentes, sendo iludidas por um falso turismo, o turismo para fins sexuais, no qual os ludibriadores fazem promessas de trabalho, assegurando garantia de qualidade devida melhor para essas pessoas.

Essas vítimas acabam sendo ameaçadas e, na maioria das vezes, traficadas e exploradas sexualmente. O objetivo do estudo é, portanto, analisar o enfrentamento e citar os meios que o Brasil se utiliza para o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

1. DO TRÁFICO DE PESSOAS

Neste presente capítulo irá se falar do tráfico de pessoas em sentido amplo. Tanto na legislação brasileira bem como internacional, tráfico interno e tráfico externo de pessoas assim como se deu à contextualização histórica do tráfico de pessoas no Brasil e por fim das suas principais vertentes e finalidades

1.1 Definições

Nas palavras da eminente jurista Yasmin Abdalla

Conforme o que diz o Protocolo de Palermo, acordo internacional, firmado em 2000, com o objetivo de combater ao tráfico de seres humanos, esse tipo de crime é caracterizado quando há o transporte de pessoas, feito por meio de algum tipo de coerção, engano ou fraude, e irá de alguma forma deixar a vítima em uma situação de vulnerabilidade ou até mesmo em situação de exploração, seja sexual

ou laboral. Pode atingir todos os tipos de pessoas de todas as idades, gênero e etnias (ABDALLA, 2014).

Protocolo de Palermo das Nações Unidas: Artigo 3º § a:

Recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coerção, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou a situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

O tráfico de pessoas caracteriza-se como um tipo de crime complexo, pois envolve diversos princípios morais e éticos, religiosos e atinge direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna do Brasil. Esta prática criminosa melhorou ao longo dos anos e modificou-se com a evolução de cada época em que ocorreu.

1.2 Tráfico internacional e tráfico interno de pessoas

O artigo 231 do Código Penal Brasileiro define o crime de tráfico internacional de pessoa para fim de prostituição ou exploração sexual da seguinte forma:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O tráfico interno de pessoas, por sua vez, encontra tipificação no artigo 231-A do Código Penal Brasileiro, com nova redação determinada pela Lei n.º 12.015 de 2009, que assim preceitua:

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º. Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º. A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º. Se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

A Lei 11.106, de 28.03.2005 alterou o artigo 231 do Código Penal e o crime tráfico de mulheres passou a ser de tráfico internacional de pessoas, elaborando a mudança de gênero para possibilitar que o homem também pudesse ser vítima (sujeito passivo) do delito. Ao lado dessa alteração, foi inserida a figura do artigo 231-A do Código Penal, o chamado tráfico interno de pessoa. (SOUZA, 2014).

Com as alterações introduzidas pela Lei 12.015/09, o Código Penal não se restringe mais à prostituição, mas se alinha a um protocolo internacional que abrange todas as formas de exploração sexual (não apenas a prostituição). A lei incentivou a alteração do termo "mulher" contido em textos anteriores para assimilar o termo "pessoa".

1.3 Vertentes e finalidades do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

No que se diz sobre a finalidade do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual sua única e exclusivamente a obtenção de lucro por quadrilhas de exploradores que se aproveitam de mulheres, crianças e até mesmo os homens que se encontrem em extremas situações de vulnerabilidade.

Princípio da liberdade que se encontra na nossa Carta Magna e também na Declaração Universal dos Direitos do Homem e adotam os seguintes dispositivos:

Art.1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidades e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Art. 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos a liberdade proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento de qualquer outra situação. [...] Art.7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, tem direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

O crime de tráfico de pessoas se considera um dos piores tipos penais, por privar indivíduos da sua liberdade de decisão tornando-os escravos. Está prática delituosa tem o intuito de transferir ilegalmente, ou até mesmo legalmente, pessoas de um lugar para outro, dentro ou fora dos limites de cada país. Dados do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), no Brasil o tráfico de pessoas aparece como a maior fonte de renda entre os outros tipos de tráfico.

Quando as vítimas chegam ao seu destino, elas pegam todos os documentos e começam a forçá-las à prostituição em troca de dívidas, um lugar para dormir e comida. Os recrutadores geralmente são de nível médio ou superior e passam por homens de família, gerentes de casas de shows, agências de viagens, agências de casamentos, salões de beleza, donos de bares, cassinos e sempre com pessoas que tiveram sucesso no exterior. Com a ajuda deles, alguém uma vez deslumbrou as vítimas com as chamadas ofertas de emprego.

Muitos exercem funções públicas nas cidades de origem ou de destino do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes. De acordo com a mídia, são os brasileiros do sexo masculino os principais aliciadores para o tráfico internacional. Também há mulheres que estão na conexão do tráfico, exercendo a função de recrutamento/ aliciamento de outras mulheres (muitas delas são parentes, amigas, vizinhas, etc.). Em geral, não têm consciência de que estão praticando aliciamento para o tráfico. Por outro lado, existem mulheres que sabem que estão atuando como aliciadoras, mas aceitam esta condição para ganharem mais dinheiro e gozarem de algum privilégio junto aos traficantes (Leal e Leal 2005, p. 12).

Esse tipo de crime nos depara com uma realidade cruel e indizível onde a raça humana assume a sua natureza mais nefasta e ignóbil. O crime de Tráfico de Seres Humanos é um crime complexo que apesar de facilmente confundível e a outros tipos de crime, encerra em si mesmo um conjunto de especificidades essenciais ao seu diagnóstico precoce e identificação o que dificulta o combate da prática (CONTINI, 2011).

Entende-se que o principal aspecto desse tipo de prática delituosa se dá no controle da liberdade sexual do indivíduo. Acerca do tema, a doutrinadora Maria Berenice Dias esclarece: Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual.

2 – DO TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Neste capítulo será tratado de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e como se caracteriza esse delito tanto na legislação brasileira como internacional e quais as normas utilizadas para coibir esse crime. Como atuam os aliciadores e as quadrilhas e por fim as dificuldades do Poder Público quanto à observância e cumprimento dos tratados ratificados.

2.1 Caracterização do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

O tráfico de pessoas é caracterizado pelo “recrutamento, transferência, transferência, detenção ou recebimento, ou pagamento ou benefício de pessoas por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou vulnerabilidade. Recebendo.

No Brasil, os aliciadores convencem mulheres acerca das vantagens da inserção nas redes sexuais, através de experiências “bem-sucedidas” com a prostituição no exterior. Há indícios de casos de mulheres que, sem terem consciência de que estão aliciando pessoas acabam conseguindo o contato e muitas vezes ajudando com dinheiro para a entrada deles nos países de destino, eventualmente ajudando redes de exploração. Essas pessoas envolvem conhecidos, amigos, parentes e namorados em redes cujo funcionamento já foi descrito e documentado em pesquisas sobre redes migratórias (LANES, 20017).

O tráfico para fins de exploração sexual é sinalizado caso sejam atendidas as condições (conduta, meio e finalidade da exploração) previstas no Protocolo Proibidor do Tráfico de Pessoas – Protocolo de Palermo.

2.2 Como atuam os aliciadores e as quadrilhas.

Além de empresas internacionais legais e ilegais, eles também constroem toda a infraestrutura necessária para produção, comercialização e distribuição em todo o mundo. Graças à revolução nas comunicações e nos transportes internacionais, os negócios ilegais podem se espalhar geograficamente para aproveitar as novas condições econômicas.

Para impedir que a vítima denuncie, tente escapar e retorne ao seu local de origem, os traficantes apreendem o RG, CPF, passaporte. Algumas quadrilhas falsificam os documentos dificultando para vítima retornar e fazendo com que perca a credibilidade ao prestar queixa e até mesmo seja presa. Essa prática já foi tema da 18 campanha de prevenção contra o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Diversas cartilhas foram confeccionadas alertando as pessoas quanto a retirada da posse de seu passaporte (RODRIGUEZ, 2017).

É preciso lembrar que as gangues atuam em várias frentes, inclusive dentro da sociedade como pessoas que não levantam suspeitas. O Brasil atrai aliciadores e se tornou fornecedor de meninas e crianças para exploração sexual, muito por causa de sua imagem de samba, carnaval e mulher bonita. Mas não só por isso, mas pelas vulnerabilidades em que se encontram grandes segmentos da população. Das crises que nos assombram e do aumento do desemprego.

2.3 Normas internacionais e nacionais para coibir o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Convenção internacional que visa proibir o tráfico de pessoas é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, ratificada por meio do Decreto Federal n. 5.016, de 2004. A referida convenção tem dois protocolos. Um é chamado protocolo para a Prevenção e Supressão e Punição do tráfico de pessoas, especialmente as mulheres e crianças, Decreto Federal n. 5017, de 2004, e o protocolo contra o contrabando de migrantes por terra, mar e ar, Decreto Federal n. 5016 de 2004.

A CEDAW – Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no artigo 6º, situou que os Estados-partes adotassem as normas

apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para diminuir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração sexual da mulher.

O tema tratado é de preocupação nos âmbitos nacional e internacional. Sendo assim, não se faz satisfatório apenas a elaboração de meios internos para sua resolução, mas a união entre os países afetados a fim de que sejam elaborados meios eficientes, que abarquem o tráfico em toda sua extensão. Requer uma organização internacional e múltiplos esforços para solução desse dilema isso se inclui nas normas (DE PAULA, 2005).

No âmbito criminal, o Brasil inclui alguns tipos penais relacionadas ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, previstos no Código Penal:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). § 2º A pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). II – A vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência). IV – Há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) § 3º Se o crime for cometido com o fim de obter

vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência) Tráfico interno de pessoas (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005).

Agora descrito como retratando de forma muito clara e objetiva as penas passadas pelo Código Penal Brasileiro frente à legislação por entender que promover, financiar ou auxiliar o tráfico de pessoas constitui um ato gravíssimo contra a dignidade da vítima, mas está se tornando cada vez mais frequente. Cenário da globalização. Portanto, o Código Penal não limita o tipo de crime de tráfico de pessoas à exploração sexual.

2.4 Dificuldades do Poder Público quanto à observância e cumprimento dos tratados ratificados.

Os tratados internacionais são a fonte fundamental de força coercitiva no direito internacional atual. No modelo internacional de proteção dos direitos humanos, e na possibilidade de interação entre o direito internacional dos direitos humanos e a constituição, são necessários instrumentos internacionais como os tratados.

Tratados são instrumentos internacionais somente estarão vinculantes aos países que os assinarem e os ratificarem, resultando num extraordinário resultado para o sistema de proteção dos direitos humanos. Se houver violação de norma do tratado ratificado, o país pode ser responsabilizado, já que acolheu essas obrigações legais no livre estágio de sua soberania. Conforme diz o artigo 27 da Convenção de Viena, "Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado" (PAGNAN, 2015).

Observa-se que apesar consideráveis as transformações comportamentais da comunidade, além disso existem atitudes machistas e discriminatórias. Pais e mães possuem ludíbrio pela civilidade de seus filhos, podendo instigar positiva ou negativamente. Com efêmeras atitudes, conforme por modelo, explicar que os trabalhos domésticos são fardo de todos, e evidenciar que homens e mulheres são iguais em direitos, independentemente de raça e credo e fazendo assim sua fração para uma sociedade superior.

3. CONCLUSÃO

O que pode abranger é que o tráfico de pessoas pode estar conceituado conforme a demanda de pessoas por terceiros ou organizações, as quais oferecem primeiramente labuta ou abarracamento para que se possa alcançar a deslocação, conduzir de um lugar para outro que seja semelhante, ou de um país para outro, pessoas que serão coagidas a

desenvolverem atividades incompatíveis juntamente o acordo realizado na altura do recrutamento em um país de sua essência. Ou seja, é uma espécie de tráfico que visa deslocar pessoas de um lugar para outro, adentro ou fora do país, de forma legítima ou ilegítima.

No Brasil, a região norte igualmente absorve boa fração do tráfico sexual interno. As mulheres acompanham a superabundância de crescimento da Amazônia emigram juntamente com a mão de obra masculina para construções e fazendas, dando apoio a esses homens conforme cozinheiras ou prostitutas. No norte do país ocorre a dividir do Acre, Amapá, Amazonas, Tocantins, Roraima e Rondônia. As mulheres brasileiras são as maiores vítimas de tráfico enviadas para Portugal, oriundas do estado de Goiás, Minas Gerais e estados do Nordeste. No tráfico, posteriormente adentrar em outras localidades, as vítimas perdem seus direitos, são violentadas e ficam reduzidas a uma circunstância de escravidão. Além de cárcere privado, as vítimas ficam sem documentos para abster que tentem escapar.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, existem algumas medidas que podemos tomar para enfrentar o tráfico humano. São elas:

- Duvide de propostas de emprego fáceis e lucrativas;
- Leia atentamente o contrato de trabalho, buscando informações sobre a empresa contratante e procurando auxílio jurídico especializado;
- Evite tirar cópias de documentos pessoais e deixá-las em mãos de terceiros;
- Deixe o endereço, telefone e ou localização do lugar para onde estiver indo viajar para alguém;
- Se informe sobre o endereço e contato de consulados, ONGs e autoridades da região em que estiver indo viajar;
- Sempre que puder, se comunique com familiares e amigos.

E, se por acaso identificar uma suspeita de tráfico humano, denuncie no Disque 100 do governo federal e procure ajuda no Ministério Público Federal e ou em delegacias da Polícia Federal.

Lamentavelmente, a legislação nacional e internacional tem suas dificuldades em conter esse delito hediondo, uma circunstância que só no território brasileiro, podem acontecer de serem identificadas cerca de 240 rotas de tráfico de mulheres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Yasmin. Tráfico de pessoas e exploração sexual: entenda o que é e saiba como denunciar. Disponível em: Publicado em: 22 set. 2014. Acesso em 02 abr.2017.

BONATO, Adriana Campos. Tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual comercial. Curitiba. 2013. Disponível em: Acesso em: 14 nov. 2017. BRASIL.

_____. Decreto nº 2.848 de 7 dezembro de 1940. Capítulo V. Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. Disponível em: Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 27 nov. 2017.

_____. Decreto nº 7.901, de 4 de fevereiro de 2013. Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - CONATRAP. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2013/Decreto/D7901.htm. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 15 de abr. 2018.

_____. Lei nº 13.344 de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)

O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Código criminal do Império do Brasil, 1830. Capítulo II - Dos Crimes Contra A Segurança Da Honra, Secção I, Estupro. Disponível em: Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL, Mota Glauécia; SOUSA, Bruno Lopes de. Etnografia das políticas e programas de enfrentamento da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes em Fortaleza. Publicado em: 2005. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-epesquisa/download/estudos/sjcvolume4/etnografia_politicas_programas_enfrentamento_violencia_sexual_praticada_contra_crianças_adolescentes_fortaleza.pdf. Acesso em: 05 dez. 2017.

CONTINI, Alaerte Antonio Martelli. Os direitos das crianças e adolescentes nas declarações e convenções internacionais. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9416>. Acesso: 15 mar. 2018.

CARVALHO, Sonia Nahas de. Avaliação de programas sociais: balanço de experiência e contribuição para o debate. São Paulo em Perspectiva. 185197. 2003.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA, 1993. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Disponível em: Acesso em: 09 nov. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Acolhimento, assistência e proteção à vítima de tráfico de pessoas. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/enfrentamentoao-traffic-de-pessoas>. Acesso em: 15 abr. 2018.

GAATW. Aliança Global Contra Tráfico de Mulheres. Direitos humanos e tráfico de pessoas: um manual. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <https://translate.google.com.br/translate?hl=ptR&sl=en&u=http://www.gaatw.org/&prev=search>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

GRUPO DAVIDA. Prostitutas, Traficadas E Pânicos Morais: uma análise de produção de fatos em pesquisas sobre o tráfico de seres humanos. Campinas: Cadernos Pagu, julho/dezembro de 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/traffic-de-pessoas>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Tráfico de Mulheres - Pestraf. Publicada em 2002. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/traffic-de-pessoas/publicacoes/anexospesquisas/2003pestraf.pdf/view>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: SNJ, 2006. 40

_____. I Diagnóstico sobre o Tráfico de Seres Humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: SNJ, 2004.

MULHERES SEM VIOLÊNCIA. Gênero Mulher Desenvolvimento e Ação para Cidadania (GEMDAC) Coletivo Feminista – Teresina. Disponível em: <http://www.mulhersemviolencia.org.br/2017/04/25/organismos-nao-governamentaisde-enfrentamento-ao- trafico-de-mulheres/>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PROTOCOLO DE PALERMO. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 12 mar. 2018.

ROMANO, Rogério Tadeu. O tráfico de mulheres e o consentimento da vítima. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2017.

SANCHES, Rogério Cunha. Código Penal Comentado. Bahia: Ed. Juspodivm, 2015.

SANTOS, Andre. Posicionamento do STJ em relação aos crimes de favorecimento da prostituição, casa de prostituição e rufianismo. Disponível em: Publicado em: julho de 2017. Acesso em: 23 nov.2017.

SANTOS, Adelvina Maria dos; TAVARES, Márcia Santana. Enfrentamento ao Tráfico de Mulheres – Desafios no campo das práticas científicas e políticas públicas – 2014. Disponível em: <https://paradoxzero.com/zero/redor/wpcontent/uploads/2015/04/753-4574-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA MULHERES – SPM. Tráfico de Mulheres: Política Nacional de Enfrentamento. Brasília, 2011.

SILVESTRINI, Danielly Ferlin. Brasil: o berço do tráfico de mulheres e da exploração sexual. Publicado em: jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29110/brasil-o-berco-do- trafico-de-mulheres-e-daexploracao-sexual>. Acesso em: 11 de abril de 2018.

SOUZA, Lucicleia; Rollemberg, Silva. Marco legal aprovado, Brasil comemora Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Publicado em: jul. 2017. Disponível em: Acesso em: 14 abr. 2018.

SOUZA, Mônica. Artigo 214 do CP revogado. Disponível em: Publicado em: agosto de 2009. Acesso em 13 nov. 2017.

UNODC.UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. UN. GIFT – Iniciativa Global da ONU contra o Tráfico de Pessoas. - 2007. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/ungift.html> . Acesso em: 16 abr. 2018.

JEAN-PAUL SARTRE

(IN PRETACIO DOS CONDENADOS DA TERRA DE FRANZ FANON)

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

BEATRIZ SANTANA PERUCA:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

Orientador

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre a lei ambiental que trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica, demonstrando sua viabilidade e a necessidade de um instituto que protegesse de forma eficaz um bem jurídico relevante, que anteriormente possuía sua proteção assegurada em leis esparsas em várias legislações, o que dificultava sua aplicação. Bem como, o presente artigo visa ainda demonstrar a importância da lei brasileira em acolher tal responsabilidade sem acarretar prejuízo, uma vez que está assegurada de forma explícita na Constituição e anteriormente a existência da lei 9.605/98 existiam várias normas de cunho penal que garantissem a aplicação da sanção penal ao ente moral, posteriormente apenas a unindo em uma única legislação.

Palavras-chave: Lei Ambiental. Responsabilidade Penal. Pessoa Jurídica. Lei 9.605/98.

1 INTRODUÇÃO

O assunto a ser tratado no presente trabalho diz respeito a responsabilidade penal da pessoa jurídica consagrada na Lei nº 9.605/98.

Decorrente do grande número de crimes que são cometidos pela coletividade que antes, por falta de uma legislação própria acabavam por ficar sem punição, visto que as normas existentes eram insuficientes para garantirem uma punição eficaz.

A lei ambiental visa prevenir os crimes ambientais, como ficará demonstrado no decorrer do presente trabalho, cujo objetivo é demonstrar que ela não é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, o primeiro capítulo deste trabalho tem como objetivo trazer os antecedentes históricos que sucederam o direito ambiental, utilizando-se até mesmo dos princípios bíblicos que demonstram e descrevem a importância da natureza. Bem como, o presente trabalho irá conceituar o direito ambiental e o meio ambiente.

A segunda parte deste artigo irá tratar de algumas características do Direito Ambiental, como este sendo um direito difuso, de ordem econômica e um bem jurídico autônomo, da responsabilização cumulativa das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e da responsabilidade do Ministério Público em tutelar o meio ambiente.

Será discutida a responsabilidade da pessoa jurídica no direito brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988 e a Lei 9.605/98. Discorrendo em seguida, sobre as duas principais teorias sobre a responsabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, será demonstrado de que forma ocorre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais e a aplicação das penas, conforme previsão da lei 9.605/98.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO AMBIENTAL

A proteção à natureza é muito antiga e tem como fundamento a bíblia sagrada. Conforme descreve Luís Paulo Sirvinskas (2002, p. 8), "O meio ambiente é criação divina e o homem será julgado por aquilo que fizer contra a natureza". E neste caso, ainda nos dizeres de Luís Paulo (2002, p.8): "O homem é mero procurador de Deus na Terra, devendo prestar-lhe contas de suas atitudes praticadas contra a natureza".

Verifica-se, a partir desses versículos bíblicos, que a natureza não se restringe apenas aos animais, mas a tudo que há na Terra e que ela produz.

Observe-se com esta breve explanação que a proteção à natureza tem sido objetivo do homem desde tempos remotos, o que demonstra que a preocupação com um meio ambiente sadio e equilibrado, não é algo recente ou apenas um modismo de meros ativistas.

Em nosso país até a independência, a legislação vigorante sobre o tema ressentia-se das dificuldades de uma aplicação prática e demonstrava a necessidade de um corpo de regras mais atualizado. O que permaneceu assim por muito tempo, mesmo depois da independência com a promulgação, em 1.830, do Código Criminal brasileiro, no qual apenas demonstrou interesse pelo meio ambiente no que se referia ao corte ilegal de árvores e ao dano ao patrimônio cultural.

Com o advento da República, o então Código Criminal vigente àquela época não passou por nenhum processo de modificação, fato que se repetiu com o estatuto de 1.940, que deu pouca atenção à matéria. De fato, foram poucas e tímidas, as previsões de cunho ambiental contidas no velho Código Criminal, assim como a lei das Contravenções Penais de 1.941, que apenas de forma mediata se preocupou com a questão.

Inúmeros outros diplomas legais extravagantes foram editados, com tudo sem a preocupação de proteger o meio ambiente de forma global e orgânica, já que dele cuidaram de forma diluída, causal e na medida para atender a exploração pelo homem, foram eles:

Lei nº 4.771, de 15/09/65 (Código Florestal); Lei nº 5.197, de 03/01/67, com nova redação determinada pela Lei nº 7.653, de 12/02/88 (Proteção à fauna); Decreto Lei 221, de 28/02/67 (Proteção e estímulo à pesca); Lei 6.453, de 17/10/77 (Responsabilidade por atos relacionados com atividades nucleares); Lei 6.766, de 19/12/79 (Parcelamento do solo urbano); Lei 6.938, de 31/08/81 (Política Nacional do Meio ambiente); Lei 7.347 de 24/07/85 (Ação Civil Pública); Lei 7.643, de 18/12/87 (Proibição da pesca de crustáceos nas águas jurisdicionais brasileiras); Lei 7.679, de 23/11/88 (Proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução); Lei 7.802, de 11/07/89 (Agrotóxicos); Lei 7.805, de 18/07/89 (Mineração) e a Lei 8.974, de 05/01/95 (Biossegurança).

Muito embora a Lei nº 9.605/98 tenha tutelado os crimes contra o meio ambiente, esta não revogou inteiramente, os tipos de natureza ambiental constantes do Código Penal, como por exemplo, o artigo 250, § 1º, II, "h", da Lei de Contravenções Penais (artigo 31), do Código Florestal (artigo 26, "e, j, l, m"), entre outros.

3 CONCEITO DE DIREITO AMBIENTAL

O direito ambiental ainda é uma disciplina relativamente nova no direito brasileiro e antes era vista apenas de forma esporádica no Direito Administrativo adquirindo sua autonomia apenas com o advento da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1.981.

O Direito Ambiental é um ramo de atuação jurídica que se preocupa com questões relacionadas à preservação do meio ambiente, instituindo um conjunto de regras e normas que zelam pelos recursos naturais (fauna, flora, rios, edificações e urbanisco), bem como as intenções desses elementos com toda a sociedade (Maria Lopes, 2021).

Para Talden Farias (2020):

O Direito Ambiental é o ramo da Ciência Jurídica que disciplina as atividades humanas efetiva ou potencialmente causadoras de impacto sobre o meio ambiente, com o intuito de defendê-lo, melhorá-lo e de preservá-lo, dentro dos padrões de qualidade ambiental estabelecidas, para as gerações presentes e futuras. Isso implica dizer que os impactos ambientais que não forem causados nem puderem ser influenciados pelo ser humano não farão parte do objeto desta disciplina.

Ressalte-se ainda que o Direito Ambiental apenas é valorizado por conta de sua autonomia adquirida através da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que trouxe os requisitos necessários para tornar o Direito Ambiental uma ciência jurídica independente que busca relacionar harmoniosamente o homem e a natureza.

4 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

Já consagrado na doutrina, na lei, na jurisprudência, na consciência da população e de acordo com o artigo 3º, inciso I, da Lei nº. 6.938/81, o conceito legal de meio ambiente é "o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

O meio ambiente divide-se em meio ambiente natural, o qual por sua vez integra o solo, a água, o ar atmosférico, a flora e a fauna; meio ambiente cultural, que integra o patrimônio arqueológico, artístico, histórico, paisagístico e turístico; meio ambiente artificial, que integra os edifícios, equipamentos urbanos, comunitários, arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca e instalação científica ou similar, e por último, meio ambiente do trabalho, o qual integra a proteção do trabalhador em seu local de trabalho e dentro das normas de segurança, com intuito de fornecer-lhe uma qualidade de vida digna (art. 200, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988).

Porém o presente trabalho tem como objetivo o meio ambiente natural, daí ser ele direcionado somente neste aspecto.

5 DIREITO AMBIENTAL COMO INTERESSE DIFUSO

O direito que justifica a proteção ao meio ambiente caracteriza-se, como não poderia deixar de ser, por uma ideia fundamental, qual seja, ele não pode ser visualizado pelo jurista com o mesmo enfoque das matérias tradicionais do Direito. Isto porque tal direito diz respeito à proteção de interesses pluriindividuais que superam as noções tradicionais de interesse individual ou coletivo.

Em suma o interesse difuso estrutura-se como um interesse transindividual, ou seja, pertence a toda coletividade; indivisível; possui titulares indeterminados e são ligados por circunstâncias de fato.

5.1 A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem entre seus princípios a defesa do meio ambiente (art. 170, VI, CF/88). E este, é um dos principais avanços da Constituição em relação à tutela ambiental, destarte que nos termos da Constituição Federal, estão em desconformidade e, portanto, não

podem prevalecer as atividades da iniciativa privada assim como da pública que, violem a proteção do meio ambiente. De forma que, a propriedade privada, que é base da ordem econômica constitucional, deixa de cumprir sua função social, requisito este essencial para sua garantia constitucional, quando se insurge, ou seja, se volta contra o meio ambiente.

5.2 meio ambiente como bem jurídico autônomo

A Constituição brasileira, seguindo uma tendência mundial, incluiu em seu bojo o meio ambiente como bem jurídico autônomo elegendo-o à categoria de um daqueles valores ideais da ordem social, dedicando-lhe um capítulo próprio que de forma definitiva, institucionalizou o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo.

A Carta Magna define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e lhe dá natureza de bem de uso comum do povo e essencial á sadia qualidade de vida, impondo a corresponsabilidade do cidadão e do Poder Público pela sua defesa e preservação, é o que preceitua o artigo 225, caput, do citado diploma.

E assim ao proclamar o meio ambiente como "bem de uso comum do povo", reconheceu-lhe a natureza de direito público subjetivo, vale dizer exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem a missão de protegê-lo, razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem, e neste sentido o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar o ônus dele resultante. De maneira que todos são iguais perante os bens de uso comum do povo.

A decisão do legislador pátrio, em albergar na Carta Magna, a proteção do meio ambiente de forma autônoma e direta, tendo em vista que as normas constitucionais não representam apenas um programa ou ideário de um determinado momento histórico, demonstram claramente o grande alcance destas normas e o quanto elas são dotadas de eficácia e imediatamente aplicáveis.

Visto que a proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento de outro valor fundamental qual seja, o direito à vida, cuidou o ordenamento constitucional de prescrever uma série de garantias ou mecanismos capazes de assegurar à cidadania os meios de tutela judicial daquele bem, dentre os quais temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; Ação Civil Pública; Ação Popular Constitucional; Mandado de Segurança Coletivo; Mandado de Injunção.

O Direito do Ambiente encontra sua base normativa no capítulo VI, do título VIII (Da Ordem Social), consubstanciada toda ela no artigo 225, com seus parágrafos e incisos. E no dizer de José Afonso da Silva (1997, p. 31), tal dispositivo compreende três conjuntos

de normas quais seriam: o primeiro aparece no caput, onde se inscreve a norma matriz, reveladora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o segundo encontra-se no § 1º, com seus incisos que versa sobre os instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no caput do citado artigo; o terceiro compreende um conjunto de determinações particulares, em ralação a objetos e setores, referidos nos parágrafos 2º e 6º, que, por tratarem de áreas e situações de elevado conteúdo ecológico, merecem desde logo, proteção constitucional.

Confirma-se com isto que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, é um direito fundamental, e indisponível, e tal indisponibilidade vem acentuada na Constituição Federal, quando esta afirma que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse das gerações presentes e também das gerações futuras, é um dever moral e jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitir esse "patrimônio" às gerações que sucederem e melhores condições do ponto de vista do equilíbrio ecológico.

O meio ambiente, como entidade autônoma, é considerado bem de uso comum do povo, isto é, não pertence a um indivíduo exclusivamente, mas a uma coletividade indistinta, pertence a todos e de todos é o dever de preservá-lo.

É um bem essencial à sadia qualidade de vida, de forma que sem respeito a ele não se pode falar em qualidade de vida, nem no presente nem no futuro.

Com isto foi criado para o Poder Público um dever constitucional geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, vale dizer, de zelar pela defesa e preservação do meio ambiente, não é apenas uma mera faculdade do Poder Público, mas sim um dever. Esta atuação que antes era discricionária, agora passa a ser vinculada, o que significa que o Poder Público a partir da Constituição de 1.988, não atua porque quer, mas porque assim lhe é determinado pelo legislador maior.

Por outro lado, o cidadão deixa de ser mero titular (passivo), de um direito ao meio ambiente equilibrado e passa a ter titularidade de um dever, qual seja o de defendê-lo e preservá-lo.

Fica, portanto, estabelecido claramente uma relação jurídica, que em doutrina é denominado "função".

E por último os titulares do bem jurídico meio ambiente, não são apenas os cidadãos do país, as presentes gerações, mas também por igual aqueles que ainda não existem, bem como os que poderão existir, as futuras gerações.

5.3 RESPONSABILIZAÇÃO CUMULATIVA DAS CONDUTAS E ATIVIDADES LESIVAS AO MEIO AMBIENTE.

A Constituição Federal de 1988, impõe ao poluidor medidas de caráter reparatório e punitivo. Preceitua o artigo 225, § 3º, de referido estatuto que as "condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" (Constituição Federal, 1988).

Como se vê o dano causado ao meio ambiente provoca uma tríplice reação da ordem jurídica, certo que um único ato pode gerar a imposição de sanções penais, administrativas e civis.

As medidas de caráter punitivo são de natureza administrativa ou penal. Em sede administrativa, as aplicações das sanções independem de investigação de dolo ou culpa, segundo a regra geral imperante nesta seara, em que a responsabilidade é objetiva.

Ao contrário disto, a persecução penal decorre da culpa *lato senso*, que pressupõe a aferição da vontade do autor, enquadrando-a nos parâmetros do dolo - consciência e vontade livre de praticar o ato - ou da culpa em sentido estrito, violação do dever de cuidado, atenção e diligência com que todos devem pautar-se na vida em sociedade.

5.4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DO AMBIENTE

O Ministério Público, nos termos da definição contida no artigo 127 da Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1.988, é considerado instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, ficando, portanto, incumbida constitucionalmente a esta instituição a defesa do meio ambiente.

Cabendo inclusive, ao promotor de justiça celebrar acordos extrajudiciais em matéria ambiental, com força de título executivo, cuja finalidade é desafogar o tão saturado aparelho judiciário.

Trata-se, mais que tudo, de uma notável transformação, que coloca o Brasil como um dos países pioneiros no mundo de uma nova função do Ministério Público, fazendo com este se firmasse como a instituição melhor credenciada para a tutela dos interesses sociais, difusos e coletivos, entre os quais se encontra o Direito Ambiental atuando na área criminal para repressão dos crimes ecológicos. Vê-se, portanto, que com a Constituição Federal de 1.988, o Ministério Público teve sua área de atuação abrangida, cabendo ao mesmo a tutela ambiental para atuar na repressão dos crimes ambientais, cujas garantias constitucionais lhe conferem autonomia funcional, e tornam o Promotor de Justiça imune a pressões políticas e econômicas.

6 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E O DIREITO BRASILEIRO

Os progressos sociais intensificaram neste século, uma constante relação de "acontecer" a que muitos chamam de Modernidade.

A reconstrução teórica da realidade social brasileira, por meio de um modelo ideal típico de comportamento social, decorrente dessas transformações, aponta para a tensão entre o que mudou e entre o que não mudou. Qualquer análise jurídico-social deve ser testada em face das condições descritas no modelo preexistente e naquele que está por lhe suceder.

Tais questões que no momento são discutidas, são, de alguma forma, relacionadas com o problema crucial de se estabelecerem condições para manter uma análise crítica dos institutos jurídicos até então vigentes. O debate sobre o tema não pode ser dissociado da ideia de que as modificações normativas devem ser concebidas e testadas nas condições da sociedade a qual se pretende que elas sejam aplicáveis.

Assim, as propostas de soluções para os problemas apontados, particularmente no que concernem ao direito brasileiro, decorrentes das transformações vivenciadas no país, precisam ser discutidas e amadurecidas em função de um quadro que descreva as condições relevantes que caracterizam essa realidade social e jurídica.

Diante disso, a Constituição Federal brasileira de 1.988, em seus artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, outorgou ao legislador ordinário poderes para instituir a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Essa atitude do legislador constitucional brasileiro não deve ser considerada estranha, seja do ponto de vista dogmático, seja do criminológico e do político-criminal, pois esta é a tendência mundial. O legislador ordinário, por seu turno, seguiu a direção que lhe foi sinalizada pela Constituição, tanto é, que na Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente, estabeleceu, de forma plena esta responsabilidade.

Sendo assim, para justificar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, do ponto de vista criminológico, basta dizer que estas assumiram, no mundo econômico, uma importância tão grande, que uma decisão de aumento de preços, por exemplo, numa grande cadeia de supermercados ou em uma importante fábrica de veículos possui relevância social muitas vezes maior que a esmagadora maioria de nossas leis municipais, além disso, as pessoas jurídicas por seu poder econômico, são socialmente muito mais perigosas que qualquer indivíduo e criam uma atmosfera, um clima que facilita e incita os indivíduos a cometer delitos em seu seio.

Ademais, em face da intrincada forma de administração e ao fato de sua vontade ser consequência de atos subjetivamente complexos, as pessoas jurídicas permitem encobrir a responsabilidade individual, fazendo com que esta, de regra, recaia sobre os mais vulneráveis.

6.1 TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Há duas teorias que tratam da responsabilidade da pessoa jurídica, quais sejam a teoria da ficção, defendida por Saviny, e a teoria da realidade da personalidade real ou orgânica, esta, defendida por Otton Gierke.

No que se refere a primeira teoria, a pessoa jurídica é pura ficção e assim sendo, inadmissível sua responsabilidade penal, isto porque, a pessoa jurídica tem existência fictícia, irreal ou de pura abstração devido a um privilégio lícito da autoridade soberana, portanto incapazes de delinquir, pois carece de vontade de ação. Sendo possível apenas, responsabilizar seus dirigentes.

Esta teoria tem suas raízes no direito romano, e por conseguinte adotou o princípio individualíssimo, consubstanciado na expressão largamente divulgada *societas delinquere non potest*. Nos termos postos por esta teoria só o ser humano pode delinquir, posto que somente ele é dotado de capacidade para dirigir essa vontade no mundo exterior, ou, como do princípio *jus naturalístico*, em todo direito subjetivo existe a causa da liberdade moral, que se encontra ínsita em cada homem.

Portanto, como pôs a calvo o próprio Saviny, só o homem, individualmente considerado, é dotado pela natureza de capacidade para ser sujeito de direitos e de personalidade.

Por outro lado, na contramão dessa corrente, de acordo com Gierke, a pessoa jurídica é uma realidade, diversificando de seus dirigentes, admitindo-se, via de consequência, a sua responsabilidade penal. A teoria da realidade ou orgânica, baseia-se em pressupostos totalmente diversos.

Para esta teoria a pessoa jurídica é um ser real, cuja vontade não é a somatória das vontades de seus associados ou de seus diretores e administradores. Em verdade, possui uma vontade própria, que segundo Aquiles Mestre, atua sobre as coisas, e vai constituir o poder do grupo, poder que o Estado, às vezes, vem limitar e sancionar em nome do direito, com o reconhecimento da personalidade do grupo.

Ainda, segundo a teoria da realidade, a pessoa moral não é um ser artificial, criado pelo Estado, é sim um ente real (vivo e ativo), independente dos indivíduos que a compõem. Atua do mesmo modo que a pessoa física, ainda que mediante procedimentos diferentes, podendo, por conseguinte, atuar mal, delinquir e ser punida. Ou seja, possui

personalidade real, vontade própria com capacidade de agir e praticar atos, sejam lícitos ou ilícitos.

Destarte, embora a teoria da realidade tenha sido muito criticada, é visível que a pessoa jurídica não é uma ficção, pois, é ela um verdadeiro ente social, que surge da realidade concreta e que não pode ser desconhecido pela realidade jurídica.

Neste contexto, aplicando-se tais conceitos ao direito penal, isto é, adotando-se tal pensamento, há de se constatar que a pessoa jurídica é sim perfeitamente capaz de vontade.

7 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS

Com o advento da Lei nº 9.605/98, foi regulamentado a responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. As infrações descritas nesta lei referem-se aos crimes contra a fauna, contra a flora, contra a poluição e outros crimes ambientais, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e crimes contra a administração ambiental (Karla Rafael Dutra, 2007).

Esta lei contém 82 artigos que são divididos em oito capítulos, o Capítulo V trata dos crimes contra o meio ambiente e se divide nas seguintes seções: Seção I cuida da conduta dos crimes contra a fauna, seção II dos crimes contra a flora, seção III da poluição e outros crimes ambientais, seção IV dos crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural e por último, seção V dos crimes contra a Administração Ambiental.

No que diz respeito a responsabilização propriamente dita, dispõe o artigo 3º da referida lei:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade (Brasil, 1998).

Em análise, entende-se que a pessoa jurídica somente poderá ser penalmente responsabilizada nos casos em que a infração seja cometida mediante ordem de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, em seu interesse ou benefício. Ou seja, a identificação das pessoas físicas responsáveis diretamente pelo delito ambiental é requisito obrigatória para aja a responsabilização da pessoa jurídica.

Não obstante, conforme prevê o parágrafo único do referido artigo, a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato (Brasil, 1998). Ou seja, a lei de crimes ambientais adota a teoria da dupla imputação, onde a pessoa física juntamente com a jurídica é indiciada pelo delito.

Tal responsabilidade visa garantir a proteção ambiental para esta e futuras gerações, de forma ainda fazer valer um entendimento constitucional previsto no artigo 225, § 3º, que dispõe: “[...] § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”

A Lei 9.605/98 ainda prevê em seu artigo 4º a desconsideração da pessoa jurídica, caso sua personalidade seja um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

7.1 APLICAÇÃO DA PENA ÀS PESSOAS JURÍDICAS

A Lei Ambiental em seu artigo 21, estabelece três modalidades de pena a serem aplicadas à pessoa jurídica: Multa; Restritiva de Direitos; Prestação de Serviços à Comunidade, podendo ser aplicadas isoladas, cumulativas ou alternativamente.

Seguindo, os artigos 22 e 23 descrevem quais as possibilidades de pena para cada modalidade:

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos (Brasil, 1998).

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. (Brasil, 1998).

Por fim, o artigo 24 da lei ambiental trata da possibilidade de liquidação forçada das empresas nos casos em que a pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, permita, facilite ou oculte a prática de crime definido em lei. Nestes casos, o patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional (Brasil, 1998).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra o meio ambiente, é fato, é uma realidade que não pode ser ignorada. Tampouco deve sofrer restrições embasadas em teorias ultrapassadas. Isto porque o bem que se procura tutelar é um patrimônio da humanidade, é a vida em todas as suas formas, visa não só o presente como também o futuro, e nada mais justo do que buscar-se no Direito Penal esta proteção quando o que se vê é que todos os institutos colocados à disposição para exercer esta proteção fracassaram em seu papel. Ademais, é função do Direito Penal tutelar os interesses mais importantes da sociedade.

Criticar a lei ambiental é admitir que o Direito é estático, que o Direito não evolui, e isto é o que de mais absurdo pode acontecer, pois o Direito caminha de mãos dadas com a sociedade, evoluindo e se adaptando as necessidades de cada era.

E foi isto o que aconteceu quando da edição da Lei nº 9.605/98, que nada mais fez do que ouvir o clamor de justiça que existia em nome da natureza, ao regulamentar o artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal, de 1988, que já previa esta responsabilização penal do ente moral.

REFERÊNCIAS

ALVARES, A. S; NOVAIS, R. **Responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais**. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/362098/responsabilizacao-penal-da-pessoa-juridica-em-crimes-ambientais>. Acesso em: 09 mai. 2023.

ANTUNES, L.F.C. **A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo**, 1989, apud MUKAI, T. **Direito ambiental sistematizado**. 4, ed. Rio de Janeiro: Ferense Universitária, 2002, p. 6.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 abr. 2023.

BRASIL, Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 08 abr. 2023.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 08 abr. 2023.

BRASIL, Súmula 42 do STJ de 1992. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/839/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 08 abr. 2023.

BRASIL, Súmula 38 do STJ de 1992. Disponível em: <https://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/sumula-38>. Acesso em: 08 abr. 2023.

DUTRA, K. R. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais**. 2007. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/KarlaRafaelDutra.pdf. Acesso em: 08 mai. 2023.

FARIAS, T. **Questões básicas da disciplina de Direito Ambiental**. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-26/ambiente-juridico-questoes-basicas-direito-ambiental#:~:text=O%20Direito%20Ambiental%20%C3%A9%20o,as%20gera%C3%A7%C3%B5es%20presentes%20e%20futuras>. Acesso em: 08 mai. 2023.

GIRARDI, E. B. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: A Punibilidade do Ente Coletivo**. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/17875/2/ARTIGO%20CIENTIFICO%20ELISANDRA.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2023.

GOMES, L. F. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medias Provisórias e Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 131.

LOPES, M. **Direito Ambiental: conceito e importância**. Blog Damásio, 2021. Disponível em: <https://matriculas.damasio.com.br/blog/direito-ambiental/#:~:text=O%20Direito%20Ambiental%20%C3%A9%20um,elementos%20com%20toda%20a%20sociedade>. Acesso em: 07 mai. 2023.

MAZZILLI, H.N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, 15 ed. Ver. Ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente, doutrina – prática – jurisprudência – glossário**. 2. Ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109/110

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente, doutrina – prática – jurisprudência – glossário**. 2. Ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 269

NEBEL, B. J. *Environmental sciencia. The way the worl works. Englewood Clifs: Prentice Hall*, 1990, p. 576, apud MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**, p. 64.

PRADO, L. R. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Em Defesa da Imputação Penal Subjetiva**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2001, p. 103.

RODRIGUES, S. **Direito Civil. Parte Geral**. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 69, apud SHECAIRA, S.S. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, 2 ed, São Paulo: Método, 2002, p. 102.

SÉGUIN, E.; CARRERA, F. **Lei dos Crimes Ambientais**. Rio de Janeiro: Esplanada, 1999, p. 93/94 apud SHECAIRA, S.S, p. 146/147.

SILVA, J. A. da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 31, apud MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**, p. 234.

SILVA, J.A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9 ed., São Paulo: Malheiros, 1994, apud, GOMES, L.F, op cit, p. 134.

SIRVINSKAS, L.P. **Manual de Direito Ambiental**, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 08.

SIRVINSKAS, L.P. **Manual de Direito Ambiental**, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 23.

SIRVINSKAS, L.P. **Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei nº 9.065 de 12 de fevereiro de 1998**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 42.

SZNICK, V. **Direito Penal Ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001, p. 57/58. Apud, SHECAIRA, **responsabilidade penal da pessoa jurídica**, p. 146.

PRIEUR, M. *Droit de l'environment*. 3 ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 1, apud MILARÉ, E. **Direito do ambiente**, p. 63.

VIANA, A. P; LIMA, L.D.S.C. **Responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica**. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/policial/Downloads/2300-10801-4-PB.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2023.

A PRODUÇÃO DE FAKE NEWS E A REPERCUSSÃO NA SOCIEDADE

JENNEFER CAVALARI FRANHAN:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN.

GLAUCIMARCOS FAKINE MARSOLI.

(orientadores)

RESUMO: Este artigo vem com o objetivo mostrar de forma geral os riscos do fenômeno Fake News, abrangendo pontos de sua criação, disseminação e seus impactos na sociedade contemporânea informatizada. De feição didático e demonstrativo a dissertação foi produzida para salientar à população sobre as perturbações onde as notícias falsas são difundidas e, o quão importante para todos o desenvolvimento do senso crítico e de diligência sobre informações que são vinculadas e compartilhadas nos aplicativos e redes sociais.

Palavras-chave: Fake News, notícias falsas, boatos, disseminação, redes sociais, ataques, combate.

ABSTRACT: This article aims to show in general the risks of the phenomenon Fake News, covering points of its creation, dissemination and its impacts in the contemporary computerized society. In a didactic and demonstrative manner the dissertation was produced to emphasize to the population about the disturbances where the false news is spread and how important for all the development of critical sense and diligence on information that is linked and shared in the applications and social networks.

Keywords: Fake News, rumors, society, dissemination, social networks, attacks, combat.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente na sociedade informatizada contemporânea onde as tecnologias estão cada vez mais presentes em nossas vidas, a circulação de informações é intensificada pelos aplicativos de mensagens, redes sociais e sites. Em conjunto com o ódio disseminado em massa a *fake news* (notícias falsas em inglês) vêm ganhando repercussão pelo impacto que proporcionam na vida e carreira dos envolvidos.

Elas estão associadas a notícias que tentam se passar por reportagens jornalísticas verdadeiras e que possuem conteúdo falso, impreciso ou distorcido, levando em conta que existe uma considerável parcela da população que não está apta a diferenciar uma notícia jornalística de uma história falsa.

Para combater esse tipo de notícia, a criação de medidas públicas para a educação virtual com o foco na análise crítica da mídia, para que dessa forma o público saiba reconhecer o que é falso ou verdadeiro com isso podendo transmitir as informações sem impacto negativo, é o que relata Giorgi (2018).

Tais notícias falsas, estão relacionadas aos direitos e garantias fundamentais, consagrados pela Constituição Federal, como direito a intimidade, a vida privada, liberdade de expressão e de imprensa, gerando, assim, consequências em áreas do Direito, tanto na esfera Cível, como Penal.

Na área Cível, pode haver indenização por danos morais ou materiais, pela disseminação das notícias. Já na área Penal, se encaixa nos crimes contra honra, sendo eles difamação, injúria, calúnia, entre outros.

Vale ressaltar, também, a Lei nº. 12.965/14, que estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Estas notícias, vem com o objetivo de difamar empresas e pessoas públicas com o intuito de trazer perseguição da sociedade, arrecadando em uma má fama e má credibilidade ao alvo, procurando seu fracasso e causar prejuízo econômico.

Uma das *fake news* mais utilizadas é a difamação na política brasileira e mundial. Segundo o Fausto Macedo (2018), "as Fake News também são muito utilizadas nas eleições, estiveram presentes de forma intensa nas recentes eleições presidenciais, que tiveram mais visualizações que as notícias verdadeiras, impactando assim na decisão dos eleitores".

Há várias formas de se identificar as notícias falsas, deve-se verificar se o site é de confiança, ler além do título, procurar conhecer mais sobre o autor e seus trabalhos já realizados, pesquisar em outras fontes e sempre observar a data.

Atualmente, várias ferramentas são utilizadas para verificar as notícias que estão circulando no momento.

Uma das que podemos citar para averiguar imagens é o *TinEye*, o qual faz uma busca na web por imagens idênticas à inserida no site, trazendo a possibilidade de comparação e a confirmação de imagens falsas, comprovando ou não a suspeita de falsificação da criação da mesma. Também pode ser citado o *fact-checking* que é a primeira plataforma de checagem de boatos criados.

A rede social *Facebook* é a principal plataforma utilizada para gerar e espalhar notícias e boatos. Preocupado com essa disseminação negativa Mark Zuckerberg está em busca de algoritmos para combater as *Fake News*. Em fase de teste o botão “contexto” foi criado com o interesse de abrir e localizar o usuário em mais informações sobre o assunto descrito nos posts publicados.

2.0 IMPACTO DA FAKE NEWS

Fake News, têm sido muito discutida pelo impacto que trazem. Como foi discorrido na introdução, elas vieram com o intuito de prejudicar a imagem de algum indivíduo ou empresa, acarretando ao alvo ódio que influencia negativamente na vida profissional e pessoal. Sua disseminação inconsciente promove uma profusão de desconhecimento dos reais fatos ocorridos.

A velocidade com que estas se espalham têm sido um dos mais importantes debates. Essa discussão surgiu a partir do que foi vivenciado por eleitores e candidatos em algumas das mais intrigantes disputas eleitorais dos últimos tempos.

Com isso, a falta de ciência dos pontos difundidos faz com que a população emita a falsa notícia para outros que também não tem certo conhecimento sobre o conteúdo.

2.1 Boatos

Podemos identificar um boato quando não há argumentos suficiente no texto, apresentam erros ortográficos e imagens fora do contexto ou vem de um perfil ou site que já foi acusado de compartilhar notícias falsas.

2.2 Consequências

Há uma visão pessimista acerca das consequências geradas pelas fake news, de modo geral, em virtude da abrangência do impacto que elas têm sobre a sociedade da informação (Marshall, 2017).

Junto com as *fake news* vem as consequências, que muitas das vezes são graves. Pode-se citar de exemplo um ocorrido na Índia, onde surgiram boatos nos quais sete pessoas sequestravam crianças. Um dos homens, suspeito de sequestrar as crianças, foi espancado até a morte por uma notícia falsa, afirma Marcelo Freire.

Muitas pessoas ou empresas que foram alvo desses boatos, dependendo do grau da notícia, são ameaçadas pelo público, que muitas vezes não tem conhecimento se a notícia é realmente verdadeira.

3. IDENTIFICAÇÃO DE FAKE NEWS

Com o aumento dessas notícias falsas, os usuários estão cada vez mais preocupados em não ser enganados e transmitir apenas a verdade. Para a identificação, deve-se ficar atento com as manchetes, pois frequentemente as notícias falsas trazem manchetes em letras maiúsculas e pontos de exclamação com o intuito de chamar a atenção do leitor, geralmente muito sensacionalistas.

Investigue a fonte, averigüe que a notícia foi escrita por alguma fonte realmente confiável. Fique atento ao texto: muitas fontes de notícias falsas costumam ter erros ortográficos ou layouts estranhos. Ademais observe as imagens, fotos manipuladas, falsas ou fora de contexto são comuns aparecerem;

Por fim, pesquise outras fontes e observe as datas. Se nenhum outro veículo na imprensa tiver publicado uma reportagem com o mesmo assunto, isso pode ser que a história é falsa, além de poder conter datas que não fazem sentido ou até mesmo datas que tenham sido alteradas, às vezes, a informação não é falsa, mas é antiga ou passada de forma descontextualizada.

4. FORMAS PARA COMBATE-LO

4.1 Utilização de ferramentas

Como dito, ferramentas foram criadas para o combate das *fake news*, entre eles estão o *TinEye* e a Lupa que tem o objetivo *fact-checking*.

Fact-checking, em português checagem de fatos, em jornalismo refere-se ao trabalho de confirmar notícias e falas usadas em discursos pela internet, seu principal objetivo é encontrar notícias falsas.

No Brasil, o principal site de verificação de fatos é a Agência Lupa, que já produziu checagens em formato de texto, áudio e vídeo.

TinEye é um sistema de buscas por imagens que possui algoritmos que encontram uma imagem na web. Ele analisa a imagem enviada pelo usuário criando assim uma impressão digital, com isso se faz uma busca da imagem pela web e compara a impressão digital com cada imagem encontrada em seu banco de dados.

4.2 Educação digital

Os compartilhamentos das notícias falsas, em sua grande maioria, são feitas pelos chamados *bots* – contas automatizadas para replicar as mensagens nas redes sociais – um estudo do Instituto de Tecnologia de Massachusetts, o mais extenso sobre *fake news*,

apontou que a difusão de conteúdo mentiroso se dá mais pela ação humana do que dos robôs. Contudo, aumenta a necessidade de abordar o assunto em sala de aula. É importante que a escola dê orientações aos alunos com relação ao devido uso das redes sociais.

Quanto a educação digital, de acordo com o professor Marcelo Crespo especialista em Direito Digital:

“Educação digital é conscientização e treinamento das pessoas para o uso das tecnologias, permitindo-lhes atuação correta, ética, livre de riscos ou com estes minimizados, de modo a não incorrerem especialmente em práticas danosas e com consequências jurídicas não desejadas”

5 ORDENAMENTO JURIDICO ATUAL

A primeira iniciativa jurídica com preocupação em punir pessoas que espalham notícias falsas começou desde a criação da Lei nº. 5.250/67 (Lei de Imprensa), pois foi um marco ao combate das mesmas e em seu artigo 16, diz:

Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:

I – perturbação da ordem pública ou alarma social;

II – desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica;

III – prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município;

IV – sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro.

Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região

Ocorre que esta lei não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal, com base no ADPF 130-7/DF.

Esta Lei, mostra que mesmo antes do surgimento da internet, elas ocorriam por meio de jornais, demonstrando em como as *fake news* são um grande problema para a sociedade.

Com o decorrer dos tempos foi sancionada a Lei nº 12.965/14, que foi como um marco civil pra internet, pois nela foi estabelecido os princípios os, garantias, direitos e deveres para o uso correto da internet.

Com base na legislação, temos vários princípios para o uso da internet, sendo entre eles estão a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, proteção da privacidade, dos dados pessoais, preservação e garantia da neutralidade de rede, 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, todos previstos no Artigo 3.º, da Lei 12.965/14.

O Artigo 19, da Lei 12.965/14, foi considerado o marco civil da internet, pois foi considerada a mais importante para o combate das notícias falsas na internet

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.

Por fim, podemos observar que a população está cada vez mais preocupada com a propagação destas falsas notícias, motivo pelo qual futuramente poderá entrar mais leis em vigor com o mesmo propósito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de trazer perseguição e fracasso ao alvo, os boatos criados por grupos que não coincidem com os valores e objetivos do mesmo, atrapalham e desmoralizam a carreira e a pessoa atingida.

Graças a públicos que se conscientizaram com o perigo da popularidade que as falsas notícias causam nos meios, hoje é possível encontrar ferramentas que possibilitam desmascará-las. Como pode ser visto a cima A Lupa, TinEye e a preocupação do Facebook com o novo algoritmo está havendo mudanças em relação à aceitação das Fake News.

Durante a produção do trabalho, a polêmica sobre o modo como os boatos influenciavam decisões da sociedade, como, por exemplo, as eleições. No Brasil, redações como dos jornais O Globo e Extra, identificam o problema e iniciam um projeto de uma seção especializada em identificação e apuração de notícias falsas, o que é considerado um grande avanço para o tema, mas enquanto isso segue-se a divergência entre o verdadeiro e o falso, aonde quem mais sai prejudicado são os próprios consumidores da notícia e demais veículos de comunicação.

Portanto deve-se haver a conscientização e o policiamento de não compartilhar qualquer notícia que apenas chame a atenção pela manchete e pelo conteúdo duvidoso, a melhor forma de não se compartilhar uma notícia falsa em uma rede social seria um exercício de uma visão mais crítica do que é propagado, devendo ocorrer a preservação dos princípios democráticos, sem que haja sacrifício dos direitos e garantias fundamentais, contemplada pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ABCTEC. **Fake news: desinformação que pode ajudar o cibercrime.** Disponível em: <<https://www.abctec.com.br/fake-news-desinformacao-que-pode-ajudar-o-cibercrime/>> Acesso em: 2022.

BRASIL, **Lei Nº 5.250**, de 9 de fevereiro 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1967.

BRASIL, **Lei Nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 2014.

CARVALHO, Gustavo; KANFFER, Gustavo. **O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news).** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>> Acesso em: 2023.

COSTA, Machado. **Estudo revela como funciona a indústria de "fake news" no mundo.** Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/estudo-revela-como-funciona-industria-de-fake-news-no-mundo/>> Acesso em: 2022.

FONSECA, Bruno. **O que é fact-checking?** Disponível em: <<https://apublica.org/2017/06/truco-o-que-e-fact-checking/>> Acesso em: 2022.

FONTOURA, Juliana. **Por que a discussão sobre fake news deve ser levada para a sala de aula.** Disponível em: <<http://www.revistaeducacao.com.br/por-que-discussao-sobre-fake-news-deve-ser-levada-para-sala-de-aula/>> Acesso em: 2022.

FRAGA, Renê. **TinEye: o verdadeiro sistema de buscas por imagens.** Disponível em: <<https://googlediscovery.com/2008/05/25/tineye-o-verdadeiro-sistema-de-buscas-por-imagens/>> Acesso em: 2022.

FREIRE, Marcelo. **Quais as consequências das 'Fake News? Bullying, ameaças e até morte na vida real.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/08/05/quais-as-consequencias-das-fake-news-bullying-virtual-ameacas-e-ate-morte.htm>> Acesso em: 2022.

GREGÓRIO, Jorge. **Como identificar falsas notícias nas redes sociais.** Disponível em: <<http://jlgregorio.com.br/2017/05/07/como-identificar-falsas-noticias-nas-redes-sociais/>> Acesso em: 2022.

MACEDO, Fausto. **Fake News e o desafio da Justiça Eleitoral nas Eleições de 2018.** Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fake-news-e-o-desafio-da-justica-eleitoral-nas-eleicoes-de-2018/>>. Acesso em: 2022.

Marshall, J. P. (2017). **Sociedade de desinformação, comunicação e democracia cosmopolita**. *Sociedades Civis Cosmopolitas: Um Jornal Interdisciplinar*, 9 (2), 1-24.

MOTTA, Anaís. **“As fake news viraram um grande negócio”**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/10/fake-news-viraram-um-grande-negocio.html>> Acesso em: 2022.

PETROLA, José Ismar. **Fake news e a disputa entre grande imprensa e redes sociais na campanha eleitoral de 2018 no Brasil**. In: COSTA, Maria Cristina Castilho; BLANCO, Patrícia (org.). *Liberdade de expressão e campanhas eleitorais -Brasil 2018*. 21. ed. São Paulo: Eca-usp, 2019. Cap. 4. p. 1-273. Disponível em: http://obcom-sp.com.br/ebook_eleicoes/ebook_eleicoes/Liberdade_de_expressao_e_campanhas_eleitorais_Brasil_2018_v3.pdf#page=110. Acesso em: 2022.

PUCCI, Rodrigo. **Apuração e checagem de boatos na web**. 2016. 46f. Monografia (Graduação bacharel de Jornalismo e Serviços Sociais) – Universidade Federal de Ouro Preto. Mariana, 2017.

Significados. **Significado de Fake News**. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/fake-news/>> Acesso em: 2022.

TAIAR, Guilherme. **A importância da educação digital no combate a Fake News**. Disponível em: < <https://guilhermetaiar.jusbrasil.com.br/artigos/537865668/a-importancia-da-educacao-digital-no-combate-a-fake-news>> Acesso em: 2022.

TALON, Evinis. **As fake news devem ser criminalizadas?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/fake-news-devem-ser-criminalizadas/>> Acesso em: 2022.

TAVARES, Mariana. **Fake news, uma realidade que chega ao parlamento – análise a partir do projeto de lei PLC 28/2017 e sua tramitação no Senado Federal**. 2017. 18f. Dissertação (Artigo Fake News no Senado Mariana Tavares) – Senado Federal. Distrito Federal, 2018.

Wikipédia. **Verificação de fatos**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Verifica%C3%A7%C3%A3o_de_fatos> Acesso em: 2022.

SOCIEDADE DIGITAL, TECNOLOGIA E INFORMAÇÃO: O ALCANCE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CULTURAL E A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 57

RAÍSSA FALCÃO SPENCER HARTMANN:
advogada, bacharel em Direito (UNICAP) e pós-graduada em Direito Constitucional, Direito Público e Advocacia Pública¹⁷

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto a delimitação do alcance da imunidade tributária cultural contida no art. 150, IV, d, da Constituição da República. O estudo tem como pano de fundo as transformações políticas, históricas, sociais e culturais da realidade contemporânea, marcada pela democratização do acesso à internet e pelo avanço da tecnologia. A partir de uma interpretação finalística e evolutiva da imunidade tributária cultural, identifica-se a necessidade de adequação e conformação do Direito aos novos fenômenos da sociedade moderna, o que parece sinalizar a legitimidade do reconhecimento do beneplácito constitucional aos livros eletrônicos e suportes exclusivamente dirigidos a este fim, ainda que o legislador constituinte originário a eles não tenha feito menção expressa. A análise perpassa por orientações jurisprudenciais firmadas pelo Supremo Tribunal Federal sob a sistemática de repercussão geral, bem como pela recente aprovação da Súmula Vinculante 57, a consagrar o entendimento já delineado da Corte. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com esteio em revisões bibliográficas.

Palavras-chave: Imunidade tributária cultural. Tecnologia. Súmula Vinculante 57.

ABSTRACT: The present work has as its object the delimitation of the scope of the cultural tax immunity contained in art. 150, IV, d, of the Constitution of the Republic. The study has as a backdrop the political, historical, social and cultural transformations of contemporary reality, marked by the democratization of internet access and the advancement of technology. Based on a finalistic and evolutionary interpretation of cultural tax immunity, the need to adapt and conform the Law to the new phenomena of modern society is identified, which seems to signal the legitimacy of the recognition of the constitutional benefit to electronic books and supports exclusively aimed at this purpose, even though the originary constituent legislator has not made express mention. The analysis goes through jurisprudential guidelines signed by the Supreme Federal Court under the system of general repercussion, as well as the recent approval of the Binding Precedent 57, which enshrines the understanding already outlined by the Court. For this, the hypothetical-deductive method was used, supported by bibliographic reviews.

¹⁷ E-mail: raissa.hartmann@hotmail.com

Keywords: Cultural tax immunity. Technology. Binding Precedent 57.

1 INTRODUÇÃO

A expansão da rede mundial de computadores, a disseminação do acesso à internet e a utilização, em larga escala, das mídias e redes sociais digitais são a tônica da sociedade moderna.

Nunca na história da humanidade foi tão simples pedir uma refeição ou efetuar uma transação bancária. A velocidade da informação e a facilidade da comunicação evidenciam o dinamismo das transformações tecnológicas, sociais, políticas e culturais, em uma era na qual a evolução digital é a pedra de toque.

Desse modo, é salutar que o Direito esteja atento às novas conformações da realidade contemporânea, assumindo um papel ativo para a efetivação das adaptações que se mostrem necessárias.

Assim é que a popularização dos aparelhos eletrônicos, tais como *smartphones*, *tablets*, *notebooks*, bem como *e-books*, *audiobooks* e *e-papers*, colocou o Poder Judiciário diante de um grande desafio.

A questão primordial gira em torno do enquadramento dos livros digitais no conceito de “livro”, o que, nos termos do art. 150, IV, *d*, da Constituição, autorizaria o gozo de imunidade tributária, em atenção à democratização do acesso à cultura.

Nesse contexto, exsurge a problemática relativa ao alcance da expressão “livros, jornais, periódicos e papéis destinados à sua impressão”, constante do dispositivo constitucional supra, para fins de delimitação de incidência da benesse tributária cultural.

A controvérsia consiste em perquirir em que medida o legislador constituinte pretendeu afastar a tributação: se restrita aos livros impressos, tal como se extrairia de uma interpretação literal, ou se ampla, a abarcar, também, os livros eletrônicos.

Por anos, a doutrina divergiu acerca dos exatos limites a serem conferidos ao alcance da expressão. De um lado, os defensores da não extensão do benefício aos livros eletrônicos, sob o fundamento de que o legislador histórico teria, expressamente, rejeitado a proposta de inclusão, nos idos de 1988. De outro, havia quem reconhecesse a extensão, sob o prisma de uma interpretação histórica e teleológica da norma constitucional, aliada à necessidade de adaptação aos avanços da tecnologia.

Em 2017, o Supremo pôs fim à discussão, mediante julgamento dos Recursos Extraordinários nº 330.817/RJ e nº 595.676/RJ, sob a sistemática de repercussão geral. O

entendimento, já consolidado, foi consagrado, em definitivo, com a aprovação da Súmula Vinculante nº 57, em 2020, fato que revestiu de força normativa a orientação então firmada, em conformidade com o princípio da segurança jurídica e a uniformização das decisões judiciais.

Nessa conjuntura, o presente trabalho tem como objetivo geral o exame dos fundamentos e conclusões do STF, notadamente no julgamento dos recursos acima mencionados, para, então, identificar e delimitar o alcance interpretativo da imunidade tributária cultural, a contemplar, ou não, para além dos livros impressos, os livros digitais.

Por sua vez, o objetivo específico é analisar o deslinde dos novos fenômenos introduzidos e difundidos pela tecnologia, bem como os impactos e desafios de tais transformações na sociedade moderna, que impõem ao intérprete do Direito a adoção de soluções que melhor se adequem à realidade, em atenção à máxima efetivação da norma constitucional.

Para tanto, será utilizada como metodologia a revisão bibliográfica, mediante o estudo de trabalhos acadêmicos, assim como obras jurídicas de renomados doutrinadores do país, acórdãos de julgamento e votos de relatoria de Ministros do STF.

A escolha do tema se deu pela relevância da discussão acerca do papel do Poder Judiciário frente à chamada revolução digital, no sentido de empreender esforços para a conformação do Direito ao dinamismo da sociedade e, assim, efetivar princípios e valores fundamentais.

No tocante à estruturação de cada capítulo deste trabalho, em um primeiro momento será trazida a definição do poder de tributar, prerrogativa de que dispõem os entes políticos como regra no ordenamento jurídico. Posteriormente, será exposta a não incidência como uma das exceções ao poder de tributar, na qual se insere a hipótese de imunidade tributária. Ao adentrar no conceito de imunidade tributária, será destrinchada a definição de uma de suas espécies, a saber, a imunidade cultural, bem como apontadas suas características, alcance e objeto. Por fim, será levantada a discussão acerca da aplicabilidade da benesse em comento aos livros eletrônicos, por meio da análise de recursos extraordinários examinados pelo STF em 2017 e do teor da novel Súmula Vinculante 57.

2 O PODER DE TRIBUTAR

Para a satisfação do bem comum, o Estado ostenta posição de destaque, em uma relação de verticalidade frente ao particular. Assim, o ordenamento jurídico assegura ao ente estatal o gozo de todas as condições materiais necessárias à consecução do seu desiderato maior: a promoção do interesse público.

Nessa senda, dispõe de um complexo de prerrogativas, entre elas o poder de instituir tributos. Trata-se da possibilidade de impor ao contribuinte, mediante lei, o recolhimento compulsório de certa quantia em dinheiro, a título de pagamento da exação. A esse respeito, confira-se a explanação de Ricardo Alexandre (2019, p. 126):

Uma das situações em que a prevalência é claramente visualizada é a possibilidade de cobrança de tributos. O Estado possui o poder de, por ato próprio – a lei –, obrigar os particulares a se solidarizarem com o interesse público mediante a entrega compulsória de um valor em dinheiro

O poder de tributar é, enfim, uma das facetas da potestade pública, pela qual o Estado destaca parcela de sua soberania, outorgada pelo povo, para a consecução do interesse público. Nesse sentido, discorre Sacha Calmon Navarro Coêlho (2020, p. 79):

O poder de tributar é exercido pelo Estado por delegação do povo. O Estado, ente constitucional, é produto da Assembleia Constituinte, expressão básica e fundamental da vontade coletiva. A Constituição, estatuto fundante, cria juridicamente o Estado, determina-lhe a estrutura básica, institui poderes, fixa competências, discrimina e estatui os direitos e as garantias das pessoas, protegendo a sociedade civil.

Assim, se a prerrogativa estatal de instituir e cobrar tributos tem caráter compulsório e independe da vontade do contribuinte, também é de se reconhecer que essa mesma prerrogativa é produto de delegação do próprio povo, e tem suas diretrizes e limites delineados pela Constituição.

2.1 Noções gerais

De início, vale esclarecer que o poder de tributar, enquanto manifestação da soberania estatal, pressupõe a existência de poder político (*jus imperii*), sem o qual a instituição de tributo não se afigura legítima:

O poder de tributar somente pode ser exercido pelas entidades estatais que possuem atribuição constitucional para impor condutas, ou seja, competência para legislar. É imprescindível, portanto, a existência do poder político (ou poder de império) para o regular exercício do poder de tributar. (SILVA, 2010, p. 666 apud SANTOS, 2017)

De outra banda, como já sinalizado, há que se pontuar que a relação travada entre Estado e particular não se enquadra como mera relação de poder, mas como relação jurídica, norteadas pelos ditames do direito. Não é por outra razão que a própria Constituição Federal impõe balizas e limitações ao poder de tributar.

Nesse sentido, alerta Ricardo Alexandre (2019, p. 126):

Percebe-se que o Estado possui um poder de grande amplitude, mas esse poder não é ilimitado. A relação jurídico-tributária não é meramente uma relação de poder, pois, como toda relação jurídica, é balizada pelo direito e, em face da interferência que o poder de tributar gera sobre o direito de propriedade, o legislador constituinte originário resolveu traçar as principais diretrizes e limitações ao exercício de tal poder diretamente na Constituição Federal. (grifei)

A esse respeito, convém realçar a lição de Coêlho (2020, p. 79):

O poder de tributar, modernamente, é campo predileto de labor constituinte. A uma, porque o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado, tanto para auferir as receitas necessárias à realização de seus fins, sempre crescentes, quanto para utilizar o tributo como instrumento extrafiscal, técnica em que o Estado intervencionista é pródigo. A duas, porque tamanho poder há de ser disciplinado e contido em prol da segurança dos cidadãos

Fica claro, portanto, que o poder de tributar possui duas vertentes fundamentais. Uma é a sua vitalidade para o Estado, enquanto fonte de arrecadação de receitas tendentes à satisfação do interesse público. A outra é a necessidade de disciplina e contenção desse poder, em observância aos direitos e garantias individuais dos contribuintes.

2.2 A não incidência como ressalva ao poder de tributar

No ordenamento jurídico pátrio, como visto, a regra é o pagamento de tributo. No entanto, há exceções a essa regra, cujos contornos são delineados pela própria Constituição.

Em um primeiro momento, cumpre esclarecer que tais limites compõem um gênero, do qual são espécies os princípios e as imunidades tributárias. Nesse sentido: “a expressão limitações ao poder de tributar alberga princípios e imunidades” (COÊLHO, 2020, p. 191).

Enquanto os princípios norteiam a elaboração das leis tributárias, as imunidades vedam a tributação em certas circunstâncias, ou sobre determinados bens, serviços ou pessoas.

Os princípios constitucionais dizem como devem ser feitas as leis tributárias, condicionando o legislador sob o guante dos juízes, zeladores que são do texto dirigente da Constituição. As imunidades expressas dizem o que não pode ser tributado, proibindo ao legislador o exercício da sua competência tributária sobre certos fatos, pessoas ou situações, por expressa determinação da Constituição (não incidência constitucionalmente qualificada). (COÊLHO, 2020, p.190)

Especificamente em relação ao instituto da imunidade, tem-se que esta é uma hipótese de não incidência tributária.

Na lição de Ricardo Alexandre (2019, p. 205), a não incidência corresponde a situações em que um fato não é abrangido pela tributação. Dentre tais situações, destaca-se a hipótese em que a própria Constituição delimita a competência do ente tributante, de sorte que o sujeito ativo tributário fica impedido de instituir tributo em determinados casos, previamente delineados pelo legislador constituinte.

É justamente aqui que se insere o instituto da imunidade, que, portanto, pode ser conceituado como uma não incidência constitucionalmente qualificada. É dizer, "a norma constitucional amputa a competência, impedindo a incidência". (ALEXANDRE, 2019, p. 206)

Situação diversa é a das isenções, que consistem na dispensa legal do pagamento de tributo (ALEXANDRE, 2019, p. 206). Trata-se, assim, de uma opção política do ente tributante que, competente, escolhe não cobrar a exação em determinadas circunstâncias.

Nota-se, pois, que as imunidades diferem das isenções, na medida em que estas atuam no campo do exercício da competência, enquanto aquelas operam na seara da delimitação da competência (ALEXANDRE, 2019, p. 208).

Também não se confunde com a não incidência a chamada alíquota zero, situação em que o ente possui competência para instituir o tributo, e assim o faz, e o fato gerador se materializa no mundo concreto. Todavia, por simples questão de cálculo, a obrigação tributária resultante é igual a zero (ALEXANDRE, 2019, p. 206).

Por derradeiro, importa destacar que, embora o legislador constituinte tenha previsto normas imunizantes ora relativas a impostos, ora a taxas, ora a contribuições para a seguridade social, em nenhuma dessas ocasiões se valeu da expressão "imunidade", tendo empregado nomenclaturas diversas para a ela se referir. A esse respeito, alerta Ricardo Alexandre (2019, p. 210) que "não importa a terminologia usada. Se a limitação consta da própria Constituição, trata-se de imunidade".

Esse é, inclusive, o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. (BRASIL, 1996 apud ALEXANDRE, 2019, p. 2010)

3 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Como mencionado, a Constituição Federal trata, em seção específica, das “limitações ao poder de tributar”, na qual são dispostas restrições à potestade pública de instituir tributo, materializadas em duas modalidades: os princípios constitucionais e as imunidades tributárias. Nesse contexto, assevera Carvalho (2013, p. 774 apud SANTOS, 2017):

Segundo Kildare Gonçalves Carvalho, a “Constituição, nos artigos 150 a 152, estabelece um conjunto de princípios e vedações que delimitam o poder de tributar do Estado, garantindo o contribuinte contra o Fisco”. E prossegue apresentando um rol de princípios tributários e, por fim, a vedação nominada imunidade fiscal.

Cumprir assinalar que tais limitações compõem rol meramente exemplificativo, o que se extrai do fragmento constitucional “sem prejuízo de outras (...) asseguradas ao contribuinte”, como bem lembra Ricardo Alexandre (2019, p. 126). Segundo o autor, outras limitações “decorrem do regime e dos princípios adotados pela própria Carta ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte” (ALEXANDRE, 2019, p. 126).

3.1 Noções introdutórias

Como exposto, as imunidades são espécies de limitações constitucionais ao poder de tributar. Por sua vez, há diversas categorias de imunidade tributária, as quais têm supedâneo em valores e princípios fundamentais. Vale dizer, a preocupação do legislador constituinte em livrar certos bens, pessoas ou serviços do ônus tributário não é infundada. Ela tem a finalidade última de proteger valores caros à sociedade e princípios essenciais consagrados na ordem constitucional.

Sobre o tema, colaciona-se trecho de rico voto do Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário nº 595.676/RJ:

As normas de imunidade tributária constantes da Carta visam proteger valores políticos, morais, culturais e sociais essenciais, não permitindo que os entes tribuem certas pessoas, bens, serviços ou situações ligadas a esses valores. Onde há regra constitucional de imunidade, não poderá haver exercício da competência tributária e isso em razão de uma seleção de motivos fundamentais. (BRASIL, 2017, p. 14)

No mesmo sentido é o entendimento de Borges (2011, p. 221), citado pelo referido magistrado, também no voto mencionado supra:

Consoante José Souto Maior Borges, as imunidades servem a “assegurar certos princípios fundamentais ao regime, a incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livres das interferências ou perturbações da tributação” (BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção Tributária. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 221). (BRASIL, 2017, p. 14)

No tocante às imunidades tributárias em espécie, urge destacar a imunidade tributária recíproca, que ostenta *status* de cláusula pétrea, por ter como finalidade a proteção do pacto federativo, de sorte que um ente federado não fica submetido ao poder de tributar dos demais (ALEXANDRE, 2019, p. 215).

Outra importante imunidade é a religiosa, que blinda os templos de qualquer culto da incidência de impostos. Para Ricardo Alexandre (2019, p. 229), o sentido finalístico da regra imunizante é evitar que o Estado utilize a tributação como meio de tumultuar o livre funcionamento das entidades religiosas.

Ainda a título exemplificativo, a imunidade conferida aos partidos políticos e fundações por eles mantidas consagra o pluralismo político, sob a égide do Estado Democrático de Direito (ALEXANDRE, 2019, p. 231).

3.2 A imunidade tributária cultural

Para o fim do presente estudo, dentre as diversas espécies de imunidades tributárias existentes no ordenamento constitucional, importa analisar os contornos da imunidade cultural. Esta encontra previsão no art. 150, VI, *d*, da Carta Magna (BRASIL, 1988), senão vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

A *ratio* da referida imunidade é fomentar a livre manifestação do pensamento e a difusão da cultura, em consonância com os princípios e valores do Estado Democrático de Direito. Nessa senda, explica Ricardo Alexandre (2019, p. 240):

A imunidade visa a baratear o acesso à cultura. Por facilitar a livre manifestação do pensamento, a liberdade de atividade intelectual, artística, científica e da comunicação e o acesso à informação – todos direitos e garantias individuais constitucionalmente protegidos (CF, art. 5º, IV, IX e XIV) –, configura cláusula pétrea.

Não é outra a orientação do Supremo Tribunal Federal, conforme ementa de julgamento do Recurso Extraordinário nº 330.817/RJ:

A teleologia da imunidade contida no art. 150, VI, d, da Constituição, aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, tais como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, entre grupos políticos etc; a liberdade de informar e de ser informado; o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações etc. (BRASIL, 2017, p. 1)

Conclui-se, pois, que o sentido finalístico da imunidade cultural é a facilitação do acesso à cultura, com o nítido propósito de reduzir o custo de produção dos livros e, assim, efetivar postulados constitucionais de alta relevância, tais como o direito à informação e a liberdade de expressão.

Superada a análise acerca da teleologia da norma imunizante, cumpre tecer breves comentários acerca das razões históricas que levaram ao reconhecimento da imunidade cultural.

Tais razões remontam ao Estado Novo (1937 a 1945), período em que o Governo, de um lado, impunha alta carga tributária sobre os jornais que pregavam ideias contrárias ao regime então vigente, e, de outra banda, concedia benefícios fiscais aos jornais que o defendiam.

Nesse cenário, confira-se excerto do voto do Ministro Dias Toffoli (RE 330.817/RJ):

A imunidade de que se trata está intimamente ligada à temática das ações censórias. Recordo que, em passado não tão distante, vivia o Brasil no denominado Estado Novo, período compreendido entre os anos de 1937 e 1945, marcado politicamente pelo autoritarismo. A Constituição outorgada, a forte centralização do poder e a alegada necessidade de se afastar o suposto “perigo vermelho” criaram um cenário favorável para a instituição de censuras aos órgãos de comunicação e imprensa. (BRASIL, 2017, p. 9)

E arremata o ilustre Ministro:

A par da censura direta, o governo ainda coagia a propagação de ideias contrárias ao regime mediante pesada tributação das importações do papel de imprensa (o papel linha d’água) e o controle, de forma insidiosa, da isenção aduaneira sobre esse insumo. A concessão do benefício da intributabilidade era facilitada aos jornais partidários do regime e dificultada, ou até impedida, aos que propugnavam por ideologia tida por nociva ou inapropriada (Decreto-Lei nº 300/38; art. 135, f, do Decreto-Lei nº 1.949/39). Com isso, o produto final dos veículos de comunicação saía mais caro e o acesso à informação se tornava mais restrito e, como decorrência disso, poucos órgãos de mídia suportavam a carga tributária. (BRASIL, 2017, p. 9)

Em resposta a essa reprimenda, e para conter a censura estatal, as Constituições seguintes trataram de imunizar o insumo “papel” e, de igual forma, o livro, como ensina Márcio André Lopes Cavalcante (2020):

A Constituição Federal de 1946, com o intuito de acabar com este controle estatal da imprensa, conferiu imunidade tributária ao “papel” e, além disso, com o objetivo de estimular a produção editorial, também estendeu esta imunidade para os livros.

A Constituição Federal de 1967 manteve a imunidade, prevendo que era vedado criar imposto sobre “o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão” (art. 20, III, d).

A Constituição Federal de 1969 (para alguns, apenas uma Emenda Constitucional à CF/67) manteve a imunidade, com pequena alteração em seu texto

Assim, a Constituição de 1988 segue a mesma lógica das que a antecederam, ao rechaçar o viés censório e reafirmar a democratização do acesso à informação.

Com efeito, a imunidade tributária cultural é classificada doutrinariamente como imunidade objetiva. É dizer, a regra imunizante incide sobre o livro objetivamente considerado, mas não contempla os sujeitos integrantes da cadeia produtiva.

Nesse contexto, discorre Ricardo Alexandre (2019, p. 240):

Assim, por exemplo, como **o objeto livro é imune**, não se cobra ICMS quando este sai do estabelecimento comercial, nem IPI quando sai da indústria, nem II quando é estrangeiro e ingressa no território nacional. Por outro lado, como **o sujeito livraria não é imune**, deve pagar IR pelos rendimentos que obtém com a venda dos livros, bem como o IPTU relativo ao imóvel de que é proprietário. (grifei)

Outro ponto digno de nota é a inexistência de diferenciação quanto ao conteúdo, para fins de incidência da imunidade. Dessa forma, é irrelevante perquirir sobre a qualidade artística, científica ou cultural do livro, uma vez que a Constituição não impôs esse condicionamento para a aplicação da benesse.

Portanto, “não é lícito ao intérprete restringir direitos ou garantias conferidas de forma irrestrita pelo legislador constituinte” (ALEXANDRE, 2019, p. 241).

Na mesma linha, ensina Márcio André Lopes Cavalcante (2020) que “um livro sobre piadas, um álbum de figurinhas ou uma revista pornográfica gozam da mesma imunidade que um compêndio sobre Medicina ou História”.

Nessa esteira, confira-se o entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, exarado no julgamento do RE 221.239/SP, de relatoria da então Ministra Ellen Gracie:

O Constituinte, ao instituir essa benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Não cabe ao aplicador da

norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil. (BRASIL, 2004, p. 2)

Note-se, pois, que a interpretação emprestada à norma tem como escopo extrair o máximo de efetividade possível, senão vejamos:

Assim o foi na decisão de se reconhecerem como imunes: a) as **revistas técnicas**, em razão da importância de suas publicações e da grande circulação (RE nº 77.867/SP); b) a **lista telefônica**, por seu caráter informativo e sua utilidade pública (RE nº 101.441/RS); c) as **apostilas**, por serem simplificações de livros e veicularem mensagens de comunicação e de pensamento em contexto de cultura (RE nº 183.403/SP); d) os **álbuns de figurinha**, por estimular o público infantil a se familiarizar com os meios de comunicação impressos (RE nº 221.239/SP); e) **mapas impressos e atlas geográfico**, em razão de sua utilidade pública (RE nº 471.022/RS). A contrario sensu, não foram reconhecidos como imunes os calendários, por não serem veículos de transmissão de ideias (RE nº 87.633/SP). (BRASIL, 2017, p. 53) (grifei)

4 A (IN)APLICABILIDADE DA BENESSE AO LIVRO ELETRÔNICO

Traçados os contornos fundamentais da imunidade tributária cultural, resta demarcar o alcance interpretativo da norma constitucional imunizante, sem perder de vista o contexto histórico-cultural em que se insere a problemática.

Cuida-se, enfim, de levar em consideração predicativos-chave da realidade contemporânea, notadamente a o avanço da tecnologia, e definir se tais elementos são aptos a nortear a aplicabilidade da imunidade em comento, de modo a agasalhar, também, os livros em formato eletrônico.

4.1 Embates doutrinários iniciais

Durante anos, houve intenso debate doutrinário em torno da possibilidade de extensão da imunidade cultural ao livro eletrônico. De um lado, despontou a corrente, majoritária, defendendo a aplicação da benesse. O argumento principal era que o silêncio

do legislador constituinte de 1988 não poderia ser interpretado como restrição da regra imunizante aos livros impressos.

De outra banda, surgiu uma segunda corrente, que afastava a incidência da benesse, com fundamento em uma interpretação histórica da norma. Para os defensores dessa tese, houve uma clara intenção do constituinte originário em afastar a aplicação do benefício, pois teria expressamente recusado a proposta de extensão da imunidade aos livros físicos. É como leciona Ricardo Alexandre (2019, p. 243):

Isso porque, durante a elaboração da Constituição Federal de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte teve a oportunidade de apreciar o projeto que estendia a imunidade a outros meios de difusão de cultura, mas expressamente optou por rejeitar tal redação, o que demonstra não ter sido a falta de conhecimento, e sim o desejo de imunizar apenas o meio papel, que resultou na redação final dada ao dispositivo constitucional em tela.

A controvérsia logo foi submetida à apreciação do STF, que, entretanto, tinha jurisprudência vacilante, embora tendesse a acolher a segunda tese:

No âmbito do STF, os posicionamentos não eram muito claros, mas parecia inclinar-se pelo não reconhecimento da imunidade, sob a justificativa de que a mídia que dá suporte físico ao livro eletrônico (*CD-ROM* ou outra) não poderia ser confundida nem assimilada com papel. (ALEXANDRE, 2019, p. 243)

A orientação então firmada pelo Supremo conflitava com a *ratio* da norma e não acompanhava a evolução da sociedade, o que frustrava a implementação do objetivo perseguido pelo constituinte originário. Nesse sentido, discorre Ricardo Alexandre (2019, p. 243):

Em edições passadas desta obra, por diversas vezes foi ressaltada a necessidade de evolução da jurisprudência da Suprema Corte relativa à matéria, sob pena de, numa sociedade que passa por uma rápida disseminação dos livros em meio eletrônico (e-books), ser frustrado o objetivo que presidiu a elaboração da regra imunizante ora estudada, qual seja o de baratear a difusão da cultura e do pensamento.

Outro não é o entendimento de Eduardo Sabbag (2016, p. 392 apud SANTOS, 2017), para quem os livros difundidos em meios ópticos seriam sucedâneos dos livros em papel.

Assim, não se poderia desconsiderar o avanço tecnológico que existe no mercado editorial, sob pena de desvirtuar o viés de desoneração delineado na Constituição.

No ano de 2017, houve importante evolução jurisprudencial, na medida em que o STF, sob a sistemática de repercussão geral, firmou o entendimento de que os livros impressos são destinatários da imunidade tributária cultural.

A Suprema Corte, reconhecendo o papel da tecnologia na sociedade moderna, consignou a importância dos novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Ainda, registrou a inconsistência do argumento de que o constituinte originário teria optado por restringir a imunidade ao livro impresso, em razão da interpretação histórica, teleológica e evolutiva dada à norma imunizante.

Nessa esteira, ensina Márcio André Lopes Cavalcante (2020), citando o voto do Ministro relator do RE 330.817/RJ, Dias Toffoli:

Segundo defendeu o Min. Dias Toffoli, o argumento de que a vontade do legislador histórico foi restringir a imunidade ao livro editado em papel não se sustenta em face da própria interpretação histórica e teleológica do instituto.

Ainda que se partisse da premissa de que o objetivo do legislador constituinte de 1988 tivesse sido restringir a imunidade, seria de se invocar, ainda, a interpretação evolutiva, método interpretativo específico das normas constitucionais.

E arremata o insigne professor:

Os fundamentos racionais que levaram à edição do art. 150, VI, "d", da CF/88 continuam a existir mesmo quando levados em consideração os livros eletrônicos, inequívocas manifestações do avanço tecnológico que a cultura escrita tem experimentado.

Utilizando-se de uma interpretação evolutiva da norma, chega-se à conclusão de que os livros eletrônicos estão sim inseridos no âmbito dessa imunidade tributária. (CAVALCANTE, 2020)

Segundo decidiu o STF, os métodos escrito e eletrônico, hoje, convivem harmonicamente, de sorte que "o invento de Gutemberg mantém utilidade e relevância, mas agora acompanhado e integrado aos meios digitais e aos elementos eletrônicos".

Portanto, a Suprema Corte pôs fim à discussão doutrinária que girava em torno da aplicação da benesse aos livros impressos, invocando a necessidade da interpretação evolutiva da Constituição, a fim de emprestar concretude aos desígnios do constituinte originário e reconhecer os avanços tecnológicos da realidade social atual.

4.2 O Recurso Extraordinário nº 330.817/RJ

No presente tópico, convém analisar os principais fundamentos e conclusões exaradas pelo STF para estender a imunidade cultural aos livros eletrônicos, no julgamento do RE 330.817/RJ.

O argumento central suscitado pelo Supremo é a relação de acidentalidade (e não essencialidade) entre o suporte (tangível ou intangível) e o livro em si. Nessa esteira, o suporte das publicações, seja ele físico ou eletrônico, é mero continente (*corpus mechanicum*) que alberga o conteúdo (*corpus mysticum*), de modo que não se revela como essencial ou condicionante para a incidência da benesse. (BRASIL, 2017, p. 55)

Tanto é assim que a própria história aponta que os livros já foram confeccionados das mais diversas maneiras, senão vejamos:

A propósito, os estudiosos do assunto mostram que os livros já foram feitos dos mais variados materiais: entrecasca de árvores; folha de palmeira; bambu reunido com fios de seda; a própria seda; placas de argila; placas de madeira e marfim; tijolos de barro; papiro; pergaminho (proveniente da pele de carneiro). (BRASIL, 2017, p. 23)

Diante disso, entendeu o STF que “a variedade de tipos de suporte (tangível ou intangível) que um livro pode ter aponta para a direção de que ele só pode ser considerado como elemento acidental no conceito de livro”. (BRASIL, 2017, p. 23)

Importa destacar que o simples fato de os livros eletrônicos viabilizarem uma maior interação com o leitor, quando comparado com os livros impressos, não obsta ao reconhecimento da benesse. Para Márcio André Lopes Cavalcante (2020), citando o Ministro relator, Dias Toffoli, trata-se de um processo natural relacionado à evolução do método escrito, com o incremento de funcionalidades que facilitam a difusão da cultura.

Daí por que os *audiobooks* também são alcançados pela imunidade cultural, sendo prescindível que o consumidor “tenha necessariamente que passar sua visão pelo texto e decifrar os signos da escrita”. (BRASIL, 2017, p. 24)

A título ilustrativo, recorda o Ministro Dias Toffoli, em seu voto:

Historicamente, o processo de leitura associava-se à declamação e à escuta, e isso perdurou por muito tempo. Assim, dizia-se que a leitura na mesopotâmia era pública e oral, significando as tabuletas de argila a própria palavra falada. Nesse sentido, “os juízes na babilônia, por exemplo, poderiam falar sobre o conteúdo da tabuleta como a sua ‘boca’, afirmar publicamente ter ‘ouvido’ a tabuleta” (FISCHER, Steven Roger. *História da Leitura*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 17). (BRASIL, 2017, p. 24)

Por fim, o respeitável magistrado ressalta que tal conclusão vai ao encontro da teologia da norma e “está intimamente ligada à liberdade de ser informado, à democratização e à difusão da cultura, bem como à livre formação da opinião pública”. (BRASIL, 2017, p. 9)

Pela mesma razão, o DVD que contenha um livro digital será imune à tributação. No caso em tela, o DVD funcionará como mero suporte do livro, isto é, como simples *corpus mechanicum*. Logo, o suporte (continente) e o livro (conteúdo) são contemplados pela norma imunizante. É como leciona Márcio André Lopes Cavalcante (2020):

Neste caso, o DVD é apenas um corpo mecânico ou suporte. Aquilo que está nele fixado (seu conteúdo textual) é o livro. Por essa razão, tanto o suporte (o DVD) quanto o livro (conteúdo) estão abarcados pela imunidade do art. 150, VI, “d”, da CF/88.

Interessante notar que o mesmo fundamento da interpretação evolutiva e teleológica foi utilizado, pelo Supremo, para admitir a incidência da regra imunizante aos *e-readers* e *e-papers*.

Conforme assinala Cavalcante (2020), trata-se de aparelhos eletrônicos cujo fim exclusivo é servir de suporte para a leitura de livros digitais, como *Kindle* (Amazon), *Lev* (Saraiva) e *Kobo* (Livraria Cultura).

No voto do Ministro Dias Toffoli (RE 330.817/RJ), restou consignado que os referidos aparelhos “se equiparam aos tradicionais corpos mecânicos dos livros físicos”. (BRASIL, 2017, p. 26)

E mais: eles são contemplados pela benesse, ainda que eventualmente possuam funcionalidades acessórias, como o acesso à internet e a iluminação de texto. A esse respeito, veja-se fragmento do voto do magistrado:

Em meu entendimento, elas estão igualmente abrangidas pela imunidade em tela, já que se equiparam aos tradicionais corpos mecânicos dos livros físicos, mesmo que estejam acompanhadas de funcionalidades acessórias ou rudimentares, como acesso à internet para o download de livros digitais, dicionários, possibilidade de alterar o tipo e o tamanho da fonte, marcadores, espaçamento do texto, iluminação do texto etc. (BRASIL, 2017, p. 26)

Ainda, trouxe o Ministro questões como tecnologia e sustentabilidade, a reafirmar a complexidade e o dinamismo da sociedade moderna, e a justificar o emprego da expressão “livro” em seu sentido *lato*. Confira-se:

De igual modo, as mudanças históricas e os fatores políticos e sociais presentes na atualidade, seja em razão do avanço tecnológico, seja em decorrência da preocupação ambiental, justificam a equiparação do “papel”, numa visão panorâmica da realidade e da norma, aos suportes utilizados para a publicação dos livros. (BRASIL, 2017, p. 28)

Se os audiobooks, e-readers e e-papers são destinatários da norma imunizante, o mesmo não ocorre com os smartphones, tablets e notebooks.

Nessa senda, relevante mencionar a ressalva feita pela Suprema Corte, na medida em que o gozo da imunidade é condicionado à exclusividade do fim a que se destina o suporte. Vale dizer, somente são abarcados pela benesse os suportes cujo objetivo único é fixar um livro eletrônico.

Com efeito, aparelhos como *smartphones* e *notebooks* são multifuncionais, o que impede sua equiparação aos livros impressos, conforme se extrai do excerto a seguir:

Embora esses aparelhos não se confundam com os livros digitais propriamente ditos (e-books), eles funcionam como o papel dos livros tradicionais impressos e o propósito é justamente mimetizá-lo. Enquadram-se, portanto, no conceito de suporte abrangido pela norma imunizante. Esse entendimento não é aplicável aos aparelhos multifuncionais, como tablets, smartphone e laptops, os quais vão muito além de meros equipamentos utilizados para a leitura de livros digitais. (BRASIL, 2017, p. 28)

4.3 O Recurso Extraordinário nº 595.676/RJ

Outro julgado que norteou a aplicação da imunidade cultural aos livros digitais foi o relativo ao Recurso Extraordinário nº 595.676/RJ, também submetido à sistemática de repercussão geral, no ano de 2017.

A questão principal era a incidência ou não da imunidade sobre componentes eletrônicos acoplados em material didático. Para a contextualização do tema, traz-se a didática indagação do professor Márcio André Lopes Cavalcante (2020):

Imagine a seguinte situação: determinada editora comercializa fascículos (uma espécie de apostila) nas quais ensina como montar computadores. O consumidor que compra esses fascículos recebe também, dentro deles, pequenos componentes eletrônicos para que ele possa aplicar, na prática, aquilo que está lendo na apostila. Quando a editora vai adquirir esses componentes eletrônicos para colocar nos fascículos, tais bens serão também imunes?

O caso submetido à apreciação do Supremo referia-se a um material didático comercializado conjuntamente com um material demonstrativo. O primeiro era uma espécie de apostila (fascículos), e correspondia à parte impressa. Já o segundo consistia em componentes eletrônicos. A reunião de ambos os materiais tinha como intuito ensinar como montar placas de computadores.

Em seu voto, o relator Ministro Marco Aurélio assim delimitou a controvérsia:

O tema é objeto de grande polêmica na doutrina e tem dividido a jurisprudência dos Tribunais – definir o alcance da imunidade tributária, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal, considerado o comércio de “bens e materiais eletrônicos” que cumprem função didática e informativa em auxílio aos livros e periódicos impressos em papel. Apenas os meios tradicionais de ensino e informação gozam da imunidade ou os componentes eletrônicos, quando desempenham papel didático e informativo complementar, em auxílio aos primeiros, também são abrangidos pela norma constitucional? (BRASIL, 2017, p. 8)

O pano de fundo do debate, mais uma vez – e como não poderia deixar de ser –, foi o avanço tecnológico da sociedade digital, e a necessidade premente de se acompanhar a evolução dos meios de informação e comunicação. Para o magistrado, é papel do Direito assumir o protagonismo e promover as adaptações à nova realidade:

Mais do que resolver problema de ordem jurídica, trata-se de enfrentar desafios promovidos pela modernidade, pelas alterações cada vez mais rápidas e profundas decorrentes do avanço da tecnologia. Como consequência direta dessa evolução, mudam a sociedade e os comportamentos humanos. O Direito, a Constituição

e o Supremo não podem ficar alheios às transformações, sob pena de assistirem passivamente a inocuidade das normas constitucionais ante o avanço dos fatos. O Direito sofre influência dessa nova realidade, à qual deve se ajustar e, a um só tempo, conformá-la. (BRASIL, 2017, p. 8)

Nessa toada, alerta o Ministro que a interpretação da norma constitucional deve se compatibilizar com os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos, sob pena de se colocar em xeque a própria efetividade da Constituição:

A abordagem teleológica e sistemática da imunidade discutida deve, portanto, conformar a Constituição de 1988 à evolução tecnológica vivida já nesta segunda década do Século XXI. Deve ser a interpretação do texto constitucional, mas do texto que se pretende compatibilizar com as transformações operadas pelos meios eletrônicos, magnéticos e digitais relativamente aos campos da educação, cultura e informação. (...) Considerada a realidade fático-tecnológica, pode-se dizer que negar a imunidade aos novos formatos de transmissão de educação, cultura e informação resulta, hoje, em amesquinhar a norma constitucional e, amanhã, esvaziá-la por completo. 9BRASIL, 2017, p. 26-27)

Com fundamento na conjuntura ora exposta, a resposta à indagação feita alhures tende a ser afirmativa. Vale dizer, a norma imunizante deve ser interpretada de tal maneira que abarque também os itens eletrônicos, pois são integrantes de um mesmo conjunto.

Assim, argumentou o insigne Ministro que a imunidade deve recair não só sobre o material impresso, mas também sobre as peças e componentes que acompanham as publicações, mesmo porque o constituinte não fez qualquer ressalva expressa. A esse respeito, confira-se o excerto adiante recortado:

Nada ocorre sem uma causa, e o constituinte diferenciou, propositalmente, a imunidade dos produtos, dos meios de veicular a educação, a cultura e a informação, daquela dos insumos, de modo que, não sendo textual e expressamente exigido que esses veículos sejam imunes apenas quando revestirem forma em papel, tem-se como possível o sentido que resulte no alcance da norma constitucional aos livros, jornais e periódicos em formato digital ou eletrônico e, com a mesmíssima razão, às publicações mistas, integradas partes impressas e componentes eletrônicos ou digitais como um todo didático ou informativo, caso retratado neste processo. (BRASIL, 2017, p. 23-24)

Também não era de se esperar que o legislador histórico houvesse previsto tamanho avanço tecnológico, a ponto de prever expressamente a extensão da imunidade aos livros digitais:

A ausência de previsão expressa do formato eletrônico ou digital desses meios pode ser explicada pela realidade tecnológica em 1988. Sem dúvida, imunizar veículos nesse formato inovador não podia ser preocupação do constituinte. (BRASIL, 2017, p. 31)

Pelo exposto, a conclusão a que chegou o STF foi a de que os componentes eletrônicos integrantes de unidade didática com fascículos também são imunes, por formarem um todo unitário e indissociável, em consonância com a interpretação teleológica e evolutiva da Constituição.

Por derradeiro, cumpre anotar importante ressalva feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhando o voto do relator, Ministro Marco Aurélio. É que a imunidade não se presta a beneficiar a “venda dissimulada de mercadorias”, sendo imprescindível que haja a unidade didática e a razoabilidade da complementaridade. Nesse sentido:

Assim, não é possível lançar uma coleção de fascículos sobre pedras preciosas brasileiras e, aí, vender o fascículo junto com uma esmeralda a cinco mil reais, ou, quem sabe a história do automóvel, junto com o fascículo, o sujeito pode comprar uma Mercedes C. É indispensável a unidade didática e a razoabilidade dessa complementaridade (...) (BRASIL, 2017, p. 33)

Diante do exposto, é razoável concluir que, embora vacilante em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal acabou sinalizando reconhecimento da imunidade cultural aos livros eletrônicos, especialmente quando do julgamento dos recursos ora mencionados.

4.4 A Súmula Vinculante 57

É certo que o STF já havia firmado orientação no sentido de estender a imunidade cultural aos livros digitais e suportes próprios para sua leitura, notadamente quando do emblemático julgamento dos Recursos Extraordinários nº 330.817/RJ e nº 595.676/RJ, sob a sistemática de repercussão geral, no ano de 2017.

Ocorre que, em 2020, fazendo uso da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 103-A, da CF/88, a Suprema Corte sedimentou definitivamente o entendimento em tela, ao

aprovar Proposta de Súmula Vinculante elaborada pela Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (Brasscom).

A súmula vinculante é instituto jurídico de envergadura constitucional e importante instrumento de uniformização da jurisprudência e de reforço à segurança jurídica. Nesse sentido, estabelece a Constituição (BRASIL, 1988):

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Para Pedro Lenza (2020, p. 949), a essência da norma em comento guarda pertinência com vetores principiológicos, mormente a segurança jurídica, a proteção à confiança e a isonomia, sob a égide da concepção da dignidade da pessoa humana.

É possível afirmar que a introdução da súmula vinculante do direito brasileiro remonta à sistemática do *stare decisis*, em que "o precedente judiciário é fonte de direito, isto é, detém valor normativo" (AGRA, p. 122-123 apud LENZA, 2020, p. 950).

Desta feita, a criação dos precedentes tem como escopo evitar o risco de instabilidade e de decisões conflitantes, em atenção à coerência e à uniformização das decisões judiciais.

Ademais, explica o referido autor que o instituto em epígrafe, exclusivo do STF, foi introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, e produz efeitos de vinculação para os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como para a Administração Pública (LENZA, 2020, p. 955).

Nesse diapasão, cumpre colacionar excerto do relatório da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, que assim aduz:

Parece-nos evidente que a súmula vinculante tende a promover os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois padronizará a interpretação das normas, evitando-se as situações propiciadas pelo sistema vigente, em que pessoas em situações fáticas e jurídicas absolutamente idênticas se submetem a decisões judiciais diametralmente opostas, o que prejudica em maior medida aqueles que não têm recursos financeiros para arcar com as despesas processuais de fazer o processo chegar ao Supremo Tribunal Federal, onde a tese que lhe beneficiaria fatalmente seria acolhida. (BRASIL, 2004 apud LENZA, 2020, p. 963)

Digno de nota é o fato de que não foi necessária a aprovação de um projeto de emenda constitucional que alterasse, textualmente, o dispositivo em tela, a fim de fazer constar, *ipsis litteris*, o livro eletrônico em seu corpo. (GRASSI; SANTOS, 2020)

Com efeito, trata-se, tão somente, de extrair da norma constitucional sua máxima efetividade e eficácia, por meio de uma interpretação histórica, finalística e evolutiva, em conformidade com as exigências da sociedade moderna, e sob a égide de um instrumento constitucionalmente apto a este fim: a súmula vinculante.

Superada a demonstração relativa à origem, fundamento e definição da súmula vinculante, convém trazer à baila o teor do verbete sumular nº 57, objeto de análise do presente tópico:

Súmula Vinculante 57: A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (*e-book*) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (*e-*

readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias. (BRASIL, 2020)

Dessa forma, cumpre assinalar que os embates doutrinários uma vez existentes, ora pugnando pela interpretação restritiva da norma, ora defendendo a extensão da benesse aos livros digitais, foram definitivamente apaziguados pelo STF.

A Suprema Corte, enquanto guardiã da Constituição, exerceu seu mister de intérprete máximo, e pôs termo à contenda, valendo-se, em última análise, da aprovação de súmula vinculante, com o fim precípuo de conferir estabilidade, coerência e segurança jurídica às decisões exaradas pelos juízes singulares e tribunais do país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o poder de tributar seja prerrogativa estatal consentânea com a indisponibilidade do interesse público, é razoável concluir que tal poder não é ilimitado.

Não só porque se trata de relação eminentemente jurídica, pautada nas balizas do direito, como também pelo fato de a Constituição, em seu próprio texto, haver traçado diretrizes que põem restrições à instituição de tributos pelos entes políticos.

Com efeito, as limitações constitucionais ao poder de tributar, embora previstas em seção específica, nela não se esgotam, na medida em que a Constituição contempla outras normas imunizantes, dispersas em seu corpo. Tampouco a disciplina constitucional consagra rol taxativo (*numerus clausus*), uma vez que outras limitações decorrem dos vetores constitucionais, e mesmo dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

De mais a mais, é certo que as limitações estabelecidas pelo legislador constituinte possuem, cada qual, um fundamento. A *ratio essendi*, seja dos princípios constitucionais tributários, seja das imunidades tributárias, guarda pertinência com princípios fundantes e estruturantes do Estado, bem como com um plexo de valores políticos, éticos, sociais e culturais.

No que tange à imunidade cultural, o valor essencial que a norma visa a proteger é a liberdade de manifestação do pensamento, notadamente a democratização da informação e a difusão da cultura, por meio do barateamento dos livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão.

A fim de emprestar máxima concretude aos desígnios do constituinte originário, o Supremo Tribunal Federal fez uso de uma interpretação histórica, evolutiva e teleológica para estender a proibição constitucional de instituição de impostos também sobre os livros

eletrônicos e suportes destinados exclusivamente a este fim, embora não haja previsão textual expressa na Constituição.

Atendendo aos anseios e exigências de uma sociedade dinâmica e plural, reconheceu a Suprema Corte que o legislador histórico, em 1988, não era capaz de prever os avanços tecnológicos vindouros, daí por que não cabe pressupor que seu silêncio, à época, importou rejeição à extensão da norma imunizante.

Em última análise, reconheceu-se que o Supremo não pode ficar alheio aos novos fenômenos sociais, tecnológicos e culturais. Assim, há uma necessidade inarredável de que o Direito acompanhe, no mesmo passo, as transformações da sociedade moderna.

Destarte, na era digital, é inconcebível restringir o alcance da imunidade cultural aos livros impressos, sob pena de esvaziar o sentido finalístico da norma imunizante e desvirtuar o objetivo fundamental perseguido pelo legislador constituinte.

Nesse contexto, vale ressaltar que a jurisprudência do STF, desde o ano de 2017, estava consolidada, quando em 2020 consagrou definitivamente a extensão da imunidade cultural aos livros digitais, por meio da aprovação da súmula vinculante nº 57.

A publicação do verbete, enfim, mais do que pôr termo a qualquer discussão acerca do alcance do beneplácito constitucional, confere força normativa à orientação do Supremo, nos termos do art. 103-A da Constituição, além de prestigiar a estabilidade, uniformidade e coerência da jurisprudência, e densificar os princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e isonomia.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 221.239**. Reclamante: Editora Globo S/A. Reclamado: Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Divulgado em 06/08/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 330.817**. Reclamante: Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Elfez Edição Comércio e Serviços LTDA. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE nº 195, divulgado em 30/08/2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 595.676**. Reclamante: União. Reclamado: Nova Lente Editora LTDA. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJE nº 291, divulgado em 15/12/2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Nova Súmula Vinculante 57 comentada**. 15 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2020/04/nova-sumula-vinculante-57-comentada.html>> Acesso em: 16 mar. 2021

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GRASSI, Ana Carolina Casanova. SANTOS, Gustavo Abrahão dos. **A Súmula Vinculante nº 57 do STF: a imunidade tributária para e-books e o meio ambiente cultural**. Disponível em: <https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20201125002429.pdf> Acesso em: 19 mar. 2021

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. SANTOS, Marcelo Gonçalves dos. **O reconhecimento da imunidade tributária aos livros eletrônicos**. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima17/16-O-reconhecimento-da-imunidade-tributaria-aos-livros-eletronicos-Santos.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2021.

STF aprova súmula vinculante sobre imunidade tributária para livros eletrônicos. Notícias STF. 16 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441499&ori=1>> Acesso em: 15 mar. 2021

ASPECTOS INICIAIS À INTRODUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

DANIELLA MOURA STEUBLE COSTA MAIA:

Tabeliã de Notas e Protesto da Comarca de Brodowski/SP. Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral. Pós-graduada em Direito Civil. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2009/MG).¹⁸

RESUMO: O presente estudo apresenta como tema a introdução à Análise Econômica do Direito, refletindo o desenvolvimento da matéria no Brasil. Para isso, busca-se analisar sua origem e antecedentes, assim como observar a importância da Escola de Chicago e seus pensadores para essa disciplina jurídica. São inúmeros os benefícios de se apresentar aos estudantes de direito, assim como aos juristas já formados um viés econômico e mais pragmático ao estudo jurídico. Com isso, pode-se observar que no Brasil esse estudo ainda é insipiente, embora esteja em desenvolvimento. Objetiva-se, por fim, analisar em que medida a análise econômica do direito é importante nas soluções alternativas de conflitos.

Palavras Chaves: Direito. Economia. Escola de Chicago. Análise Econômica do Direito no Brasil.

ABSTRACT: This study presents as theme the introduction to Law and Economics and the developing in Brazil. For this, we seek to analyze the origin and background, as well as observing the importance of Chicago School of Economics and its thinkers for these legal discipline. There are numerous benefits of presenting law students, as well as jurists who have already graduated, with na economic and more pragmatic approach to legal studies. Thus, it can be observed that in Brazil this study is still incipient, although is under development. Finally, the objective is to nalyze to what extent law and economics is important in alternative conflict solution.

Keywords: Law. Economic. Chicago Scholl of Economics. Law and Economics in Brazil.

INTRODUÇÃO

O Direito e a Economia são ciências que andam por caminhos distintos. O Direito é uma ciência hermenêutica que, em seu sentido objetivo, pode ser conceituado como o sistema de normas, princípios e regras, que regem a conduta humana e suas relações

¹⁸ E-mail: daniellasteuble@gmail.com.

sociais. A Economia, por sua vez, é uma ciência empírica que busca a alocação de recursos escassos de maneira eficiente.

Ademais, o Direito busca a justiça na solução dos problemas e questões, sendo esta a premissa que norteia os juristas e estudiosos dessa ciência humana. A Economia, por sua vez, tem em sua análise principal a busca pela eficiência. Com isso, podemos ver que essas duas ciências possuem diferenças significativas e os profissionais dessas áreas andam por caminhos distintos.

Nos países cuja tradição jurídica se baseia na doutrina romano-germânica, há, em maior evidência, um distanciamento entre o Direito e outras áreas do conhecimento humano. Essa escola jurídica é muito dogmática e valorativa, os países que tem um direito baseado na *Civil Law* são muito ligados ao positivismo jurídico e a normatização posta.

Ao longo das últimas décadas surgiu, principalmente nos Estados Unidos da América, corrente doutrinária que passou a estudar a interseção entre essas duas ciências. Com isso, esses estudiosos começaram a desenvolver a aplicação de conceitos econômicos à ciência jurídica.

A Análise Econômica do Direito ou Direito e Economia, como é conhecida no Brasil, originariamente chamada de *Law & Economics*, é a disciplina teórica que se desenvolveu a partir dessa conjunção das ciências econômicas e jurídicas.

A Análise Econômica do Direito propõe uma junção entre o Direito e a Economia, aplicando conceitos econômicos à ciência jurídica. Antônio Maristello Porto conceitua a Análise Econômica do Direito como a disciplina que "visa maximizar riquezas (alocando os recursos da forma mais eficiente possível) e procura prever o impacto do direito na economia. Encaram-se as instituições legais não como elementos alienígenas do sistema econômico, mas sim como variáveis a ela pertencentes, e analisam-se os efeitos que as alterações nessas variáveis provocam na economia como um todo".

1. ORIGEM E ANTECEDENTES

Podemos dividir o estudo da Análise Econômica do Direito em dois momentos históricos distintos. A primeira origem que temos dessa corrente doutrinária ocorreu no século XIX, na Europa Continental. Ela se desenvolveu, especialmente, na Alemanha e em países de tradição germânica.

A obra que é considerada expoente, desse período, no tocante à Análise Econômica do Direito é a monografia do professor da Universidade de Viena, Victor Mantaja, "*Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*", que pode ser traduzida como "O Direito e a Responsabilidade Civil, sob o ponto de vista da Economia Política".

Esta obra trata do Direito do Dano e da Responsabilidade Civil sob o ponto de vista dos efeitos dos incentivos gerados por ela. É o que convencionou-se chamar de *Tort Law*. Cabe ressaltar que, quando utiliza-se do termo incentivos, este está sendo colocado em seu sentido econômico, qual seja, são os fatos que levam o sujeito racional a praticar determinada conduta, após uma análise consequencialista de suas atitudes.

Todavia, essa primeira visão da Análise Econômica do Direito não prosperou. Em grande parte, podemos creditar esse pouco desenvolvimento ao fato desses países terem uma tradição jurídica fortemente ligada à Escola Histórica, romano-germânica.

Em um segundo momento, a Análise Econômica do Direito se desenvolveu nos Estados Unidos, nas décadas de 1940 e 1950, após a Segunda Guerra Mundial. Especialmente com a publicação, pela Universidade de Chicago, em 1958, do *Journal of Law and Economics*.

O Direito norte americano, que tem suas origens na *Commun Law*, fortaleceu a interseção entre o Direito e a Economia e trouxe maior visibilidade e desenvolvimento para o seu estudo.

A Análise Econômica do Direito tem sua gênese no Realismo Jurídico. Este pode ser compreendido como a filosofia do direito que analisa e entende o sistema jurídico como fato, ou seja, o direito é aquilo que é decidido *in concreto* pelos tribunais. Vale dizer, o direito é determinado, verdadeiramente, pela decisão judicial e não pelo que as normas e fontes do direito determinem que ele seja. O Realismo Jurídico distancia o sistema normativo da metafísica e do idealismo do direito.

Podemos observar que uma diferença substancial do movimento da *Law & Economics* que emergiu nos Estados Unidos, para o anterior, foi o fato de seus expoentes serem economistas que, posteriormente, estudaram o Direito em cursos de pós-graduação. A teoria que emergiu na Europa foi desenvolvida apenas por juristas que não possuíam estudos de graduação em economia.

Posteriormente à publicação do *Journal of Law and Economics* pela Universidade de Chicago, Ronald Coase publicou diversos artigos sobre o assunto, em especial, o denominado "*Problem of Social Cost*" trazendo maior repercussão para a Análise Econômica do Direito durante a década de 1960.

Este autor desenvolveu o Teorema de Coase, que foi muito importante para a expansão do movimento da Análise Econômica do Direito. Isso se deu uma vez que ele traz diversos conceitos da economia para sempre aplicados ao direito. A título de exemplo, podemos destacar o conceito de eficiência e de custo de transação.

Nas palavras de Maristello Porto e Nuno Garoupa, o Teorema de Coase pode ser entendido, de maneira simplificada, como “a máxima de que indivíduos, a um custo zero de transação, podem negociar livremente para resolver seus problemas, sem necessitar da interferência do Direito, e o resultado será o mais eficiente.”

Outro autor que contribuiu fortemente com o desenvolvimento da matéria foi Guido Calabresis, com várias publicações, merecendo destaque o artigo intitulado “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”.

Guido Calabresis, professor da Universidade de Yale, foi juiz federal e da Corte de Apelações, é considerado um dos pioneiros em publicações sobre a *Law & Economics*. Sua contribuição mais expressiva para o movimento foi uma pesquisa que originou a publicação de artigos que explicou a estrutura do Direito da Responsabilidade Civil, sob a perspectiva de princípios econômicos.

Gary Becker, professor da Universidade de Princeton e Chicago, é economista e também um autor que contribuiu para ampliar a visão da Análise Econômica do Direito. Ele utilizou os princípios da economia à análise do crime no artigo “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”, além de escrever diversos artigos relacionando os princípios econômicos à questões raciais e da vida familiar, o que lhe rendeu o Prêmio Nobel das ciências econômicas em 1992.

Outro autor que merece destaque é Richard Posner. Ele é considerado um dos maiores expoentes do estudo e desenvolvimento da Análise Econômica do Direito. Além de economista e Professor da Universidade de Chicago, foi juiz da Corte de Apelações dos Estados Unidos, o que deu a ele as qualidades necessárias para aplicar os preceitos da análise econômica do direito a decisão de casos concretos.

Publicou a monografia “*Economic Analysis of Law*”, em que traz o estudo de diversos ramos do direito do ponto de vista econômico. Nela, Posner propõe que a *common law* pode ser explicada por meio do conceito de eficiência. Insta salientar que, no sistema da *common law*, as decisões dos casos concretos são consideradas fontes do direito. O autor entende que a eficiência explica a *common law*, na medida em que um precedente ineficiente pode ser questionado e, conseqüentemente, desconsiderado. Dessa maneira, ele conclui que o sistema da *common law* acabaria por desenvolver soluções eficientes no decorrer do tempo.

Sua visão jurídica a respeito da *common law* e a aplicação do conceito de eficiência nas decisões, foi considerada precursora, embora alguns autores a considerasse controversa, para uma nova forma de pensar o direito, quebrando os paradigmas tradicionais.

Posner considerou os casos antitruste, fazendo uma análise histórica a respeito da matéria, como o início da utilização da análise econômica do direito na aplicação e interpretação da lei. Para ele, estes foram as maiores fontes do movimento de interseção entre direito e economia na década de 1960, tendo em vista que os casos antitruste possuíam um forte vetor econômico, além do fato de os economistas analisarem a legislação sob o viés econômico.

Em consonância com a evolução do movimento da análise econômica do direito, nas décadas de 1980 e 1990, algumas universidades e escolas de direito nos Estados Unidos, passaram a colocar economistas para ministrar aulas de Análise Econômica do Direito. Assim, os alunos puderam ter uma visão mais ampla sobre a aplicação dos conceitos econômicos no direito, formando profissionais mais completos.

2. ESCOLA DE CHICAGO

A Escola de Chicago é a escola do pensamento econômico que tem como expoentes Milton Friedman e George Stigler, ambos ganhadores do Prêmio Nobel da Economia.

O pensamento dessa escola se baseia nos ideais de livre mercado e foi difundida pelos professores da Universidade de Chicago. Seu pensamento está relacionada à teoria neoclássica de formação de preços e ao liberalismo econômico.

A teoria dos preços é o que chamamos de microeconomia e visa analisar a formação dos preços de mercado. Vale dizer, ela estuda como as empresas e o consumidor se relacionam e interagem entre si para determinar o preço e a quantidade de um bem ou serviço.

A microeconomia estuda a oferta, a demanda e o equilíbrio de mercado. A interação entre essas duas forças, oferta e demanda, que irá determinar os preços de mercado. A teoria dos preços objetiva explicar como o preço é escolhido e quais os fatores determinantes para a sua formação.

A Escola de Chicago declina dos ideais keynesiano, que defendem que o Estado deve ter um papel ativo de regulação da nação. A Escola de Chicago propõe exatamente o oposto. Ela defende o liberalismo, rejeitando a regulamentação dos negócios, para que o *laissez-faire* possa ser aplicado.

Milton Friedman foi um economista americano que lecionava na Universidade de Chicago e se tornou um dos principais representantes da Escola de Chicago, na segunda

metade do século XX. ganhador do Prêmio Nobel da Economia em 1976, é um dos economistas mais importantes do século passado.

Friedman criou a Teoria Monetarista, em oposição as ideias defendidas por John Maynard Keynes. O monetarismo é uma corrente que estuda a política monetária e os efeitos que ela causa no preços. Essa teoria defende o livre comércio e critica fortemente a intervenção do Estado na Economia.

Essa é a ideia central do neoliberalismo. O neoliberalismo econômico se desenvolveu a partir da década de 1970. Trata-se de um pensamento que prega o livre mercado, se opondo ao Keynesianismo e aos ideais do Estado intervencionista e de Bem-Estar Social.

O neoliberalismo propõe um Estado mínimo, não intervencionista. A economia deve se basear na força do mercado, que deve agir livremente, garantindo, assim, o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país. Dessa maneira, a organização econômica e social encontra seu equilíbrio por meio do livre mercado, por meio da concorrência entre empresas e pessoas, gerando o progresso social.

Algumas das principais características do neoliberalismo são: a livre circulação de riquezas e de capitais, inclusive, internacionais; adoção de medidas contra o protecionismo; privatização de empresas estatais, fazendo com que se tenha, dessa forma, um Estado mínimo; abertura econômica para a entrada de empresas multinacionais; e redução de impostos e tributos.

Friedman defendia que o Estado deveria ter um papel minimalista na sociedade. Portanto, não deveria se ocupar de planejamento e investimento econômico, limitando-se à função de exercer o controle inflacionário, por meio do controle da emissão de papel moeda. Os demais aspectos da economia, com isso, seriam exercidos pelas empresas privadas e o livre mercado.

O ideal neoliberal entende que as pessoas deveriam ser livres da tutela do Estado, para se desenvolverem plenamente por meio do individualismo, da democracia representativa e da livre concorrência econômica do mercado. Assim, seria possível garantir um equilíbrio social, cabendo ao Estado a função de regular conflitos sociais utilizando a legislação.

3. ORIGEM E EVOLUÇÃO NO BRASIL

A Análise Econômica do Direito tem uma forte influência de autores norte-americanos, onde a interseção entre Direito e Economia foi estudada e aplicada. A base dessa disciplina jurídica está na aplicação da Teoria Microeconômica à realidade jurídica. A microeconomia pode ser conceituada como a parte da economia que estuda as

características e comportamento de produtores e consumidores e as relações que ocorre entre eles no mercado. É a ciência por trás da formação dos preços, analisando a oferta e a demanda.

A eficiência está no cerne da Análise Econômica do Direito. Ela aplica a eficiência às normas legais para a tomada de decisões no âmbito jurídico. Deve-se analisar a jurisprudência e as normas legais sob a perspectiva da eficiência no uso dos recursos.

Mesmo com o crescimento da Análise Econômica do Direito no mundo, no Brasil ainda temos um desenvolvimento tímido da matéria. Somente nas duas últimas décadas que tivemos um desenvolvimento nacional dessa disciplina. Um dos fatores que dificultaram a propagação dessa ciência jurídica no Brasil é o fato de adotarmos o modelo de Direito Tradicional Neoclássico, baseado na *civil law*. Por ter se desenvolvido nos Estados Unidos, a Análise Econômica do Direito foi feita com base no sistema jurídico da *commun law*.

Um dos precursores da Análise Econômica do Direito no Brasil foi o Professor Guido Calabrese. Para ele, essa disciplina jurídica não é a solução para resolver todos os problemas jurídicos, mas, na verdade, trata-se de uma metodologia de interpretação do Direito. Assim como temos outras formas de interpretação jurídica, como, por exemplo, a teleológica e a gramatical.

Embora seja considerada a corrente jurídica mais revolucionária do direito americano das últimas décadas, é importante ter em vista que trata-se de uma metodologia auxiliar, cujo fundamento não pode se basear exclusivamente na eficiência. É necessário que se cumpra, ademais, os ideais de justiça ao se aplicar a Análise Econômica do Direito e a eficiência às situações jurídicas.

No Brasil, as primeiras contribuições sobre o tema se deram por meio de trabalhos acadêmicos que trouxeram a interseção entre Direito e Economia em suas pesquisas. Dessa forma, verifica-se que, inicialmente, o desenvolvimento se deu em caráter acadêmico e não institucional, pelos aplicadores do Direito. Até a década de 1980, houve apenas trabalhos isolados sobre o tema, não se vinculando aos estudos da Análise Econômica do Direito, propriamente dita.

Durante alguns anos, o que houve no Brasil, foi a ocorrência de iniciativas descoordenadas, com a tradução de algumas obras estrangeiras para o português. Somente no ano de 1994, com a publicação do Livro "Análise Econômica do Direito" por Antônio Maristelo Porto e Nuno Garoupa que esta disciplina passou a ter uma maior visibilidade no Brasil. Em seguida, foram publicadas algumas obras aplicando os princípios da Análise Econômica do Direito aos problemas jurídicos, no contexto do Brasil. Os

principais temas dessas obras estavam relacionados à Direito Concorrencial, Direito Contratual e Direito Societário.

Todavia, não houve um desenvolvimento e propagação imediata da disciplina de Análise Econômica do Direito. Pelo contrário, no Brasil, é possível observar, com base nas grades curriculares dos cursos de Direito, que há uma falta de contato dos estudantes com esta matéria. Na graduação, mesmo após a publicação da Resolução MEC/CNE/CES nº 09/2004, que trata das diretrizes curriculares nacionais, determinando como eixo na formação do bacharel em direito, o estudo da economia, não houve a inclusão dessa disciplina nos cursos existentes no País.

O estudo da Análise Econômica do Direito ainda é muito insipiente no Brasil. As cadeiras que trazem o estudo da Economia nos cursos de graduação em Direito não aprofundam a interseção entre Direito e Economia como proposto por esta disciplina. O que se vê, é a formação de diversos bacharéis em Direito que desconhecem abrangência das consequências teóricas e práticas da economia no campo jurídico.

No que diz respeito à pós-graduação, o crescimento da matéria se deu a partir dos anos de 1990 com cursos de mestrado e doutorado com linhas de pesquisa que tratam da questão, ainda que de maneira indireta. A dificuldade para uma maior disseminação dessa disciplina se da, entre outros fatores, pelo fato de ter havido, por muito tempo, uma confusão entre Direito Econômico e Análise Econômica do Direito.

Embora sejam temas correlatos, trata-se de disciplinas jurídicas distintas. Essa confusão entre elas dificultou o claro entendimento das respectivas linhas distintas de análise que cada uma propõe. Direito Econômico, pode ser conceituado como o ramo do direito que se estuda as normas jurídicas que regulam a produção e a circulação de bens e serviços, visando o desenvolvimento econômico do País. Trata-se de normas que regulam os monopólios, oligopólios, fusões e incorporações, objetivando impedir a concorrência desleal e a manipulação dos preços e mercados pelas corporações.

A partir de 2005, começaram a surgir as primeiras iniciativas institucionais no Brasil a respeito da Análise Econômica do Direito. Neste ano, foi criado o primeiro programa de pesquisa nesta matéria, bem como a primeira associação estadual de direito e economia. Além disso, a disciplina foi incluída em alguns cursos de graduação e mais cursos de pós-graduação, voltado para essa seara jurídica, foram criados.

Nos anos seguintes, foi possível verificar o desenvolvimento e a expansão da Análise Econômica do Direito no Brasil. Em 2007, foi criada a Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e o País sediou pela primeira vez a Conferência Internacional da Associação Latino Americana e do Caribe de Direito e Economia (ALACDE).

No ano de 2010, foi lançado o primeiro Periódico Brasileiro Sobre o Tema: Economic Analysis of Law Review (atualmente 9ª edição). E, no ano seguinte, o Supremo Tribunal Federal sediou evento “Direito, Economia e Desenvolvimento”, organizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que trouxe a tona a discussão sobre a interseção entre Direito e Economia.

Muito embora tenha havido um crescimento positivo nos últimos anos, os estudos da Análise Econômica do Direito ainda não representa parcela expressiva do que é produzido pelos centros de pesquisa no Brasil. A título de exemplo, dos 82 programas de pós-graduação em Direito, recomendados pelo Capes, apenas 24 tratam de questões de Direito e Economia. Contudo, dentro destes, ainda há casos mais sobre Direito Econômico do que Análise Econômica do Direito, propriamente dito.

Em consonância com o avanço e desenvolvimento da matéria no País, o Superior Tribunal de Justiça, em 2015, proferiu uma decisão, em sede de Recurso Especial, em que utiliza de maneira explícita a metodologia da Análise Econômica do Direito. Anteriormente, era possível observar que a sistemática econômica estava presente nas decisões judiciais dos Tribunais, entretanto, não era feita de forma expressa.

2015 – Julgado do STJ em sede de Recurso Especial (nº1163283/RS) – Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão – temos a alusão expressa a essa visão consequencialista do Direito, mais precisamente à Análise Econômica da Função Social dos Contratos. O relator sela essa parceria do Direito com a Economia nos remetendo à função última da norma esculpida no art. 50 da Lei 10.931/2004 (trata do contrato de financiamento imobiliário)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1163283/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015) (grifo nosso)

A decisão proferida pelo Ministro Luiz Felipe Salomão, levou em consideração o Princípio da Eficiência em relação ao processo, conforme trazido pelo Novo Código de Processo Civil. A Eficiência Processual objetiva atingir os fins processuais com o menor custo possível.

Dessa maneira, a norma jurídica visa manter o andamento do contrato mesmo com a propositura de uma demanda judicial. Em muitas situações, só parte do contrato é questionada, por isso a decisão busca manter a segurança jurídica e evita o desperdício financeiro. A Análise Econômica do Direito vem ampliando seu alcance junto aos juristas e aplicadores do direito e enraizando na Doutrina e Jurisprudência nacionais.

Em relação às dificuldades enfrentadas para o maior desenvolvimento e visibilidade da Análise Econômica do Direito no Brasil, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, pontuam que o advento da Constituição Federal de 1988, juntamente com a criação de diversos planos econômicos na década de 1980, aumentou o atrito entre Direito e Economia já existente no País.

De fato, a Carta Magna trouxe novas atribuições ao Judiciário, bem como atribuiu ao Estado a prerrogativa de prover funções públicas universais. Dessa maneira, a máquina pública ficou sobrecarregada, tendo em vista que não houve o crescimento econômico necessário para suprir essas novas demandas, gerando um déficit nas contas públicas.

A Análise Econômica do Direito pode contribuir para que essa função estatal seja gerida de forma mais eficiente, na medida em que propõe em diálogo entre direito e economia.

A análise econômica do direito sofreu muita resistência no Brasil. Isso se deve ao fato dessa disciplina jurídica ser baseada na *common law*, enquanto o sistema jurídico brasileiro tem por pilar um direito europeu continental, com origem na *civil law*. O direito brasileiro é um direito romano germânico, dogmático, valorativo. Nossa escola jurídica sempre foi focada no positivismo jurídico, na codificação, normatização das leis; contudo por ser muito focado no direito posto, codificado, é uma escola jurídica que se afastada da realidade do povo, da escassez, da eficiência.

Ademais, a Análise Econômica do Direito tem origem no realismo jurídico e na filosofia consequencialista. O realismo jurídico pode ser conceituado como a corrente doutrinária da filosofia jurídica que entende o sistema jurídico como fato, ou seja, seus teóricos entendem que a decisão judicial é a verdadeira forma de determinação do direito. Assim, o realismo afasta o sistema jurídico de visões idealistas do direito e da metafísica.

O realismo jurídico se desenvolveu fortemente nos Estados Unidos e nos países escandinavos. Com o direito baseado na *common law*, essa corrente jurídica entende que o direito é aquilo que os tribunais fazem e não o que se espera que ele faça, ou o que as fontes do direito indiquem que ele faça, por isso a importância e destaque que dão para a decisão judicial.

No Brasil, não adotou o realismo jurídico, não participando, portanto, desse momento histórico. Com o Direito baseado na *civil law*, e muito ligado ao positivismo jurídico, a Análise Econômica do Direito teve seu desenvolvimento lento e incipiente no País. Contudo, é possível ver um aumento do desenvolvimento dessa disciplina que pode enriquecer nosso sistema jurídico com conceitos de microeconomia, como preço, mercado, eficiência e escassez. Esses conceitos são importantes para trazer nosso direito para a

realidade, em um mundo em que há escassez de recursos e em um País com grande desigualdade social.

4. A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS

A Análise Econômica do Direito está se enraizando no Brasil. Todavia, ainda há uma resistência, tendo em vista que o direito brasileiro ainda é muito dogmático, romano germânico, baseado na escola da *civil law*. O direito europeu continental, no qual se estruturou o direito nacional é valorativo, dá muito destaque aos princípios, a diferença entre regras e princípios, e muitas teses filosóficas.

Essa disciplina jurídica crítica justamente esse distanciamento do direito positivado da realidade vivida pela população. Isso faz com que a união do direito e da economia tenha muita resistência no Brasil. Entretanto, a Análise Econômica do Direito está crescendo e se desenvolvendo em nosso País.

A Análise Econômica do Direito traz o conceito de economia em seu bojo, qual seja, alocar recursos de forma eficiente. Essa interseção é de extrema importância, especialmente se considerarmos que vivemos em um mundo em que os recursos que são escassos. Direitos são recursos escassos. Dessa maneira, os conflitos jurídicos devem ser resolvidos da forma mais eficiente e pragmática possível, com base em estatísticas, sempre levando em conta o conceito de justiça.

Os conceitos de microeconomia devem ser usados na solução dos conflitos jurídicos, sempre tendo como norte a busca por justiça de maneira eficiente. A racionalidade econômica deve estar presente na tomada de decisões jurídicas e na solução dos conflitos, ou seja, deve-se ter uma visão consequencialista do direito. Vale dizer, o consequencialismo jurídico leva em consideração que os indivíduos são agentes econômicos racionais e, com isso, é possível prever o que vai acontecer com a aplicação da norma jurídica.

Cabe ressaltar, que os conceitos da microeconomia e a sua teoria são úteis para as tentativas de pacificação dos litígios. São três, as principais correntes, que são utilizados para a solução de litígios: reducionista, explicativa e predição.

Os Reducionistas entendem que o Direito pode ser reduzido à Economia. É uma corrente minoritária que determina que as categorias jurídicas tradicionais, como direitos subjetivos, deveres jurídicos, negligência, dentre outros, podem ser substituídas por categorias econômicas.

A corrente Explicativa, por sua vez, entende que a Economia poderia criar uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas. Ou seja, a teoria econômica seria capaz de elucidar a estrutura lógica do direito, ainda que o faça de forma parcial.

Por fim, a terceira e última corrente, a da Predição entende que a Economia pode ser utilizada para prever as consequências das normas jurídicas. Pretende-se identificar os possíveis efeitos das normas jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais.

As soluções alternativas de conflitos são formas de resolver divergências jurídicas por meios outros que não o Poder Judiciário. As principais são a arbitragem, conciliação e mediação. O uso delas para promover o entendimento e a solução da lide entre as partes permite que resolução do conflito se dê de forma mais eficiente possível.

De fato, a solução judicial de divergências jurídicas nem sempre é a melhor maneira de se encerrar um conflito. Muitas vezes, a morosidade do Poder Judiciário, ainda que, ao final, se tenha uma decisão favorável, traz custos e desgastes físicos e temporais que nos levam a decisões menos eficientes do que aquelas proferidas em sede de meios alternativos de solução de controvérsias.

Deve-se levar em consideração, quando surge um conflito, a possibilidade do ganho pretendido, bem como os custos envolvidos para que se chegue a uma decisão final, seja utilizando-se o Poder Judiciário ou métodos alternativos. Assim, a Análise Econômica do Direito deve ser utilizada e aplicada tanto ao processo judicial como aos conflitos extrajudiciais, para que se observe e verifique quais os custos e vantagens em cada possibilidade de decisão.

CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito é uma disciplina jurídica que ganhou força e visibilidade nos Estados Unidos com a interseção entre Direito e Economia, com o objetivo de se aplicar conceitos de microeconomia ao Direito, principalmente a ideia de eficiência. Contudo, não se pode esquecer que as decisões jurídicas sempre devem ser tomadas com o fim de se alcançar a justiça, mesmo se tendo como norte os conceitos de eficiência e custo de transação.

No Brasil, a evolução da matéria tem se dado de maneira lenta e paulatina. Inicialmente, tivemos apenas a tradução de algumas obras estrangeiras para, em um segundo momento, surgirem obras nacionais específicas sobre a Análise Econômica do Direito. Da mesma forma, a grade curricular das graduações em Direito ainda não traz essa disciplina na formação dos bacharéis em direito.

Por outro lado, embora incipiente, essa doutrina jurídica tem ganhado corpo e estudiosos em nosso País, principalmente nas últimas décadas. Os cursos de pós-graduação que tratam do tema vêm crescendo, assim como a aplicação dessa teoria nas decisões dos nossos Tribunais. Já é possível encontrar decisões em que o uso da Análise Econômica do Direito é usada explicitamente.

A Análise Econômica do Direito é uma doutrina em ascensão e desenvolvimento no País que traz muitos benefícios na formação dos bacharéis em direito, para que possamos ter um direito que leva em consideração não apenas os aspectos teóricos jurídicos, mas também questões práticas nas decisões para as soluções dos conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Cassiano Silva e RANGEL, Tauã Lima Verdan. Sistema civil Law e common Law: características principais dos dois sistemas e aproximação do direito brasileiro. Revista Âmbito Jurídico nº 157, Ano XX, Fevereiro/ 2017. Direito Processual Civil. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/sistema-civil-law-e-common-law-caracteristicas-principais-dos-dois-sistema-e-aproximacao-do-direito-brasileiro/>

BORBA, Rogerio e MONACO, Rafael de Oliveira . UMA INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. Revista de Direito da Univerdidade Fumec. Meritum. Vol. 15, Nº 1 - janeiro/abril 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7844>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2015 – Julgado do STJ em sede de Recurso Especial (nº1163283/RS) – Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão

FILHO, Sirio Vieira dos Santos. **A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito.** Justiça do Direito. v. 30, n. 2, p. 210-226, 2016.

GELTER, Martin and GRECHENIG, Kristoffel R., **History of Law and Economics** (April 1, 2014). MPI Collective Goods Preprint, No. 2014/5, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2421224> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2421224>

HEINEN, Luana Renostro. **Análise econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica.** Anais do CONPEDI, Direito e Economia, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335> >

KORNHAUSER, Lewis, "**The Economic Analysis of Law**", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-econanalysis/> >.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

PIRES, Nathália; FRITZ, Karen. **Análise econômica do direito e seu retrospecto histórico: um panorama para a compreensão da importância da economia para o estudo e prática jurídica**. In Direito, Economia e desenvolvimento sustentável III [recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UNICURITIBA. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/02q8agmu/m0rsvyuuq/28UdLM285Tc4381j.pdf>>.

PORTO, Antônio Maristelo; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Apresentação: direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Análise econômica do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>

TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. **A análise econômica do direito na axiologia constitucional**. BNDES. Biblioteca digital. P. 181 – 122. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/2/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf>.

O CONCEITO DE SISTEMA NA PERSPECTIVA JUSNATURALISTA E A FUNÇÃO DA COERÇÃO NA OBRA 'A FORÇA DO DIREITO' EM FREDERICK SCHAUER

JACILEIA ROCHA DE VILHENA:

Discente do curso de Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada Criminalista.¹

Resumo: Este artigo tem por objeto desenvolver uma análise do conceito de Sistemas sob a Perspectiva Jusnaturalista e traça um paralelo a estes conceitos e modos de organicidade social através da análise da função da Coerção, trazida na obra "A Força do Direito", de Frederick Schauer. Tem-se por questão analisar de que forma a teoria dos sistemas, sob a ótica Jusnaturalista, concebe métodos de organização do Direito e traçar um paralelo acerca da natureza do Direito como força, tipicamente manifesto através da coerção, em Schauer. Trata-se de uma análise descritiva e exploratória, realizada com base em pesquisa bibliográfica e doutrinária, de método indutivo.

Palavras-Chave: Direito e Sistemas. Jusnaturalismo. Força e Coerção.

Abstract: This article aims to develop an analysis of the concept of Systems under the Jusnaturalist Perspective and draws a parallel to these concepts and modes of social organicity through the analysis of the role of Coercion, brought in the work "A Força do Direito", by Frederick Schauer. The aim is to analyze how systems theory, from a Jusnaturalist perspective, conceives methods of organizing Law and to draw a parallel about the nature of Law as a force, typically manifested through coercion, in Schauer. This is a descriptive and exploratory analysis, based on bibliographic and doctrinal research, using an inductive method.

Keywords: Law and Systems. Jusnaturalism. Force and Coercion.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo desenvolve a análise do Direito através do conceito de sistemas sob a ótica inicialmente jusnaturalista e traça um paralelo entre essa visão de organização social e do Direito, bem como realiza um paralelo ou contraponto à visão do Direito sob a ótica do modelo proposto por Frederick Schauer, em sua obra, 'A Força do Direito'.

Gonzaga¹⁹ argumenta que, com o ânimo de melhor analisar o Jusnaturalismo e o direito natural como esteios do Direito Positivo, faz-se relevante o estudo das

¹⁹ GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Direito natural e jusnaturalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e

diferenças, conflitos e aproximações entre tais mecanismos de análise do Direito, razão porque o presente estudo tem relevância para o estudo do Direito enquanto fenômeno, natural e social e a percepção de 'sistemas.

Sobre sistemas, Morin²⁰ afirma que "a organização é a maravilha do mundo físico". No entanto, este é um conceito afastado da *physis*, de maneira que, para Morin, mesmo que se saiba estar presente a organização, tal é ser indispensável como ponto de partida para a noção e conceito de sistema.

Diniz²¹, ensina que "[...] a lei natural é imutável em seus primeiros princípios. O direito Natural, imanente à natureza humana, independe do legislador humano. As demais normas, construídas pelos legisladores", desta forma, são aplicações dos primeiros princípios naturais às contingências da vida, mas não são naturais, embora derivem do direito natural.

Unindo esses dois preceitos, à famosa frase "nenhum homem é uma ilha"²² chegaremos à indispensabilidade de organização do convívio humano, partindo de princípios inicialmente 'naturais'. Logo, a partir dessa noção de igualdade de condições, enquanto humanos – porém revestida de interesses muitas vezes antagônicos – surge, em qualquer tempo da história das sociedades, a necessidade de organicidade.

É certo que o moderno modelo de sistema jurídico não poderá se encaixado em todos os tempos da história da humanidade, porém, não há que se ignorar a existência de uma ordem própria afeta a cada tempo.

Assim, iniciando da premissa da existência de leis – escritas ou não – que organizam e possibilitam a convivência social em todos os tempos da história, didaticamente, analisamos o conceito de sistema, tal como hoje se apresenta, perpassando ainda, pelo conceito de jusnaturalismo.

Ainda, busca-se o contraponto a esta visão ou modelo de organização social através da análise da função da Coerção e do Direito Positivado na obra de Frederick

Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>. Acesso em: 10 jul. 2022.

20 MORIN, Edgar. **O Método 1: A natureza da natureza**. Trad. Ilana Heinberg. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

21 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. p. São Paulo, 2017.

22 *Ibid.*, p. 13.

Schauer²³, a Força da Lei, de como o Direito interage enquanto elemento essencial à organização social, e como se utiliza do elemento força para promover o ajuste necessário de condutas desejáveis e assim, promover o alinhamento do indivíduo às condições socialmente desejáveis de convívio.

Primeiramente, abordamos a concepção de que Direito não é um sistema ou uma teoria, trazido através da leitura de Schauer. Isso porque, para o autor, o Direito possui características dinâmicas e heterogêneas que não conformam em um único direito, podendo mesmo ser o nome que se atribui à diversos sistemas normativos, dispostos de acordo com cada cultura e época.

Nele, analisamos como o Direito -para Schauer, notadamente positivista - interage enquanto elemento essencial à organização social, e como se utiliza do elemento força, através da coerção e da ameaça e ou implementação da sanção para promover o ajuste necessário de condutas desejáveis.

Aliás, ao não reconhecer o Direito como uma teoria única ou um sistema, Schauer propõe que a característica típica mais presente nos diversos modelos e sob os diversos âmbitos que se propõe a analisar seja justamente o uso da força na forma de coerção e desta como método de conformação à obediência.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A CONCEPÇÃO DE SISTEMA NO JUSNATURALISMO: RECORTES DA ERA MEDIEVAL À MODERNIDADE

Para Norberto Bobbio²⁴, sistema é o “todo” social ordenado ou, em suas palavras: “um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, de modo que não estejam somente em relacionamento com o todo, mas que exista coerência entre si.”

Se infere desse conceito que o direito como sistema garantirá critérios de pertinência das normas que compõem a ordem jurídica, já que, necessariamente, o sistema garantirá o conjunto harmônico das relações entre seus membros, ou seja, a pertinência e a estabilidade do sistema.

Diniz²⁵ leciona que:

23 SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

24 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 184.

25 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. p. São Paulo, 2017. p. 10.

Desde as representações primitivas de uma ordem legal de origem divina, até a moderna filosofia do direito natural de Stammler e Del Vecchio, passando pelos sofistas, estóicos, escolásticos, ilustrados e racionalistas dos séculos XVII e XVIII, a longa tradição do jusnaturalismo se vem desenvolvendo, com uma insistência e um domínio ideológico que somente as ideias grandiosas e os pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes poderiam alcançar.

As primeiras manifestações de organizações na Antiguidade são conhecidas por meio da Grécia e de Roma.

Em seus apontamentos, Jacques Leclercq²⁶ ensina que o Direito Natural é “o resultado dos princípios mais gerais sobre a ordem do mundo, usados para que se oponham aos governantes injustos”. Os gregos, elevavam seus ensinamentos e normas exemplificadas por meio das tragédias, *Antígona* de Sófocles, talvez, seja um dos primeiros registros em que a ideia da existência de um justo por natureza, pode se contrapor a um justo por lei.

Antígona entende que é sua obrigação enterrar seu irmão Polinice, que atentou contra a cidade de Tebas, e teve como “pena” a perda do direito de ser enterrado, por ordem do Rei da cidade, Creonte, que, promulgara uma lei, impedindo que os mortos que atentaram contra as normas da cidade fossem enterrados – o que era uma grande ofensa para o morto e sua família, pois a alma não faria a transição adequada ao mundo dos mortos, que tratavam o ritual fúnebre como uma ritual de limpeza e integridade do corpo.

Percebe-se que a Lei Positiva da *pólis* impede que o Direito Natural de Polinice a um funeral. O que fazer ante tão injusto imperativo? *Antígona* realiza os ritos fúnebres e sepulta o irmão, resistindo à Lei Positiva e fazendo valer o Direito Natural, muito embora condene-se à morte. Interpelada de como pôde transgredir a lei, *Antígona*²⁷ responde:

²⁶ LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Coleção doutrinas e problemas, volume IV. Org.: SANTA CRUZ, Benvenuto de (Fr.). pp. 20-21.

²⁷ *Antígona*, datada por alguns estudiosos 442 a. C, traz uma tragédia dramática, que compõe a terceira parte da Trilogia de Tebas de Sófocles juntamente com *Édipo Rei* e *Édipo em Colosso*. Cf.: CANEDO, Eloisa. *A Lei em Antígona: Uma Análise Crítica*. [S. I.]. 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/canedo-e-silva-adv/artigos/a-lei-em-antigona-uma-analise-critica-3262>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

“[...] Essas não são as leis que fixaram para os homens e jamais pensei que tivesse defesas tão poderosas capazes de permitir a um mortal transgredir as leis não escritas, as inabaláveis leis divinas”.

Antígona, enfurecida, voltou-se contra o direito positivo. Sozinha reage à norma imposta e enterra o irmão, desafiando todas as leis da cidade. Antígona é, então, capturada e levada até Creonte, que a sentencia à morte.

Séculos depois de Homero, Platão dizia que “Homero educou a Grécia” com seus poemas sobre Aquiles – aquele que não conhece seu justo papel na sociedade, e, por isso transgredir as Leis, versus Ulisses – que por conhecer seu papel na sociedade, o exerce com maestria.

Na Antiguidade, o homem se reconhece como membro social, e não se fala em direito individual, ao contrário, há um “sistema” orgânico – baseado nos mitos – em leis divinas, advindas de Deuses, essencialmente um “sistema de deveres”.

Segundo Dallari²⁸,

[...] no final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas.

Documentos datados da última fase da Idade Média denotam a existência precursora de alguns valores defendidos nas futuras declarações de direito humanos, ainda que se tratasse da concessão de certos privilégios à nobreza e a um reduzido número de pessoas “livres”, e ainda que, dado o cunho estamental da sociedade, tais direitos se dirigissem exclusivamente a certas classes, outorgados numa sociedade econômica e socialmente desigual²⁹.

Como exemplo, os direitos concedidos pelo rei Afonso IX em 1188 às Cortes na Espanha, que permitiram aos acusados das classes sociais citadas o desenvolvimento

28 DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Luta pelos Direitos Humanos**. São Paulo – SP. 2000, p. 54

29 MIOTTO, Lucas. Evaluating the Force of Law’s force. **Australian Journal of Legal Philosophy**, vol.40. Sidney: Australasian Society of Legal Philosophy, 2015.

regular do processo e a integridade de vida, honra, casa, assim como o direito de propriedade.

Outro exemplo é a Magna Carta Libertatum, de 1215, firmada pelo Rei João Sem Terra, direcionada aos bispos e aos barões ingleses, em que o rei garantia que homem livre não seria detido, preso, privado de seus bens, banido, ou incomodado, e garantia aos acusados julgamento consoante à lei da terra, e sem o qual não poderiam ser privados de sua liberdade³⁰, como descrito no capítulo 39 da primeira versão. A *posteriori*, Henrique III e Eduardo I ampliaram o rol de direitos, no capítulo 29:

[...] aprisionado, ou detido em prisão, ou privado de sua propriedade, ou banido, ou excluído, ou de qualquer outra forma molestado; e não agiremos contra ele, ou faremos agir contra ele, a não ser em caso de julgamento justo por seus pares ou pela lei do país.³¹ [...]

Nenhum homem livre será tomado, aprisionado ou desaparelhado de sua propriedade alodial, ou liberdades, ou livres costumes, ou banido, ou exilado ou destruído de qualquer outra maneira e tampouco o puniremos, ou condenaremos, a não ser pelo julgamento legal de seus pares, ou pelas leis do país. A nenhum homem será negada a justiça e os direitos, e a nenhum homem serão estes vendidos.³²

E, ainda, em 1769, o *Habeas Corpus* Amendment Act, que anulava as prisões arbitrárias, e o Bill of Rights (1688), o mais importante, pois submetia a monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional, sem esquecer do *Act of Settlement* (1707), que completa o conjunto de limitações ao poder monárquico do período.

No Ocidente, diversas declarações estouraram, tendo como marco histórico a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, na qual constava “o desfrute da vida e liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, e a busca e obtenção de felicidade e segurança”.

³⁰ DALLARI, *op. cit.*, p. 56.

³¹ BERNSTEIN, William J. **Uma breve história da Riqueza**. 2015, p. 85.

³² *Ibid.*, 87.

Na idade média, Santo Tomás de Aquino, representante da escolástica, expôs os princípios jurídicos fundamentais em um verdadeiro sistema de Filosofia do Direito: ordem, liberdade, justiça, equidade, direito e lei, além da doutrina política do Estado e da sociedade.³³

Das lições tomistas, conclui-se que os “limites da autoridade estatal através da lei positiva, que se inspirando num fim justo não pode ser arbitrária, então na própria fundamentação jusnaturalista do bem comum. Como corolário, as leis positivas que atentam contra os direitos fundamentais e inalienáveis da criatura humana, não são leis verdadeiras e, como tais, contrariando o direito natural, são a corrupção da lei, ferem o bem comum”.³⁴

Com relação ao aspecto teológico defendido por Thomas Aquino³⁵ (1225-1274, teólogo e filósofo da Igreja Católica Romana), este enraizou suas crenças no direito:

“à lei natural é promulgada pelo próprio Deus que a instilou na mente do homem, de modo a ser conhecida naturalmente por ele [...]”³⁶

“[...] pelo contrário, Davi rezou a Deus para que pudesse Sua lei diante dele, dizendo (Sl 119:33) ‘Ponde diante de mim como lei o caminho de Vossas justificações, senhor [...]” ³⁷

“[...] pela lei natural, participa-se da lei eterna proporcionalmente à capacidade da natureza humana. Porém, para seu fim sobrenatural, o homem necessita ser dirigido de uma maneira mais elevada. Daí a lei adicional dada por Deus, pela qual o homem compartilha de maneira mais perfeita da lei eterna”.³⁸

Santo Agostinho, ainda, em sua obra *Cidade de Deus*, apresenta a distinção e a hierarquia entre as leis Eterna e lei humana. Para ele, a lei eterna inspira a lei humana, da mesma forma que a natureza divina inspira a natureza humana. Em outras palavras,

33 LITRENTO, Oliveiros. **Curso de direito internacional público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

34 *Ibid.*, p. 44.

35 MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p.49

36 *Ibid.*, p.53

37 *Ibid.*, p. 56

38 *Ibid.*, p.56

a fonte última de toda lei humana seria a própria lei eterna que se manifesta na lei natural.

Modernamente, a Revolução Francesa de 1789, com suas palavras de ordem – liberdade, igualdade e fraternidade; ou morte! –, não só inspirou todos os movimentos de ideais humanistas de séculos anteriores como até hoje representa um marco teórico das lutas pelos direitos humanos.

Tavares³⁹ ensina que:

Em 1789 a humanidade assistiu ao surgimento da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que iria influenciar todo o constitucionalismo que se seguiu. Antes dela, porém, em solo norte-americano, tem-se a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1.776. Já no século XX verifica-se uma proliferação de convenções de caráter universal ou regional, consagrando diversos direitos. Assim, tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 1.948 pela Assembleia Geral da ONU, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, só para citar duas delas.

A partir da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, esses direitos adquiriram status universal, de modo que, modernamente, praticamente nenhuma Constituição e/ou tratado deixam de fundamentar-se em seus preceitos.

Bobbio⁴⁰ já na modernidade, descreve a doutrina Jusnaturalista e discerne dois requisitos essenciais: a) A Admissão do Direito Natural como Direito;

b) A afirmação do direito natural como superior ao positivo. - Isso porque, este seria fonte advinda de normas que sejam justas.

Aliás, é a partir da idade moderna que a teoria dos sistemas sob o âmbito da normatividade jurídica começa a se generalizar enquanto conhecimento científico, sistemático, um nexu, uma intenção fundamental e geral capaz de ligar e configurar as partes como um todo.

39 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2006, p. 397.

40 BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. 2ª ed. [Trad.] Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 53.

Ainda nos séculos XVII e XVIII que floresceu a ideia dos sistemas como organismo, mecanismo e ordenação.⁴¹ Emanuel Kant⁴², também levanta importantes questões de caráter jusnaturalista, quando reconhece que há leis jurídicas derivadas da razão como anteriores ao Direito Positivo.

Gonzaga⁴³ o 'estado civil' surge não como meio de anular o direito natural, mas para possibilitar que seja exercido através da coerção. Ainda, Kant argumenta que o Direito Natural e o Positivo não possuem uma ideia de antítese, mas sim de integração.

Por outro lado, não se desconhece que, como Campilongo e Perez prelecionam, o positivismo trazido em Hans Kelsen⁴⁴ estabelece, através da compreensão do Direito como norma, a ideia de um sistema de normas, ou melhor, de uma ordem normativa sistematizada, que confere validade - e porque não dizer segurança? - A um sistema de normas.

Samuel Pufendorf, citado por Ferraz Jr⁴⁵ como grande sintetizador dos grandes sistemas de sua época", afirma que o Direito Natural é firmado em prescrições que levam em conta 'a natureza decaída do homem'.

A 'natureza decaída do homem' encontra, sob a ótica juspositivista, a analogia ao 'homem mau', ou o não cumpridor do justo ou do direito posto - a depender da teoria a que se pretenda analisar - presente na obra 'A Força da Lei', de Frederick Schauer.

Esse talvez seja o elemento agregador entre a análise dos sistemas sob a ótica jusnaturalista - que pressupõe um direito natural imanente e justo - ao modelo

41 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 53.

42 KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 121.

43 GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Direito natural e jusnaturalismo. Enciclopédia jurídica da PUC- SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

44 27CAPILONGO, Celso Fernandes.; PEREZ, Ane Elisa. Vista do a validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann. 2015. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

45 FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 57.

positivista de sistema jurídico sintetizado através da coerção como meio de organização social na obra “A Força do Direito”, em Frederick Schauer.⁴⁶

2.2 A COERÇÃO E O MODELO POSITIVISTA DE ORGANIZAÇÃO DO DIREITO EM FREDERICK SCHAUER

E este talvez seja o maior elo de ligação ao conceito de Coerção – esta, já sob a ótica positivista presumida de Frederick Schauer.⁴⁷ Em sua obra “A Força do Direito”, F. Schauer traça o seguinte ponto de partida acerca do Direito e a teoria dos sistemas:

Oliver Wendel Holmes pode ter exagerado na crítica às teorias gerais ao declarar: ‘eu não me importo com os sistemas, apenas com as instituições’. Mas, ao menos no caso do direito, podemos historicamente, em particular na época recente, ter perdido muitas instituições por causa da insistente busca por uma única e unificadora descrição sistemática – uma teoria, se preferir. O Direito pode ser simplesmente um fenômeno social a possibilidade de o Direito não ser um fenômeno único ou passível de sistematização, mas sim o que nomina como ‘um fenômeno social muito heterogêneo para suportar uma só teoria unificadora de grande poder explicativo.⁴⁸

E assim, Schauer⁴⁹ parte da premissa – positivista – de que o direito tem como elemento típico – ainda que não essencial – o fato de que obriga o ser ao cumprimento do que não quer fazer, ainda que não seja o único ‘habitante’ do universo das normas, sendo acompanhado também de outros, como a moralidade, a etiqueta e outros conjuntos de regras sociais, e tem por diferença que ele pode nos compelir – de muitas maneiras – a cumprir o que determina, ao contrário de outros sistemas normativos.

⁴⁶ SCHAUER, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁷ FERREIRA, Emanuel Melo. O positivismo presumido de Frederick Schauer e sua aplicação na interpretação judicial das regras de competência constitucionais. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 5, n. 1, p. 37-53, 2019. p. 11.

⁴⁸ SCHAUER, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 10.

Isso porque o Direito possui – então - sistemas jurídicos dotados de capacidade sancionatória sistemática e reconhecidamente legítimo.

Ainda que outros jusfilósofos, seguidores de A.Hart – a quem Schauer se contrapõe- questionem se a força, a coerção e as sanções são importantes para a compreensão do Direito, fato é que necessita de algum elemento diferenciador, apontado por Schauer como 'elemento típico', ainda que não essencial ao conceito -, sendo este, a coerção.

Argumenta Schauer⁵⁰ que, a possibilidade da existênciade sociedades diversas que exerçam o Direito de acordo com suas culturas e modos de vida demonstram a dificuldade de se definir sistematicamente o Direito, apontando-o certamente não como um sistema ou uma teoria, mas sim como uma 'descrição' que depende de outros elementos, tendo como elemento agregador típico a característica de nos dizer o que fazer e também quais coisas ruins poderão acontecer caso não sejamos obedientes à ele.

É neste ponto que Schauer novamente retoma a teoria de Hart acerca da existência de um direito não dotado de coerção. É que, para A.Hart, o direito prescinde da coerção. É que Hart propõe a existência de um homem complexo (ou pessoa perplexa), aquela que segue o direito por ser direito.

Aborda que, para Hart⁵¹, o Direito possui maior relação e dependência com a internalização das regras jurídicas, ou seja, que as pessoas internalizam as obrigações e a reconhecem como 'um comando jurídico', sendo este um motivo para não violar uma obrigação, independente de sanções.

Schauer⁵², neste ponto, esclarece que a obrigação jurídica diverge de outras obrigações/sistemas de regras e contraproduz que 'sempre que estamos dentro de um sistema de regras, temos obrigações criadas por esse sistema. Se entendermos a moralidade como um sistema de regras (o que certamente nem todo mundo entende), a obrigação moral é constituída pelo conjunto de obrigações criadas por um sistema de regras que se aceita".

Mas, pontua que tais obrigações não se igualam às de natureza jurídica – que são dotadas de sanção – que surge como elemento contingente, ainda que não

⁵⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁵¹ HART, H. L. A. **The concept of law**. 1994.

⁵² *Ibid.*, p. 12.

necessário, 'útil, mas não essencial, onipresente, mas não universal', não sendo parte da natureza do Direito, mas dele tipicamente constituído.

Nesse ponto, Schauer reconhece a viabilidade de um direito sem coerção, através dos mecanismos de internalização proposto por Hart⁵³. Mas, aponta que defensores de uma teoria essencialista do direito rechaçariam essa possibilidade, baseados no simples argumento de que mesmo o processo de internalização precisa de um 'começo', onde sanções necessitariam de ser impostas à consecução de condutas.

Entretanto, tal como pondera Schauer, mesmo essas pessoas ou a pessoa complexa – que segue o direito por ser direito – deve ser tão pequeno o número de pessoas que se torna difícil de se preocupar.

Recupera então o autor a ideia de 'homem mau', disposta em Wendell Holmes, mas dissociado de suas conotações desfavoráveis daquele – que tracejou um homem voltado egoisticamente aos seus interesses) e tão somente embasado em um indivíduo que seja inclinado a obedecer ao direito pela probabilidade de punição, onde demonstra que, por este, e embasado na existência de mais pessoas com essa natureza, é que o Direito tem como elemento típico a coerção.

A respeito da coerção sob a ótica de múltiplos sistemas jurídicos, Schauer⁵⁴ aponta que, se levarmos em consideração as variações culturais e outros elementos, é possível dizer que, culturalmente, há pessoas mais perplexas em alguns países do que em outros – bem como, os sistemas jurídicos também possuem pouca coisa em comum.

E pondera que tal conclusão não é necessariamente negativa, posto que:

Não há razão para que o Direito deva ter uma essência transcultural, e o 'direito' pode ser meramente o rótulo associado a uma coleção diversificada de fenômenos sócio-governamentais, não unidos por propriedades compartilhadas, nem interessantemente conectados a diferentes sistemas".⁵⁵

⁵³ *Ibid.*, p. 44.

⁵⁴ SCHAUER, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 115.

Ressalta Schauer⁵⁶ que, ainda sob essa ótica, a força coercitiva do Direito, ainda que não essencial, pode ser continuamente exercido entre as diferentes culturas que o poder normativo do Direito sem a coerção.

Ainda, partindo da – sempre presente ideia – de que o Direito não é uno e sistêmico, mas que existem sistemas normativos diversos, pergunta-se Schauer: o que ‘obriga a obrigar’- sob múltiplas vertentes – ou seja, o que permite ao Direito, através de seus agentes, a obrigar determinadas condutas e não outras? Nessa seara, responde que outras leis alicerçam o próprio cerne das obrigações a serem constituídas.

Citando o paradoxo da tartaruga como elemento central à questão dos sistemas normativos - onde pergunta-se a uma criança quem sustenta o Universo e ela responde que uma tartaruga, e ao inquirir-se a esta sobre quem segura a tartaruga, responder que outra tartaruga – questiona o Autor: ‘O que mantém toda a estrutura sem entrar em colapso? Em que se baseia a validade de um sistema jurídico?’ ”

Schauer⁵⁷ sustenta nesse íterim que os sistemas jurídicos encontram por base leis superiores – exemplifica na Constituição dos Estados Unidos – que regulariam e seriam a ‘pedra angular’ de seus fundamentos.

Por vezes, tais sistemas são aderidos por mecanismos de cooperação e de coordenação, pondera Schauer e optar pelo uso da força apenas para a manutenção de um determinado sistema, sendo que a escolha, em princípio, de um sistema, não necessariamente precisa ser determinado pela coerção diretamente.

Entretanto, conclui o autor, embora não negue a possibilidade de que um sistema jurídico possa existir sem coerção e sem a sanção, não de conhece se realmente tal sistema jurídico de fato existe, uma vez que esta, ao que parece – até mesmo para Hart⁵⁸, segundo Schauer – é uma ‘necessidade natural de todos os sistemas jurídicos atuais’.

Assim, ainda sobre a natureza não sistêmica do Direito, aborda que, a partir da libertação de amarras sobre a filosofia jurídica e a teoria jurídica acerca de critérios essenciais do direito podemos finalmente buscar as características ordinárias, típicas ou contingencialmente universais do Direito de onde se retira com ainda mais clareza a importância da coerção – derivada da escassez de pessoas perplexas e pessoas capazes de praticar a internalização de comandos jurídicos ‘iminentes’.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 116.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 142.

⁵⁸ HART, *op. cit.*, p. 48.

3. CONCLUSÃO

Compreender os diferentes métodos de concepção e estudo da conformação do Direito e de organização humana são fundamentais para a compreensão analítica, histórica e filosófica da sociedade através da evolução ou estudo do Direito e sistemas jurídicos.

No presente trabalho traçamos parâmetros e métodos para a identificação do desenvolvimento de sistema sob concepções jusnaturalistas, e partindo destes, compreendemos como esta corrente jusfilosófica concebia a organização humana, partindo do preceito do 'justo', bem como traçamos um paralelo com as ideias positivistas/ normativistas de Frederick Schauer apresentam o Direito não como teoria ou como sistema, dada a sua quantidade de possibilidade de desenvolvimento e desdobramento dentro de cada sistema normativo, mas sim como elemento dotado de coerção como característica típica da maioria dos sistemas jurídicos.

Isso porque, Schauer apresenta a compreensão do fenômeno jurídico como dotado de múltiplos sistemas – não dotados ou capazes de produzir uma concepção uma de Direito.

É nesse ponto que Schauer aponta a coerção como elemento típico ao Direito – e talvez, um dos mais capazes de discernir um sistema de normas do próprio 'Direito'.

A proposta do presente trabalho – compreender mecanismos diversos de compreensão da organização social humana, partindo de uma perspectiva da teoria dos sistemas sob a ótica Jusnaturalista e desaguando na concepção de Schauer de que Direito não é uma teoria uma que pode ser sistematizada, mas sim várias interações, 'direitos, forças e coerções' atuando sobre outros sistemas (morais, sociais, etc.), foi possível perceber que – tal como toda a história do pensamento jurídico – há muitas vertentes e meios de se encontrar com o direito enquanto meio regulador da sociedade.

Mais ainda. No começo deste trabalho foi possível identificar uma maior interação ou conformidade das teorias jusnaturalistas para explicar métodos de organização social (sistemas).

Porém, no curso das múltiplas indagações propostas por Schauer acerca da natureza humana e da função do Direito dentro de múltiplos sistemas e culturas, foi possível perceber a importância do elemento coerção como típico ao Direito enquanto, inclusive, garantidor da manutenção de acordos firmados, ainda que tenham sido originalmente precedidos de coerção – como por exemplo, a teoria dos sistemas sob a ótica Jusnaturalista.

Como sustentado por Schauer, a análise da força, tida sob uma perspectiva ampliada – dissociada da violência explicitada em armas ou exércitos, nota-se que o papel da sustentação da força junto aos sistemas jurídicos parece ainda mais lógico, pois é utilizado como mecanismo de conformidade e até mesmo – de paz - através da manutenção de uma ordem lógica que promova a conformidade e a obediência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNSTEIN, William J. **Uma breve história da Riqueza**. 2015, p 85.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 184.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. 2ª ed. [Trad.] Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

CANEDO, Eloisa. **A Lei em Antígona: Uma Análise Crítica**. [S. I.]. 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/canedo-e-silva-adv/artigos/a-lei-em-antigona-uma-analise-critica-3262>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CAPILONGO, Celso Fernandes.; PEREZ, Ane Elisa. **Vista do a validade da norma e o fechamento operativo do sistema em Kelsen e Luhmann**. 2015. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Luta pelos Direitos Humanos**. São Paulo – SP. 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. p. São Paulo, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 53.

FERREIRA, Emanuel Melo. O positivismo presumido de Frederick Schauer e sua aplicação na interpretação judicial das regras de competência constitucionais. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 5, n. 1, p. 37-53, 2019. p. 11.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Direito natural e jusnaturalismo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e->

jusnaturalismo. Acesso em: 10 jul. 2022. HART, H. L. A. **The concept of law**. 1994.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Coleção doutrinas e problemas, volume IV. Org.: SANTA CRUZ, Benvenuto de (Fr.). pp. 20-21. 2014.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de direito internacional público**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIOTTO, Lucas. Evaluating the Force of Law's force. **Australian Journal of Legal Philosophy**, vol. 40. Sidney: Australasian Society of Legal Philosophy, 2015.

MORIN, Edgar. **O Método 1: A natureza da natureza**. Trad. Ilana Heinberg. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**, São Paulo, Martins Fontes. 2002.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2006, p. 397.

ANÁLISE JURÍDICA SOBRE ORTOTANÁSIA E CUIDADOS PALIATIVOS

CAMILA MIGUELÃO E SILVA:

Graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

RESUMO: O avanço tecnológico na área da saúde tem tornado possível a sustentação artificial da vida biológica por meio de medidas frequentemente fúteis e, às vezes, geradoras de sofrimento para a pessoa em cuidados. Esse cenário tem suscitado uma reflexão sobre o direito fundamental à vida, que deve ser acompanhado pelo direito à liberdade da pessoa que adoece para decidir como gostaria de viver quando a doença que a acomete já não pode ser curada. Esses valores são amplamente contemplados pela área de estudo denominada Cuidados Paliativos. Os entendimentos a respeito dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 impactam diretamente na assistência a esses pacientes. Entretanto, essa abordagem é efetivamente orientada por resoluções do Conselho Federal de Medicina. Contudo, esse posicionamento orientador no campo ético não se estende necessariamente ao campo jurídico, o que pode gerar insegurança na implementação dos cuidados paliativos como um direito humano e uma política pública eficiente. Por meio da revisão narrativa da literatura das principais normas internacionais e nacionais, assim como de resoluções relacionadas ao tema e à Constituição Federal de 1988, buscou-se obter maior clareza sobre os valores relacionados ao complexo processo de morrer, além de encontrar um cenário de harmonia ética e jurídica que possibilite a expansão da assistência proporcionada pelos Cuidados Paliativos e um melhor entendimento do conceito de ortotanásia. Observa-se, no entanto, que, apesar de um incipiente movimento de regulação dessa abordagem, o ordenamento jurídico ainda é insuficiente para garantir previsibilidade e segurança jurídica à sociedade e aos profissionais de saúde. E, embora o Direito Fundamental Constitucional à dignidade humana sustente a prática dos cuidados paliativos no âmbito nacional, existe um vácuo jurídico a ser debatido não apenas no cenário da saúde, mas também pelos profissionais do direito e pela sociedade, a fim de garantir que os pacientes, em momentos de extrema vulnerabilidade, possam viver plenamente, mesmo diante da inevitabilidade da morte.

Palavras-chave: Ortotanásia. Cuidados paliativos. Direito à vida.

ABSTRACT: Technological advancement in health care has made it possible for biological life to extend beyond the limits of what is understood as a dignified life. This scenario promoted a reflection on the fundamental right to life, which should be accompanied by the right to freedom of the person who falls ill to decide how he would like to live when some disease that affects him is no longer curable, a field of study in the area of health called Palliative Care. Understandings before the Federal Constitution of 1988, in its article 5, caput, directly impact on the care of these patients, and are guided by resolutions of the

Federal Council of Medicine: Resolution No. 1,805/2006, and Resolution No. 1,995/2012. However, this guiding position for the ethical field does not necessarily extend to the legal field, and may generate legal uncertainty in professional and non-professional care practice. The study will carry out a literature review of the narrative type of main analyses of indoctrinators, manuals in palliative care, resolutions, jurisprudence and the Federal Constitution of 1988 in order to obtain greater clarity of the values related to the complex process of dying, as well as to create a scenario of ethical and legal harmony that allows the expansion of the care promoted by Palliative Care and a direct regulation on the concept of orthothanasia. Faced with the inevitable process of death, encourage the State to contemplate in its laws the multiple variables that qualify human dignity, which ultimately can be considered only by the one who lives and dies, and who, finally, leads life itself.

Key words: Orthothanasia. Palliative care. Right to life.

1. INTRODUÇÃO

O aumento da expectativa de vida tem sido uma tendência mundial nas últimas décadas, em parte devido aos avanços da medicina e das tecnologias de saúde. No entanto, ao mesmo tempo em que as pessoas vivem mais, também enfrentam uma série de doenças que podem ameaçar sua vida, como câncer, doenças crônicas e degenerativas. Nesse contexto, surgem novos conceitos sobre o que é qualidade de vida, que vão além do mero funcionamento biológico de um ser humano.

A qualidade de vida pode ser definida como a percepção subjetiva do bem-estar físico, psicológico e social de uma pessoa. Ela está diretamente ligada à capacidade de desempenhar atividades cotidianas, às relações interpessoais e ao ambiente em que se vive. Assim, uma boa qualidade de vida implica não apenas a ausência de doenças ou incapacidades, mas também a presença de fatores positivos que contribuem para o bem-estar geral.

Este novo cenário que se consolida rapidamente gera alguns conflitos éticos e inseguranças no âmbito jurídico para todos os envolvidos. Se, por um lado, nota-se uma crescente valorização da autonomia de vontade, valor trazido especialmente após as atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial (NUNES, 2002), promovendo mudanças na relação assimétrica e tradicional entre médicos e pacientes; por outro lado, nota-se que profissionais da saúde estão adotando uma medicina defensiva, que utiliza, em excesso, procedimentos diagnósticos e terapêuticos com o propósito de evitar litígios (RAMÍREZ-ALCÁNTARA; PARRA-MELGAR; BALCÁZAR-RINCÓN, 2017), resultando em uma medicina fragmentada e em um distanciamento entre as partes.

Desse contexto, estabelecem-se inúmeros conflitos, como a hipertrofia da autonomia do paciente (VASCONCELOS et al., 2021), que, por meio da judicialização, poderá resultar em exigências unilaterais e equívocos sem respaldo na boa prática médica amparada pela medicina baseada em evidências. A interpretação extensiva do art. 196 da Constituição Federal de 1988 (GUIMARÃES, 1988), compreendida como "tudo para todos", pode contribuir para essa situação.

Desta forma, para promover uma vida digna, torna-se fundamental também entender o inevitável processo de morte frente a esta nova medicina de alta densidade tecnológica. Por meio desta relação, pode-se compreender os seguintes conceitos:

- 1) Eutanásia: A morte deliberadamente provocada pelo profissional de saúde por motivo de compaixão diante de um paciente com sofrimento insuportável. É considerado um ato ilícito não especificamente tipificado no Código Penal, mas alocado como homicídio (ART. 121 DO CÓDIGO PENAL - DECRETO LEI 2848/40, [s.d.]). Caso o ato seja praticado pelo próprio paciente com ajuda de terceiros, caracterizando um suicídio assistido, também será considerado crime. Isso ocorre porque, para o ordenamento jurídico atual, a vida é um bem indisponível, sendo que o indivíduo pode escolher como quer viver, mas não pode atentar contra a própria vida.
- 2) Distanásia: Obstinação terapêutica por meios artificiais e fúteis, que não visam prolongar a vida, mas sim o processo de morte.
- 3) Ortotanásia: Morte no tempo certo, sem intervenções desnecessárias, amparada por cuidados paliativos e curativos apropriados para o momento.
- 4) Mistanásia: Eutanásia social. Processo de morte ante a falta de recursos secundária a falhas de motivação política, econômica ou social.

Este conflituoso cenário passa a ser devidamente abordado por uma abordagem que reafirma e defende a vida digna, contudo compreende a morte como um processo natural que todos irão se deparar, a abordagem paliativa. Os cuidados paliativos foram definidos a primeira vez no ano de 1990 pela Organização Mundial da Saúde e redefinida em 2002 como (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2002):

“Assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameaça a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, por meio de identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2002)

Esta abordagem encontra ampla ressonância em princípios éticos consolidados na prática médica representados pela beneficência, não maleficência, autonomia e justiça. Objetivando humanizar o atendimento em saúde, os cuidados paliativos buscam promover bem-estar ao paciente, e reafirmar o paciente como sujeito do atendimento, e não objeto desta atenção, de forma que tratamentos fúteis que poderão trazer sofrimento ao paciente sejam evitados. Tal respaldo não se encontra tão bem estabelecido no ordenamento jurídica.

Apesar de uma tendência internacional de considerar os cuidados paliativos como um direito humano, no âmbito nacional ainda se encontram diversos entendimentos errôneos sobre o este conceito e nota-se um vácuo jurídico que cria um ambiente de insegurança jurídica para operacionalizar este cuidado.

Questionamentos sobre se tal prática seriam caracterizados como omissão de socorro, e dúvidas a respeito da validade de documentos como as Diretivas Antecipadas de Vontade, são alguns exemplos.

Estes conflitos podem ser representados pelo episódio ocorrido em setembro de 2021 durante a Comissão Parlamentar de Inquérito da COVID-19 onde foram proferidas opiniões sobre Cuidados Paliativos que demonstram importante desconhecimento por parte de representantes do governo, e de personalidades de relevância social, bem como a própria percepção de pacientes que podem ter sido expostos a má prática médica que nada correspondem aos verdadeiros cuidados paliativos. No seu Relatório Final apresentado pelo relator em 26 de outubro de 2021 conta o seguinte depoimento de um paciente(HEINZE, 2021):

“Eles, minha família, não aceitaram a imposição dos chamados cuidados paliativos, que era a prática utilizada pela Prevent Senior para eliminar pacientes de alto custo.” (HEINZE, 2021)

Ficam evidentes os inúmeros desafios que a sociedade terá que enfrentar até consigamos utilizar todo o desenvolvimento tecnológico dos últimos anos a favor da promoção do bem-estar da humanidade (SANTOS, 2011). A bioética e o direito poderão balizar esta evolução, visto que a dignidade que busca os cuidados paliativos poderia ser em alguma forma uma violação do direito à vida?

2.OBJETIVO

Elucidar, à luz das normativas existentes, os conceitos fundamentais que norteiam a prática dos cuidados paliativos.

Compreender as bases éticas e jurídicas dos cuidados paliativos, que poderão nortear a elaboração de políticas públicas e práticas clínicas mais adequadas e respeitosas aos pacientes em fim de vida.

3.METODOLOGIA

Revisão de literatura narrativa teórica de normas internacionais e nacionais, bem como resoluções relacionadas ao tema selecionados com base em critérios de relevância, tais como: qualidade do estudo, atualidade, pertinência com o tema e sua contribuição para a compreensão dos conceitos fundamentais dos cuidados paliativos.

4.RESULTADOS

Foram selecionados dois tratados internacionais, uma resolução emitida pela Organização Mundial de Saúde em sua 67ª Assembleia Mundial de Saúde, dois artigos da Constituição Federal, duas resoluções do Conselho Federal de Medicina, um artigo do Código de Ética Médica, três portarias do Ministério da Saúde, cinco leis estaduais, um projeto de lei estadual e um projeto de lei.

4.1 CUIDADOS PALIATIVOS COMO DIREITO HUMANO INTERNACIONAL

No contexto internacional notam-se movimentos jurídicos consolidados que fundamentam os cuidados paliativos como direitos humanos. Destacam-se alguns pactos, que contam inclusive com a participação do Brasil, e um posicionamento da Organização Mundial de Saúde que se constituem uma solicitação aos seus signatários de um fortalecimento mundial na estruturação de serviços de cuidados paliativos.

4.1.1 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) e Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)

O Brasil é signatário destes tratados promulgados por meio dos seguintes decretos: Decreto 591/92 e 678/92, respectivamente. Neles se fundamentam o direito a saúde como direito humano internacional e um dever do Estado. Ainda se destaca o Direito à Integridade Pessoal em que "ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes". Contudo por força do Art. 5º, § 3º da Constituição Federal ambos os pactos são recebidos com status de norma supralegal e infraconstitucional (COLLOR, 1992, p. 591; FRANCO, 1992, p. 678; GUIMARÃES, 1988).

4.1.2 Resolução 67/19 Da Assembleia Geral Da Organização Mundial De Saúde

Reconheceu que os cuidados paliativos, quando indicados, promovem dignidade a vida humana, bem como são responsabilidade ética dos sistemas de saúde e dever ético dos profissionais da área; e quando não devidamente estabelecidos, resultará em sofrimentos

evitáveis de natureza física, psicossocial ou espiritual. Assim inclui os cuidados paliativos na definição de cobertura universal de saúde e incentiva os países a os implementarem como um componente do cuidado integral ao longo do curso da vida (WORLD HEALTH ASSEMBLY, 2014).

4.2 ENTENDIMENTO CONSTITUCIONAL DOS CUIDADOS PALIATIVOS

Apesar de poucas legislações destinadas a normatizar e operacionalizar os Cuidados Paliativos no Brasil, a interpretação integrativa de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal justifica a implementação de uma abordagem paliativa nos cuidados em saúde.

4.2.1 Art. 5º da Constituição Federal 1990

O Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida. Ainda em seu inciso II, limita a vontade do cidadão ao que está definido em virtude de lei, mas prevê a inviolabilidade da privacidade do indivíduo em seu inciso X. Entende-se, portanto, que com base no ordenamento jurídico brasileiro, compete ao próprio paciente decidir questões a respeito da própria vida, inclusive no inevitável momento da morte (GUIMARÃES, 1988).

4.2.2 Art 1º inciso III da Constituição Federal

Garante como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e dignidade da pessoa humana. Diante da defesa deste valor a vida de todos, e sendo a morte uma etapa final e inevitável desta, entende-se que a abordagem paliativa, que busca por meio de melhorias biotecnocientíficas promover uma morte digna atendendo ampla gama de necessidades dos pacientes, estratégia de cuidado fundamental para garantia de fundamentos constitucionais. Robles-Lessa e Dadalto (2021), consolidam bem este entendimento "Não sendo possível ao ser humano realizar uma vida plena se por algum momento lhe faltar saúde ou dignidade" (GUIMARÃES, 1988; LESSA; DADALTO, 2021).

4.2.3 Art 5º inciso III da Constituição Federal

O desenvolvimento da medicina trouxe grandes avanços em qualidade de vida a população e formas de prolongamento da vida humana. Tal prolongamento, contudo, nem sempre se fará de acordo com valores individuais do que se busca como uma vida digna. A obstinação terapêutica em alguns cenários, expõe de forma desnecessária o paciente a um processo de morte prolongado, muitas vezes tornando-se um processo fútil e degradante. Não obstante, no Art. 5º, Inciso III da Constituição Federal é assegurado ao brasileiro aos estrangeiros residentes no País o direito de não ser

submetido tratamento “desumano ou degradante”, garantia que possui ressonâncias nos princípios que norteiam a abordagem paliativa (GUIMARÃES, 1988).

4.3 RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Diante de uma inércia legislativa, a prática dos cuidados paliativos em cenário nacional adota como princípios balizadores, por muitas vezes, as normas e documentos elaborados pelo Conselho Federal de Medicina.

4.3.1 Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina assegura a prática da ortotanásia na prática médica em sua atuação profissional (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, [s.d.]):

Art. 1º “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, [s.d.])

4.3.2 Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal De Medicina

Considerando que os médicos e médicas durante sua prática profissional poderão se defrontar com situações de ordem ética ainda não prevista em dispositivos éticos nacionais, e considerando a crescente relevância da questão da autonomia dos pacientes, resolveu que o paciente terminal poderá rejeitar medidas desproporcionais, que prolongam o seu sofrimento, por meio das diretivas antecipadas (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012):

Art. 1º “Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

4.3.3 Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina

Esta resolução aprova a atualização do Código de Ética Médico 2009/2010 inserindo a previsão dos cuidados paliativos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018, 2018):

Parágrafo único. “Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”

O Código de Ética Médica foi atualizado pela Resolução 2.217/2018, e modificado pelas resoluções 2.222/2018 e 2.226/2019 do Conselho Federal de Medicina, contudo manteve-se o artigo supracitado (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018, 2018).

4.4 Regulamentação dos Cuidados Paliativos no Sistema Único de Saúde (Sus)

Encontram-se incipientes regulamentações elaboradas pelo Ministério de Saúde como forma de estruturar os serviços de cuidados paliativos. Nota-se, contudo, que ainda possui distante implementação real de forma efetiva, no entanto reforçam princípios propostos pela abordagem paliativa no âmbito nacional.

4.4.1 Portaria 19/2002

Primeira vez que os cuidados paliativos foram incluídos no SUS como descrito em seu Art.1º (NEGRI, 2002):

Art. 1º "Instituir, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos, cujos objetivos gerais são:

- a) Articular iniciativas governamentais e não governamentais voltadas para a atenção/assistência aos pacientes com dor e cuidados paliativos;
- b) Estimular a organização de serviços de saúde e de equipes multidisciplinares para a assistência a pacientes com dor e que necessitem cuidados paliativos, de maneira a constituir redes assistenciais que ordenem esta assistência de forma descentralizada, hierarquizada e regionalizada;
- c) Articular/promover iniciativas destinadas a incrementar a cultura assistencial da dor, a educação continuada de profissionais de saúde e de educação comunitária para a assistência à dor e cuidados paliativos;
- d) Desenvolver esforços no sentido de organizar a captação e disseminação de informações que sejam relevantes, para profissionais de saúde, pacientes, familiares e população em geral, relativas, dentre outras, à realidade epidemiológica da dor no país, dos recursos assistenciais, cuidados paliativos, pesquisas, novos métodos de diagnóstico e tratamento, avanços tecnológicos, aspectos técnicos e éticos;

- e) Desenvolver diretrizes assistenciais nacionais, devidamente adaptadas/adequadas à realidade brasileira, de modo a oferecer cuidados adequados a pacientes com dor e/ou sintomas relacionados a doenças fora de alcance curativo e em conformidade com as diretrizes internacionalmente preconizadas pelos órgãos de saúde e sociedades envolvidas com a matéria." (NEGRI, 2002)

4.4.2 Portaria 874/2013

O Ministério da Saúde, por meio desta portaria, institui a Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e reconhece os cuidados paliativos como parte da atenção integral na assistência oncológica (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013):

Art. 13. "Fazem parte do cuidado integral a prevenção, a detecção precoce, o diagnóstico, o tratamento e os cuidados paliativos, que devem ser oferecidos de forma oportuna, permitindo a continuidade do cuidado." (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013)

4.4.3 Resolução 41/2018

Resolução aprovada pela Comissão Intergestores Tripartite, sob influência da Recomendação da 67ª Assembleia da Organização Mundial de Saúde de 2014, estabelecem diretrizes para a estruturação dos cuidados paliativos no âmbito do SUS (MINISTERIO DA SAÚDE, 2018):

Art. 1º: "Dispor sobre as diretrizes para a organização dos cuidados paliativos, à luz dos cuidados continuados integrados, no âmbito Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Os cuidados paliativos deverão fazer parte dos cuidados continuados integrados ofertados no âmbito da RAS.

Art. 2º Cuidados paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.

Parágrafo único: Será elegível para cuidados paliativos toda pessoa afetada por uma doença que ameace a vida, seja aguda ou crônica, a partir do diagnóstico desta condição." (MINISTERIO DA SAÚDE, 2018):

4.4.4 Normativas Em Âmbito Nacional

Normativas estabelecidas por meio de leis estaduais buscam regulamentar serviços de cuidados paliativos como política de saúde pública e privada para pacientes elegíveis. Destacam-se alguns exemplos

4.4.5 Lei Nº 19.723, De 10 De Julho de 2017, Goiás

Art. 1º: “Fica instituída a Política Estadual de Cuidados Paliativos, que consiste na fixação de diretrizes normativas centradas na prevenção e alívio do sofrimento físico, psicológico, social e espiritual, na melhoria do bem estar e no apoio aos doentes e às suas famílias, quando associados a doença grave ou incurável, em fase avançada e progressiva.” (GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS, 2017)

4.4.6 Lei Nº 20.091, de 19 de Dezembro de 2019, Paraná

Art. 3.º: “É direito de todo paciente com doença avançada em progressão receber cuidados paliativos de qualidade no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS e em serviços de saúde privados, respeitada a sua dignidade e vontade livremente manifestada.” (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO PARANÁ, 2019)

4.4.6.1 Lei Nº 10.241/1999, de 17 de março de 1999 e Lei Nº 17.292, de 13 de outubro de 2020, São Paulo

A Lei 10.241/1999 traz o conceito de cuidados paliativos como um direito aos usuários dos serviços de Saúde no Estado de São Paulo nos seguintes termos (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1999):

“XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; e
XXIV - optar pelo local de morte.

Enquanto a Lei 17.292/2020 institui a política de implementação dos cuidados paliativos no estado, cujos princípios são:

I - reafirmar a vida e reconhecer a morte como processo natural;

II - tratar o paciente e sua família, de forma multidisciplinar, considerando as necessidades clínicas e psicossociais, incluindo aconselhamento e suporte ao luto;

III - integrar os aspectos psicológicos e espirituais no cuidado ao paciente;

IV - dar suporte clínico e terapêutico que possibilite a qualidade de vida ativa do paciente, dentro do possível, até o momento de sua morte;

V - apoiar a família do paciente oferecendo suporte para lidar com sua doença em seu próprio ambiente.” (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1999)

4.4.7 Projeto de Lei N° 883, de 2020

Apresentado pelo Senador Marcos do Val (PODEMOS/ES), este projeto de lei busca regulamentar as práticas de cuidados paliativos nos serviços de saúde em todo o território nacional (SENADO FEDERAL, 2020).

Art. 3º “Fundamenta a presente Lei o respeito à dignidade do paciente em fase terminal de vida e ao seu direito a uma morte digna e sem dor.” (SENADO FEDERAL, 2020)

5.DISSCUSSÃO

Diante dos resultados apresentados é possível notar que no âmbito internacional os cuidados paliativos já estão consolidados como um direito humano, inclusive por meio de tratados que o Brasil é signatário como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Contudo no âmbito nacional, por estes pactos serem recebidos com força de norma supralegal e infraconstitucional, nota-se que apesar de um incipiente movimento regulação desta abordagem, ainda o ordenamento jurídico é insuficiente para garantir previsibilidade e segurança jurídica a sociedade e aos profissionais de saúde.

Diante deste vácuo jurídico, esta prática segue como norteadores os princípios bioéticos e resoluções de conselhos profissionais, como o Conselho Federal de Medicina. Esta competência foi questionada em 2007 por Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com a justificativa de que o Conselho Federal de Medicina não teria poder regulamentar para “estabelecer como conduta ética uma conduta que é tipificada como crime” e que o direito a vida, sendo indisponível, poderia ser restringido apenas por lei em sentido estrito. A ação civil foi julgada improcedente (AÇÃO CIVIL PÚBLICA IDENTIFICADA COMO PROCESSO 0014718-75.2007.4.01.3400, [s.d.], p. 0014718).

Torna-se necessário acelerar a efetivação de políticas que garantam os cuidados paliativos como política em saúde, disciplinada por uma lei nacional específica, consolidando ao indivíduo que adoece, que em seus momentos de maior vulnerabilidade sua dignidade seja preservada durante todo o seu período de vida, não sendo colocada em risco apenas pelo reconhecimento da inevitabilidade da morte.

Também será fundamental que este tema seja levado de forma mais clara ao entendimento da sociedade, e que seja incorporada na formação dos cursos de graduação, não restritas às áreas da saúde, para que possamos ressignificar erros do passado, criar profissionais capacitados a operacionalizarem os avanços conquistados (HERMES; LAMARCA, 2013)

6. CONCLUSÃO

Conclui-se que, à luz das normativas existentes, o Direito Fundamental Constitucional à dignidade humana sustenta a prática de cuidados paliativos no âmbito nacional.

Contudo, embora esta abordagem seja a consolidação de princípios bioéticos de assistência a pacientes em momentos de extrema vulnerabilidade, o Brasil ainda carece de leis específicas que garantam previsibilidade e segurança jurídica para a implementação de políticas públicas efetivas que garantam uma prática clínica mais adequada e respeitosa aos pacientes em fim de vida.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ação civil pública identificada como Processo 0014718-75.2007.4.01.3400.

Art. 121 do Código Penal - Decreto Lei 2848/40.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO PARANÁ. 20.091. Lei 20.091 - 19 de Dezembro de 2019. . 19 dez. 2019.

COLLOR, F. DECRETO No 591. DECRETO No 591, DE 6 DE JULHO DE 1992. . 6 jul. 1992.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 1995. Resolução CFM No 1995 DE 09/08/2012. . 9 ago. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM No 2217 DE 27/09/2018. Código de Ética Médica: Resolução CFM No 2217 DE 27/09/2018. . 27 set. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM No 1.805/2006. RESOLUÇÃO CFM No 1.805/2006.

GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS. LEI No 19.723. Lei Ordinária No 19.723/2017 - Casa Civil do Estado de Goiás. . 10 jul. 2017.

FRANCO, I. DECRETO No 678. DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. . 6 nov. 1992.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei no 10.241. Lei no 10.241, de 17 de março de 1999. . 17 mar. 1999.

GUIMARÃES, U. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. . 5 out. 1988.

HEINZE, Sen. L. C. Relatório da CPI da Pandemia - Atividade Legislativa - Senado Federal - atualizado em 26/10/2021. 2021. Disponível em:

<<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>>. Acesso em: 16 maio. 2023.

HERMES, H. R.; LAMARCA, I. C. A. Cuidados paliativos: uma abordagem a partir das categorias profissionais de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, [s. l.], v. 18, p. 2577–2588, 2013. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/j/csc/a/6RByxM8wLfBBVXhYmPY7RRB/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 16 maio. 2023.

LESSA, M. M. R.; DADALTO, L. O direito à vida e a judicialização da saúde. *civilistica.com*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 1–31, 2021. Disponível em:

<<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/522>>. Acesso em: 16 maio. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. PORTARIA No 874. PORTARIA No 874, DE 16 DE MAIO DE 2013. . 16 maio 2013.

MINISTERIO DA SAÚDE. RESOLUÇÃO No 41. RESOLUÇÃO No 41, DE 31 DE OUTUBRO DE 2018. . 31 out. 2018.

NEGRI, B. PORTARIA No 19. PORTARIA No 19, DE 03 DE JANEIRO DE 2002. . 3 jan. 2002.

NUNES, L. A. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. [s.l.] : Editora Saraiva, 2002. Google-Books-ID: TnomAAAACAAJ.

RAMÍREZ-ALCÁNTARA, Y. L.; PARRA-MELGAR, L. A.; BALCÁZAR-RINCÓN, L. E. Medicina defensiva: evaluación de su práctica en unidades de medicina familiar de Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México. *Atención Familiar*, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 62–66, 2017. Disponível em:

<<https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-familiar-223-articulo-medicina-defensiva-evaluacion-su-practica-S1405887117300202>>. Acesso em: 16 maio. 2023.

SANTOS, F. S. Cuidados Paliativos no Brasil: desafios para sua inserção no sistema de saúde. 1a edição ed. [s.l.] : Editora Atheneu, 2011.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 883. Projeto de Lei nº 883, de 2020. . 2020.

VASCONCELOS, A. A. De; OLIVEIRA, A. De; MATOS, A. C. H.; TEIXEIRA, A. C. B.; NAVES, B. T. de O.; VASCONCELOS, C.; CARVALHO, C.; MAINART, C. F.; ARAÚJO, C. P. De; JULIO, D. G.; DANTAS, E.; BUSSINGUER, E.; SIQUEIRA, F.; RODRIGUES, G. P. B.; MASCARENHAS, I. de L.; KASECKER, I.; AMARAL, L. F. D.; CALLEGARI, L. A.; DADALTO, L.; SÁ, M. de F. F. De; NETO, M. K.; ROBLES-LESSA, M. M.; VERDI, N. C.; BARUFFI, P. D.; BORENSZTEIN, R.; NOGAROLI,

R.; TEIXEIRA, R. E. C.; HADDAD, S.; MAGALHÃES, S. M.; SANTOS, S. C.; KIIPPER, S. N. P.; BARREIRA, T. Cuidados Paliativos: Aspectos Jurídicos. [s.l.] : Editora Foco, 2021.

WORLD HEALTH ASSEMBLY, W. Strengthening of palliative care as a component of comprehensive care throughout the life course. Geneva. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/162863>>. Acesso em: 16 maio. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. National cancer control programmes : policies and managerial guidelines. [s.l.] : World Health Organization, 2002. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/42494>>. Acesso em: 16 maio. 2023.

TRABALHO INFANTIL, UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DESVALORIZAÇÃO NO RAMO LEGISLATIVO

AMANDA TAQUETO GREGIO:
Graduanda em Direito pela Instituição
Acadêmica: UNIFUNEC - Santa Fé do
Sul /SP

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho foi realizado com o objetivo de analisar o Trabalho Infantil. Pautado no Direito Constitucional foi feita uma análise introdutória. Após, foi analisado a criminalização de tal exploração e especificamente o trabalho que não se encaixa na característica de escravo. Os malefícios causados nas crianças que trabalham precocemente são reais e a falta de criminalização em lei dificulta o progresso na área. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática. Tem-se por objetivo a apresentação da ideia de que o trabalho infantil deve ser considerado tão prejudicial quanto realmente é e conclui-se que esta consideração deve partir principalmente da legislação, que até então vem sendo omissa sobre a pena do ato que fere diretamente os direitos fundamentais das vítimas. Já há um conceito vigente de que não se é permitido, porém a questão precisa ser revisada sobre a punibilidade que carece.

Palavras-chave: Trabalho Infantil. Constituição Federal. Criminalização. Exploração.

ABSTRACT: The present work was carried out with the objective of analyzing Child Labor. Based on Constitutional Law, an introductory analysis was carried out. Afterwards, the criminalization of such exploitation was analyzed and specifically the work that does not fit the characteristic of slave. The damage caused to children who work early is real and the lack of criminalization by law hinders progress in the area. The work was developed using a literature review based on bibliographical research, through research on websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the subject. The objective is to present the idea that child labor should be considered as harmful as it really is and it is concluded that this consideration should be based mainly on the legislation, which until now has been silent on the penalty of the act that directly hurts children. fundamental rights of victims. There is already a prevailing concept that it is not allowed, but the question needs to be reviewed about the punishment that it lacks.

Keywords: Child Labor. Federal Constitution. Criminalization. Exploration.

1 INTRODUÇÃO

Com a chegada das máquinas na Revolução Industrial e urbanização, crianças e adolescentes foram introduzidos como mão-de-obra em muitas áreas e isto acarretou diversos problemas como mutilações pelo corpo, desgaste psicológico, traumas, etc. Tem-se o trabalho infantil como sendo ato de serviço precoce não apropriado para a faixa etária em questão, por conta do mesmo resultar em prejuízos às vítimas em diversas áreas. Vale ressaltar-se que os danos expostos às tais atingem diretamente em contrapartida, com os direitos fundamentais e constitucionais que lhes são assegurados.

O art 7º dispõe sobre os direitos proferidos às crianças e adolescentes e, dentre eles consta a concretização de políticas coletivas que buscam conceder um desenvolvimento saudável e eufônico em um estado digno de sobrevivência. Válido enfatizar que o trabalho realizado precocemente, na fase infantil, gera efeitos contraproducentes que se arrastam para as fases posteriores da vida, e que conseqüentemente abarcarão em sentido oposto à ideia objetiva compreendida na interpretação do artigo citado e analisado.

O maior índice da prática do trabalho infantil está presente em famílias carentes, levando-se em conta a tamanha necessidade da mesma de criar novos meios de obter recursos suficientes para sobrevivência. Todavia, o alerta de precariedade, não deve atrapalhar o foco de atenção para solucionar ou amenizar este problema com projetos de auxílio aos adultos responsáveis do lar.

O plano reparador deve ser concentrado e direcionado a quem realmente diz respeito e tem potencial legal para tal responsabilidade, logo, faz-se necessário rejeitar a ideia de que as crianças são uma possibilidade acessível para exploração, ainda que em benefício geral da família. A fase infantil deve ser preservada de modo a não ferir a proteção que lhe são asseguradas por direito.

2 TRABALHO INFANTIL

Sabe-se que o combate ao trabalho infantil não possui respaldo de punição em legislação brasileira vigente, a não ser quando este se caracteriza como escravo (art.149/ Lei nº 2.848). As opiniões sobre o tema são controversas, a dúvida sobre a aceitação ou recusa do trabalho realizado por crianças é constante e obtém maior intensidade quando se analisa o ato realizado por crianças de menor faixa etária.

O Projeto de Lei 4455/20 pune quem submeter criança ou adolescente a trabalho perigoso, insalubre ou penoso. A pena prevista é reclusão de um a quatro anos e multa, valendo também

para quem agenciar, coagir ou intermediar a participação de criança ou adolescente.

A proposta, do deputado Luiz Carlos Motta (PL-SP), tramita na Câmara dos Deputados. O texto acrescenta a previsão de crime ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Hoje a Constituição proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 anos. Também a Consolidação das Leis do Trabalho prevê multa para quem não cumprir seus deveres em relação aos menores.

Legislação insuficiente

Motta argumenta, no entanto, que a legislação não foi capaz de impedir o trabalho, no Brasil, de “2,7 milhões de crianças e adolescentes com idades entre 5 e 17 anos”. Por isso, pretende oferecer mais uma ferramenta para o combate à exploração do trabalho infantil.

“Crianças e adolescentes submetidas a trabalho penoso, perigoso ou insalubre sofrem mutilações, muitas vezes com danos irreversíveis à saúde e, às vezes, têm sua vida exposta a perigo”, afirma Luiz Carlos Motta.

Dados do Ministério Público do Trabalho citados pelo parlamentar mostram que, entre 2007 e 2018, foram notificados 300 mil acidentes de trabalho envolvendo crianças e adolescentes. No mesmo período, ocorreram 42 óbitos decorrentes de acidentes laborais na faixa etária dos 14 aos 17 anos.

(Agência Câmara de Notícias, 2020.)

Há um aspecto relevante para analisar-se, baseado em um recente posicionamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2020. Tal posicionamento reafirmou a compreensão de que o tempo de trabalho prestado quando ainda criança, é contado para fins de aposentadoria. Entretanto, o acórdão foi reformado pela Primeira Turma e manteve-se a admissão da contagem do tempo de trabalho do menor, todavia, sendo este maior de 14 anos.

Por ser decisiva até então esta conclusão de idade, sabe-se que tais possíveis direitos não afetariam as crianças vítimas de exploração de trabalho, tendo como base o que dispõe

no art 2º do ECA “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Se levado adiante o comentado acórdão em sua ideia inicial, tendo direcionamento de benefício às crianças, na teoria prometia indiretamente ser um meio de compensação pelo disposto neste artigo como injusto e inadmissível. Porém na prática, poderia ocasionar um incentivo em massa para que este fosse normalizado, propagado como aceitável.

Conforme Kassouf, (2007), o trabalho infantil é normalmente associado a questões de ordem econômica, que compreendem a garantia de subsistência das famílias. Ou seja, numa realidade onde há o desemprego estrutural, o subemprego, e a existência de um grande contingente de famílias em extrema pobreza, uma das consequências é o uso do trabalho infantil.

Pela primeira vez depois de duas décadas, em meio à pandemia, a base média de 1,7 milhão de crianças e adolescentes trabalhando aumentou gradativamente para 8,7 milhões, de acordo com a pesquisa feita pela OIT (Organização Nacional do Trabalho) e a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), criado pela ONU para promover o bem-estar e aplicar os direitos de crianças e adolescentes.

A consequente crise econômica que enfrentamos por conta do Covid-19 desestabilizou de forma geral a sociedade, afetando principalmente famílias de baixa renda. Diante deste cenário, elevou-se o número de pais que por necessidade introduziram seus filhos no trabalho.

De acordo com a legislação predominante e vigente no Brasil, não há barreiras jurisdicionais que impeçam em real eficácia esta introdução, contanto que não seja caracterizado como escravo. Entende-se isto como uma lacuna que abre portas para a normalização e não para a inconformidade e combate ao problema.

O trabalho escravo sendo definido como crime, está em perfeita harmonia com a preservação dos direitos fundamentais do ser humano, mas deve-se levar a refletir que o trabalho precoce, infantil, mesmo que não apresentando sinais escandalosos que o considere escravo legalmente, não deveria nem ser cogitada sua possibilidade.

2.1 TRABALHO “NÃO-ESCRAVO” INFANTIL

O modo como a sociedade enxerga o serviço prestado por atrizes mirins parte de uma visão glamorosa e pode-se até dizer preconceituosa. Impregnou-se como normal e admirável tal conduta, e quanto mais cedo provam deste “sucesso” mais recebem elogios

e admirações. Entretanto, profissionais da psicologia, especializados no desenvolvimento desta fase, em sua maioria se posicionam contrários a isto.

As consequências físicas e mentais irão perdurar por uma vida toda e nota-se o Estado omissivo quanto ao cuidado e prevenção de tais malefícios, como se fosse mais fácil deixar o problema “estourar” lá na frente, em vez de investir agora na construção de “barreiras” legais para precavê-lo.

O site Jus.com.br (2014, p.1) publicou:

Segundo a Constituição Federal, menores de 16 anos estão proibidos de trabalhar, exceto como aprendizes e se maiores de 14 anos. Entretanto, não é o que se vê na televisão brasileira. Crianças e adolescentes começam a trabalhar cada vez mais cedo na televisão, sem que haja nenhuma sanção para aos seus pais ou empregadores e, nem mesmo uma condenação pela opinião pública, ao contrário do que acontece nos casos em que crianças trabalham na lavoura ou em carvoarias. Alega-se que as consequências para as crianças que trabalham no meio televisivo são diferentes a daquelas que trabalham em outros ambientes. Entretanto, é necessário que se tenha um maior controle do Estado sobre isso, pois o desenvolvimento dessas crianças pode ser afetado. Diversos especialistas são contrários à utilização de crianças e adolescentes em programas televisivos, por entenderem que este tipo de atividade configura-se trabalho infantil, podendo afetar o desenvolvimento físico e mental delas. A falta de legislação específica sobre o tema dificulta ainda mais o controle sobre essa prática, restando aos pais, à sociedade e ao judiciário utilizarem de bom senso e equilíbrio, para que acima de tudo, seja preservado o melhor interesse da criança. (...) A OIT instituiu várias convenções que tratam sobre a proteção ao trabalho infantil e muitas delas foram ratificadas pelo Brasil. Com a convenção nº 105 de 1957, houve a abolição de qualquer trabalho forçado nos países que a ratificaram. Outra importante convenção é a nº 138 de 1973, que estabelece que para a contratação de um adolescente, este deve ter um nível de desenvolvimento físico e mental mais completo. Ainda a sua recomendação nº. 146 instituiu a idade mínima em todos os setores de atividades elaborativas e constituiu um aspecto de proteção para a criança e o adolescente.

Tem-se um controle melhor e mais seguro sobre o serviço prestado por crianças no meio artístico, levando-se em conta que para a sua realização, é necessário a busca pela disponibilidade de um alvará, nele constando a quantidade de horas permitidas por dia e

as condições nas quais as atividades poderão ser exercidas pela criança ou adolescente. Se não cumprido os requisitos combinados na autorização judicial, será então viável a punibilidade.

O mesmo não ocorre em trabalhos infantis também “não-escravos” que não fazem parte do meio artístico. Sendo ele mais acessível a crianças pertencentes a famílias de renda média alta, as que são de classe baixa em sua maioria ficam expostas a trabalhos nada regulamentados e saudáveis para as tais, como os rurais. Estas, não possuem uma supervisão e controle mais detalhado e eficiente, sendo na grande porcentagem dos fatos, invisíveis aos olhos jurisdicionais.

Há muitos casos em que a criança por inocência e incapacidade de compreensão leva, por exemplo, a “colheita de laranjas”, “venda de sucos” realizadas cotidianamente, como apenas uma atividade de lazer, enquanto os responsáveis, em uma considerável parte, estão explorando seus filhos e retirando-lhes o prazer de aproveitar e desfrutar da fase em que se encontram. Muitas crianças, a maioria de famílias sitiantes, chegam ao ponto de não frequentarem escolas por conta dos serviços, diminuindo alarmantemente a sua possibilidade de crescimento profissional no futuro. Porém neste caso, já se enquadraria como sendo escravo e necessitaria da denuncia, que ao menos em regra é considerada em fins jurídicos.

Certamente que o auxílio realizado pela criança aos pais ou responsáveis, sendo esporádicos, fazem parte de sua formação como ser humano. A questão se torna consideravelmente prejudicial e alarmante no momento em que se transforma em um “emprego”, com obrigações, constância diária, subordinação profissional e, raramente, onerosidade. Ainda que não atrapalhe seu desempenho em outras áreas no momento, trará consequências futuras.

Scarton (2014) afirma que o trabalho infantil traz danos nos aspectos social, econômico, escolar e psicológico, sendo que a partir do momento que a criança se sente obrigada a assumir a responsabilidade do trabalho ela perde sua inocência, constituindo assim a perda da mais tenra infância.

Isto infelizmente é tendencioso a ocorrer constantemente e gradativamente, ocasionado pela falta de fiscalização e proibição do trabalho infantil. Mesmo que não se enquadrando nas características de trabalho escravo, se é constante, e há cobranças como para um empregado adulto, as consequências serão escravizadoras para a pessoa que perdeu sua infância com responsabilidades que, segundo Scarton, tiraram a sua inocência.

Um meio artístico nem sempre tão glamouroso é o trabalho circense. Crianças se dedicam a prestar serviços artísticos em circos, normalmente com toda a família

introduzida interagindo, e são prejudicadas em seus estudos por conta da mudança contínua de cidade, não conseguindo chegar a uma estabilidade de moradia fixa por longo período para frequentar com constância o colégio em que está matriculada.

As opiniões jurisprudenciais sobre este cenário divergem bastante, conflitando entre uma possível exploração extremamente prejudicial, ou, apenas crianças que são seres humanos dignos de direitos básicos fundamentais como todos os outros, usufruindo da sua liberdade artística. No presente artigo, defende-se o primeiro posicionamento, tendo por fundamento justificativo básico os estudos realizados por profissionais especializados na área, que apontam no mesmo sentido aqui apresentado.

Segundo psicólogos entrevistados, as crianças que são inseridas no mundo artístico, muitas vezes não possuem uma estrutura psicológica para separar o mundo real da ficção e também para lidar com uma futura rejeição por parte desse mundo artístico. (...) Além disso, para os psicólogos entrevistados, quando a criança desenvolve um trabalho artístico, os pais, muitas vezes, não observam como esse trabalho está sendo desenvolvido, pois veem nos filhos, uma chance de realização pessoal e, na busca do sucesso, não percebem que a criança acaba perdendo o convívio familiar, uma formação escolar adequada, lazer. (Jus, 2014, p.1)

Também vale citar que Margaret de Carvalho, procuradora do Ministério Público defende que não deveria ser concedida permissão para que as crianças fossem “expostas a qualquer tipo de trabalho artístico, não só na televisão, como cantor, pra desfile de roupa infantil você provoca o amadurecimento muito precoce nessa crianças, elas obviamente por não estarem preparadas elas não sabem lidar com a fama, um adulto não sabe, uma criança muito menos.” (fala da mesma).

3 CRIMINALIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO

Há um projeto lei que apresenta a ideia de tipificação desse crime no Código Penal. Este, tramita na Câmara dos Deputados desde 2012, já passou pela análise das comissões de Seguridade Social e de Direitos Humanos e possui posicionamento favorável do seu relator na Comissão de Constituição e Justiça. Porém, alguns deputados que apoiam e observam a tramitação dizem ser improvável a sua aprovação em plenário.

Alguns pregam a ideia de que é melhor que estejam trabalhando do que roubando ou matando, como se não houvesse também a possibilidade de estarem apenas organizando seu quarto, lendo um livro ou brincando com os colegas.

A Constituição em seu art 7º, apresentou um limite de idade para se trabalhar. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), posteriormente garantiu os direitos que possuem. Entende-se agora faltar uma terceira etapa: quem violar estas duas estipulações legais, deve ser penalizado.

O ponto a ser apresentado e refletido em questão, é a falta de eficácia de uma norma sem punibilidade. Norma que, a omissão de sua execução na sociedade acarretará prejuízo às crianças. O trabalho precoce deve ser combatido, com a intenção e meta de preservação da fase infantil, aonde a vítima é, ou pelo menos em regra deveria ser, sustentada e não obtém responsabilidade de prover sustento. O peso da responsabilidade de sobrevivência, até chegar na fase da adolescência, que se inicia aos 12 anos, deve estar sob os pais ou responsáveis. Sabendo que ao abrir-se as portas para a normalização desta prestação de serviço cotidiana e exercida fora de época, conseqüentemente serão expostas brechas para o aumento de exploração de crianças, inclusive as mais ingênuas em sua faixa etária, como por exemplo, de 5 e 6 anos.

O Conselho Regional de Psicologia (2022, p.1) publicou:

As implicações socioemocionais geradas pelas diversas formas de trabalho infantil comprometem de tal forma os sujeitos, a ponto de causar sérios danos às suas integridades físicas, emocionais e psicológicas. A execução de trabalhos para adultos, realizada por sujeitos em desenvolvimento, pode comprometer o tempo que deveria ser destinado à convivência familiar e comunitária, à escola, ao brincar, aos cuidados com a saúde, obrigando esses sujeitos a agirem e assumirem precocemente responsabilidades adultas.

Daí o medo, a ansiedade, a insegurança e a dificuldade de concentração na escola, com baixo índice de rendimento escolar, levando quase sempre à repetência, distorção idade/série ou evasão escolar. Diante do impacto psicológico do trabalho infantil a crianças e adolescentes, o CRP-17/RN orienta psicólogas e psicólogos a realizarem ações cujo ponto central seja a defesa dos direitos de crianças e adolescentes. O Conselho também conta com representantes em instâncias de controle social no estado.

É importante a sociedade refletir porque o trabalho infantil se mostra tão naturalizado dentro dos padrões culturais do nosso país. Portanto, que haja mais vigilância na defesa integral da população infantojuvenil do nosso país e o cumprimento das prerrogativas

legais que as coloca como sujeitos de direitos, devendo ser respeitada sua condição peculiar de desenvolvimento.

A fase infantil possui suas condições peculiares, próprias, para o desenvolvimento da criança. Desta forma, considera-se inapropriada a representação de opiniões a favor do trabalho realizado precocemente, sendo respaldadas de princípios e ideologias fundamentadas na experiência e visão da fase adulta, sem a real introdução no cenário a ser apresentado por profissionais que entendem da área em questão.

Tem-se por relevante, salientar a importância de que os cidadãos saibam separar adequadamente a localização do perigo eminente. Este que não se encontra em tarefas cotidianas necessárias para o âmbito pessoal de cada indivíduo. Contanto que esteja dentro de parâmetros proporcionais para preservação dos direitos da criança e cuidado com sua saúde de modo geral.

Para Alberto (2013), o "Trabalho Infantil Doméstico Remunerado" é o serviço prestado precocemente, aonde o sujeito obtém remuneração em troca de suas atividades exercidas. Seja em sua própria residência ou alheia, pertencentes a parentes ou terceiros.

Há também o "Trabalho Infantil Doméstico Ajuda", este representa as crianças ou adolescentes que realizam atividades de manutenção da casa, ou seja, imprevistos surgem e então são postas como cooperadoras; e no último denominado "Trabalho Infantil Doméstico Socialização", as tarefas do lar da criança ou do adolescente, são divididas entre os membros moradores. Todos em mútuo e recíproco auxílio, executado com certa frequência.

Defende-se que a primeira opção, onerosa, seria realmente punível, afinal se torna mais fácil a identificação do trabalho, mas as outras classificações não podem ser absolutamente desconsideradas. Analisando-se o terceiro conceito, de socialização, na hipótese de que seja realizado de forma constante, cotidiana, com cobranças severas, carga horária definida... Deveria ser tão ilícito para fins punitivos quanto o oneroso, isto por conta da sobrecarga de responsabilidade de sustento imposta sobre a criança, ainda que não propositalmente. No denominado como esporádico, em casos de imprevistos, o fato que realmente caracterizaria prejudicial e passível de provocação legal, seria o meio de prestação da ajuda, devendo analisar-se seu nível de exposição ao perigo durante o auxílio. Todavia, se a ajuda esporádica, não colocar a vítima vulnerável ao perigo, e o trabalho de socialização não se basear em cobranças como as já expostas, entende-se que não acarretaria malefícios em longo prazo para a saúde psicológica da criança, subentendendo que a mesma esteja sendo supervisionada e auxiliada por adultos responsáveis em ambas as hipóteses, então poderia se considerar como uma rara exceção.

Dentre as formas mais comuns de ocupação da criança tem-se: Trabalho Doméstico, Trabalho nas Ruas, Trabalho no Campo, Trabalho Infantil Perigoso e, Exploração Sexual.

Os dois últimos apresentados já são consideravelmente por si só alarmantes para a sociedade em sua maioria. A exposição ao perigo é algo facilmente aceito como justo evitá-lo, como já comentado no “Trabalho Ajuda”, porém a percepção de risco nem sempre está devassada a olhos nus. Entende-se que o trabalho infantil já compreende perigo por seu malefício às crianças envolvidas e isto não está apenas relacionado com o extremo, mas também com pequenas negligências que estão presentes na prática e que diversas vezes passam despercebidas.

A exploração já é considerada crime, portanto, passível de punição, mas é meritória a compreensão da nítida exposição da criança ao inseri-la no trabalho cotidiano, principalmente quando realizado em meio a adultos.

“A Organização Mundial Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância), alertou que em épocas de medidas de contenção contra surtos de doenças, crescem as taxas de abuso e exploração de crianças, como trabalho infantil, pornografia infantil e exploração sexual.”

(ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE, 2020)

Na exata época em que aumentaram os casos de trabalho infantil aumentou-se também o nível de exploração sexual na mesma faixa etária. Percebe-se que o resultado tenha relação com a pandemia em si, sabendo que fora imposto na maioria das famílias o isolamento para prevenir a contaminação maior do vírus e, infelizmente, o índice de abuso praticado por membros da própria casa é altíssimo. Mas é interessante refletir na possibilidade de que o trabalho infantil, com seu crescimento por conta da crise financeira eminente, também ocasionou a elevação dos índices de abuso, pela compreensão de que uma das situações desprezíveis que a criança é exposta enquanto presta seus serviços, é o altíssimo aumento de chance de ser abusada sexualmente.

As crianças são seres totalmente dependentes de seus responsáveis para sobrevivência. Esta dependência não é baseada apenas pela moral social, mas também é amparada legalmente através da Constituição Federal de 1988, a qual protege o direito de serem sustentadas e zeladas e impõe deveres sobre os responsáveis maiores de responderem pela falta de cumprimento dos mesmos.

O caso de Marielma de Jesus, que repercutiu nos telejornais no ano de 2005, é um exemplo adequado para confirmação da existência desta correlação entre o trabalho infantil e o risco eminente de exploração sexual. A vítima, com apenas 11 anos de idade na

época do fato, foi entregue pela mãe a um casal de Belém para lhes prestar serviços de babá. Havia um acordo compactuado entre as partes de que Marielma frequentaria a escola normalmente e a família da mesma receberia cestas básicas mensalmente como pagamento. Porém, o seu corpo fora encontrado sem vida em 12 de novembro de 2005, e os vestígios deixados indicaram violência sexual, além de espancamento e torturas das mais cruéis.

A repercussão do acontecimento foi um marco nacional, transformou-se em um símbolo de incentivo a luta contra a prática do que o país ainda tolera.

4 POSSIBILITANDO SOLUÇÕES

A aplicação de penas mais severas, como reclusão e multa são totalmente aceitáveis dependendo do grau de severidade e dolo em cada caso, e precisam estar expressas de forma mais firme e clara em lei, afinal demonstrariam indiretamente a gravidade do crime e o quanto o legislativo está disposto a combatê-lo. Porém, teriam efeito apenas punitivo e não seriam solucionadores para casos mais delicados.

Após a denúncia, e findando-se toda fase do curso processual, sendo caso de condenação a pagamento de multa ou em situações mais graves, pena de reclusão, propõe-se que fossem criados programas sociais bem estruturados e com alvo certo, consciente que a consequência árdua em si não resolveria o problema ao ponto de cessar ou diminuir o número de ocorrências. Basicamente, através deste novo programa, as famílias seriam acompanhadas por psicólogos e assistentes sociais, conscientizadas, analisadas e teriam auxílio financeiro em cenários de trabalho por conta da situação precoce eminente.

Segundo o site CRP17:

Em 2014, 6,4% das crianças brasileiras, ou seja, 2.550.484 executam alguma ocupação remunerada para o seu sustento ou para a contribuição do sustento familiar (IBGE, 2015). O trabalho infantil é atravessado também em relação a gênero e formas de trabalho.

O trabalho infantil doméstico, por exemplo, comporta mais de 90% de meninas nessa forma de exploração. Observando o trabalho em feiras e lixões, por outro lado, temos mais de 64,4% de meninos trabalhando nessas atividades. O trabalho infantil doméstico, o tráfico de drogas e a exploração sexual de crianças e adolescentes são considerados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1999) umas das piores formas de trabalho infantil, expondo meninos e meninas a situações de alto risco.

Independente do local ou região, a maioria ou está fora da escola ou acaba por abandoná-la, em função do desgaste pelo trabalho. Segundo o Censo de 2010 do IBGE, 966 mil meninos e meninas entre 06 e 14 anos de idade não têm direito à educação.

Quanto a isto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) define que somente a partir dos 14 anos de idade, e na condição de aprendiz, é permitida a entrada do adolescente no contexto do trabalho, obedecendo a uma série de parâmetros e de restrições quanto ao tempo e condições de trabalho. Contudo, os dados do IBGE indicam crianças em situação de trabalho a partir dos cinco anos de idade, situação que acarreta graves consequências no desenvolvimento físico e emocional desses sujeitos.

As desigualdades econômicas e sociais revelam que, em 2014, mais de 25 das famílias com crianças e adolescentes nessas condições apresentam uma renda familiar inferior a um salário mínimo, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD (IBGE, 2015).

Vale ressaltar a importância de que conste no Código Penal a tipicidade do crime, levando-se em conta que até se tratando de necessidade para sobrevivência familiar, o problema jamais será resolvido ocasionando outro maior, por isso, é totalmente adequada a ideia da junção de dois meios solucionadores, sendo estes, a punição partindo da tipificação, para representação de seriedade e combate na intenção de reprimir a possibilidade de tornar o ato aceitável, e o auxílio para reestruturação da família onde a criança foi vítima do trabalho por necessidade. Ressaltando também, que o crescimento saudável de uma criança está em grande parte associado e com “elo dependente” diretamente ligado à sua relação familiar estrutural dentro de casa.

Sendo assim, repelir a configuração popular de se tornar o trabalho infantil como algo comum, deve ser feito de forma bem planejada e com atos extremamente delicados e bem direcionados, considerando que nisso tratar-se-á de uma fase caracterizada pela psicologia como delicada e sensível a pressões que podem influenciar no desenvolvimento sadio da criança.

Se as medidas solucionadoras não forem bem pensadas e executadas, ao invés de amenizar o problema, novos seriam criados. Como por exemplo, na hipótese do principal sustentador da casa ser apreendido pela exploração e a família ficar sem qualquer amparo do Estado, principalmente o financeiro, possivelmente as consequências para todos, inclusive à criança “protegida”, poderiam ser piores e mais torturantes que as iniciais.

5 CONCLUSÃO

Há possibilidade de denúncia a qualquer indício de trabalho infantil e se obtém básico respaldo legal para tal. Porém, o real problema está na falta de direcionamento específico para a punibilidade, caso haja a denúncia de terceiro ou percepção do Estado como sujeito ativo em caso de fiscalização frequente, que entende-se ser ação preventiva extremamente necessária.

Como citado no presente artigo, a Constituição Federal limita a idade mínima para se trabalhar. Em regra, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), expõe e garante os respectivos direitos. Porém, em via de mão dupla, a questão da punição e da reparação no controle do dano ainda se encontram vagas e sem amparos legais. Não fora definido expressamente como crime e, portanto, não há pena fixa, resultando mesmo que indiretamente, no entendimento social dentro do senso comum, de que há distinção de gravidade e prioridade em comparação aos crimes redigidos pelo Código Penal.

Sendo caracterizado como trabalho escravo, a punibilidade não é totalmente omissa, já existe previsão em lei. Todavia, é necessário tornar-se preocupante ao Estado o fato de que o serviço cotidiano realizado precocemente resultará em prejuízos psicológicos e emocionais estruturantes, pelo fato de que não usufruíram de seus direitos, que em regra, já lhes são garantidos na faixa etária em questão. Sem contar os riscos “externos”, aos quais as vítimas se tornam alarmantemente mais vulneráveis.

É concedido às crianças e adolescentes a garantia de prioridade e é compreendida pela lei como sendo a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias. Pela relevante significância contida no termo “primazia”, entende-se que deve haver prioridade no que diz respeito ao cuidado em protegê-las. Nisto, se inclui a dedicação no combate ao trabalho infantil que, ainda que seja visto em determinadas situações como inofensivo no momento presente, os malefícios vindouros podem ser evitados, e o Estado bem representado pelo poder legislativo, possui condições suficientes para análise do entendimento do que já é comprovado na psicologia, concomitantemente com o os direitos assegurados às crianças pela soberana Constituição Federal.

Ressaltando que, apenas a tipificação para o crime, não trará por si só a solução para o problema, diminuindo a eminência de casos. Faz-se necessário uma dedicação especial e minuciosa ao tema, voltando-se para uma prestação eficaz de assistência social, que possibilitaria através deste auxílio um novo direcionamento, não demonstrando apenas punição, mas também acolhimento por parte do Estado para com as famílias envolvidas. A pena aplicada serviria para controle, como um meio de evitar a ação de má-fé dos responsáveis para apenas conseguir o auxílio financeiro.

Acima de conceitos formados por opiniões pessoais de membros do legislativo, deveria ser utilizado para formulação típica coerente, os dados e conclusões obtidas através de estudos e pesquisas da área, que apresentam a urgência de se breçar o trabalho precoce, pois sendo tal barreira violada, conseqüentemente os resultados que surgirão implicarão em uma afronta direta a tudo o que diz-se em tese assegurar fundamentalmente às crianças.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 21 de jul. de 2022.

NOBRE, Noéli. Projeto pune quem submeter criança ou adolescente a trabalho perigoso. **Câmara dos deputados**, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/691530-projeto-pune-quem-submeter-crianca-ou-adolescente-a-trabalho-perigoso/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

O QUE É TRABALHO INFANTIL. **Criança livre de trabalho infantil**. Disponível em: <https://livedetrabalhoinfantil.org.br/trabalho-infantil/o-que-e/>. Acesso em: 19 abr. 2022.

TRABALHO INFANTIL É CRIME! ENTENDA OS PRINCIPAIS TIPOS E COMO DENUNCIAR. **Terra**, 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/trabalho-infantil-e-crime-entenda-os-principais-tipos-e-como-denunciar,ab6927b254827c4138f26600f902404f1b0tjwb7.html>. Acesso em: 10 jul. 2022.

O TRABALHO INFANTIL E OS IMPACTOS PSICOLÓGICOS EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES. **CRP17**. Disponível em: <https://crprn.org.br/noticias/crp-17-alerta-para-impacto-psicologico-do-trabalho-infantil-em-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990. DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. **Planalto**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm . Acesso em: 30 jul. 2022.

OLIVEIRA, Kelly Monique. Crescem os casos de exploração sexual infantil durante pandemia. **Assembleia Legislativa do estado de Sergipe**, 2020.

JUS.COM.BR. **Trabalho infantil na televisão sob a ótica jurídica**. p.1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28669/trabalho-infantil-na-televisao-sob-a-otica-juridica>. Acesso em: 18 nov. 2022.

CRIANÇA LIVRE DE TRABALHO INFANTIL. História de Marielma de Jesus retrata a triste exploração do trabalho infantil doméstico. 2019. Disponível em: <https://livedetrabalhoinfantil.org.br/noticias/colunas/historia-de-marielma-de-jesus-retrata-exploracao-trabalho-infantil-domestico/>. Acesso em: 28 mar. 2023.

ESTUDO DA ORALIDADE NA HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL E SUA (NÃO) INFLUÊNCIA NO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COGNITIVO DE PRIMEIRO GRAU DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

RUBENS TEIXEIRA DE SOUZA STARLING:

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é destacar a presença da oralidade no contexto geral do processo civil desde a Antiguidade Clássica até o Código de Processo Civil de 1973, de modo a considerar qual a extensão da adoção da oralidade no sistema processual civil brasileiro previamente ao Código de Processo Civil de 2015. Dessa forma, são fornecidos ao leitor subsídios para que faça uma análise crítica da relevância da oralidade como forma de tratamento ou de solução de litígios. Para tanto, pretende-se a abordagem histórica e teórico-descritiva do instituto da oralidade no desenvolvimento dos sistemas processuais civis, focando-se ao final no contexto brasileiro. Sugere-se, assim, a ampliação do debate doutrinário em torno da oralidade, importante instrumento para se conferir legitimidade e eficiência para a atuação do Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Oralidade – Direito Romano – Direito Germânico – Direito na Idade Média – Direito Canônico – Common Law – Oralidade na Europa dos séculos XIX e XX – Oralidade no Brasil – Ordenações do Reino – Códigos de Processo Civil Estaduais – Código de Processo Civil de 1939 – Código de Processo Civil de 1973.

1. INTRODUÇÃO

A oralidade é a forma de comunicação presente na sociedade humana desde seus primórdios, surgindo, como se sabe, significativamente antes da escrita. No presente trabalho, de uma abordagem inicialmente extrajurídica, passa-se à análise da oralidade no contexto do Direito, perpassando diversos ordenamentos jurídicos até adentrar especificamente na história do processo civil brasileiro, culminando com uma abordagem mais detida no Código de Processo Civil de 1973.

Mesmo com a revogação do diploma de 1973, é certo que o processo civil segue uma linearidade, não havendo propriamente rupturas na dogmática processual civil. O entendimento da história da oralidade no Direito ocidental, debruçando-se com maior vagar no caso brasileiro, permite uma melhor compreensão sobre em que ponto estamos no que tange à oralidade e ao Código de Processo Civil de 2015, bem como faculta ao jurista maior lastro crítico quando da análise do instituto da oralidade. Com efeito, confere-lhe substrato teórico e dogmático sobre o assunto.

A oralidade enquanto forma de tratamento de litígios e como forma de condução de processos é diminuída na sistemática processual brasileira, conduzindo a uma “papelização” e a uma “processualização” das questões e das circunstâncias de conflitos, conflitos estes que se dão na dinâmica do mundo da vida. Como resultado, tende-se a um procedimento abstrato e impessoal, com pouco espaço para a prática de atos processuais orais.

2. CONCEITO DE ORALIDADE

Antes de avançarmos neste trabalho, cumpre esclarecer o conceito de oralidade. De nada adianta tecer maiores considerações a respeito, seja situando sua presença na história do direito processual ou no ordenamento jurídico brasileiro, se não tivermos assentadas suas premissas epistemológicas.

2.1 ORALIDADE E ESCRITURA: APANHADO HISTÓRICO

Tanto a oralidade quanto a escritura representam formas de expressão da linguagem. Linguagem, por sua vez, é o “sistema de sinais sonoros, visuais ou táteis capazes de permitir a comunicação entre indivíduos”⁵⁹.

A linguagem oral liga-se aos fenômenos da *fala* e da *língua*, a primeira entendida como a produção de signos sonoros, já essa como um fenômeno social. A linguagem escrita, por sua vez, representa a materialização da linguagem por meio de sinais e sistemas gráficos.

A escrita desenvolveu-se a partir da escrita *pictórica*, quando um signo corresponde diretamente ao objeto representado, passando pela escrita *ideográfica*, *fonética* e *silábica*, culminando com a escrita alfabética. Essa já possui uma correspondência entre sons e a sua representação gráfica, ao contrário do que se sucedia com a escrita ideográfica (egípcios e chineses antigos).

A linguagem escrita, no início, era adstrita a certos círculos sociais, como sacerdotes, motivo pelo qual continuou a oralidade a forma dominante de comunicação social:

“Mas o surgimento da escrita, nascida da evolução social e cultural dos povos no curso da história, não substituiu ou suplantou a

⁵⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade: Procedimento por Audiências no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 - p. 16.

comunicação oral, porquanto era restrita em sua origem aos oráculos e aos sacerdotes, cercada de dificuldades e mistérios.”⁶⁰

Vale dizer, aliás, que o papel inventado pelos chineses em 105 d.C., hoje referência à linguagem escrita, somente se popularizou no Ocidente por volta do século XIV.

Enfim, a oralidade, antes de se inserir no campo do Direito, representa a forma mais comum de comunicação ou expressão da linguagem, o que permanece como regra desde tempos imemoriais. Evidentemente, a história da linguagem é muito mais ampla que a história do Direito, bem como mais ampla que a história da escrita.

2.2 ORALIDADE NO DIREITO: CONCEITO DE ORALIDADE, ACEPÇÕES ESTRITA E AMPLA, E SEUS SUB-PRINCÍPIOS

Ao se referir à oralidade, um operador do direito se vê diante de dois significados, um amplo e outro estrito.

Em sentido amplo, implica a forma dos atos processuais, em oposição aos atos escritos. Já em sentido estrito, consiste na produção, valoração e julgamento baseado em prova não-documental. No primeiro caso, fala-se em *oralidade no procedimento*, enquanto que no segundo fala-se em *sistema oral*.

Na acepção estrita (ou sistema oral), destaca-se a presença de quatro princípios que compõem tal sistema. São eles: imediação, concentração de atos, irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias e identidade física do juiz.

“Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um complexo de ideias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias.”⁶¹

Nessa linha, para bem delinear a acepção estrita da oralidade, necessária a análise dos sub-princípios que a compõem.

2.2.1 IMEDIAÇÃO

⁶⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁶¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2011 - p. 354.

Tal princípio exige que o magistrado tenha contato direto com as provas, imediato, sem que haja interposta pessoa que repasse a ele o teor das provas produzidas. Impõe um contato direto e pessoal do juiz com as partes, testemunhas e peritos, ou mesmo com objetos, como no caso da inspeção judicial.

*"Deve pessoalmente ouvir as partes, as testemunhas e formular ao perito os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da controvérsia. A função da regra – claro está – é permitir que o magistrado se aproxime o máximo possível dos fatos essenciais ao bom julgamento, obtendo o maior e mais acurado acervo de informações, sobre as quais deverá formar livremente seu convencimento."*⁶²

Ou, ainda, nas palavras de outros eminentes processualistas,

*"O princípio da imediação exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram juntos)."*⁶³

Por fim, a importância do princípio da imediação para a instrução do processo – e, portanto, para o posterior julgamento – é evidente, valendo destacar os dizeres do Imperador Adriano, ao enaltecê-lo:

"O imperador ADRIANO (fr. 3, Dig. de test. 22,5), depois de haver enumerado alguns critérios capazes de servirem de guia na imediação, como o grau de autoridade, a dignidade, a conformidade com a opinião pública, terminou por dizer que toca ao juiz apreciar a testemunha, seu modo de depor, sua simplicidade; se tinha a aparência de repetir um discurso preparado de memória, ou de responder improvisadamente a verdade (hoc solum tibi rescribere possum (...) ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris). E recomendava aos juízes que interrogassem diretamente as testemunhas, mesmo à custa e

⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos; JUNIOR, Samuel Meira Brasil & OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *A Oralidade no Processo Civil Brasileiro (Relatório Nacional)*. In JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de & LAUAR, Maira Terra (coords.). *Processo Civil, Novas Tendências: Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 - p. 412.

⁶³ CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 354

*fazê-las vir de longe às expensas do tribunal e de utilizarem o menos possível delegações e atas (Alia est auctoritas', dizia ele, 'praesentirum testium, alia testimnoniorum quae recitari solent'), isto porque o valor das testemunhas que depõem em pessoa é muito diferente do valor das atas que se costuma ler."*⁶⁴

2.2.2 CONCENTRAÇÃO DE ATOS

A concentração dos atos processuais encontra-se umbilicalmente ligada ao conceito de imediação. Isto porque a imediação perderia sua eficácia e seu propósito ante o transcurso de lapso temporal considerável, uma vez que

*"As impressões no espírito do juiz – após seu contato imediato com as provas – não devem esmaecer sob a força corrosiva do tempo. A concentração dos atos é, portanto, senão uma decorrência lógica, uma exigência teleológica"*⁶⁵

Enfim, a concentração envolve um dinamismo inerente à oralidade, possibilitando a prática de vários atos em uma única ocasião – ordinariamente a audiência. Repudia-se a prolongação do procedimento e a diluição dos atos processuais no tempo.

2.2.3 IRRECORRIBILIDADE EM SEPARADO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

A irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, por sua vez, decorre da concentração de atos, vez que não seria razoável o desenvolvimento do processo com base no sistema oral ante a interposição de recursos para as decisões incidentais, o que quebraria a cadeia de atos preordenados (o procedimento), especialmente quando pudessem sobrestar o procedimento a quo. Noutras palavras, arriscaria prolongar demasiadamente os feitos, dando margem à "força corrosiva do tempo" na coleta e análise das provas.

2.2.4 IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Por fim, a identidade física do juiz exige que o mesmo magistrado que colheu as provas seja aquele quem irá julgar a causa, sob pena de prejudicar "as vantagens

⁶⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Breve estudo sobre a oralidade no processo civil romano*, p. 2. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/oralidade.pdf>>. Acesso em 28 de outubro de 2013.

⁶⁵ BEDAQUE, José; JUNIOR Samuel & OLIVEIRA, Bruno, op. cit., p. 413.

cognitivas” decorrentes do uso do sistema da oralidade (acepção estrita do termo oralidade).

*"Eis o sentido da regra da identidade física do juiz, peça final nas engrenagens da oralidade, porque incumbida de traduzir todos aqueles ganhos ou valores em uma sentença justa (ao menos no sentido de rente aos fatos)."*⁶⁶

Ou, noutra abordagem,

*"Como corolário indispensável da imediação, segue-se o princípio da identidade física do juiz: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais."*⁶⁷

3. PRESENÇA DA ORALIDADE NOS SISTEMAS PROCESSUAIS TRADICIONAIS E CLÁSSICOS

Nos períodos clássico e medieval, constata-se a presença de procedimentos exclusivamente orais e também de procedimentos escritos. Hoje, predomina nos ordenamentos jurídicos um sistema híbrido, que engloba atos tanto orais quanto escritos. Noutras palavras, em geral, houve predomínio inicial de um processo oral, com seu posterior declínio pela valorização dos atos processuais escritos e, mais recentemente, houve o resgate e revalorização da oralidade.

Segundo Jefferson Carús Guedes, houve três fases:

*"a primeira, oral, com predomínio absoluto da comunicação oral; a segunda, oral/escrita, na qual despontaram os meios escritos, notadamente os probatórios, e a terceira, oral/escrita/documental, privilegiada pela popularização do papel, que permitiu a farta documentação, associada à ampliação das manifestações escritas."*⁶⁸

A adoção da oralidade não exclui a escritura e vice-versa. Deve-se identificar a preponderância de um sobre o outro no ordenamento jurídico analisado.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 413.

⁶⁷ CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 354

⁶⁸ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 18.

Vejamos, enfim, como se deu a relação entre oralidade e escritura nos ordenamentos jurídicos tradicionais: Romano, Germânico, Canônico e Anglo-saxônico.

3.1 DIREITO ROMANO

Como se sabe, o Direito Romano constitui referência para qualquer estudioso da história do Direito, sendo notável o desenvolvimento de diversos institutos que ainda estão previstos em nosso ordenamento e são aplicados cotidianamente por nossos tribunais.

Tal relevância reflete o desenvolvimento da própria sociedade romana, referência cultural e jurídica, valendo destacar que

*"a lei não é apenas uma forma de representação abstrata das normas regulativas da comunidade, que a figuram e norteiam, mas muitas vezes é, ela mesma, a própria sociedade apresentada sob o aspecto legal."*⁶⁹

No âmbito do direito processual, a análise do Direito Romano se divide em três fases: *legis actiones* (até 130 a.C.), *per formulas* (130 a.C. até 294 d.C.) e *cognitio extraordinaria* (294 d.C. até o período Justiniano – por volta de 565 d.C.), cada uma com suas peculiaridades. Note-se que se trata de um período extenso: compreende mais de mil anos, desde a *Lex XII Tabulae* até as *Novellae* de Justiniano, culminando com a transição de um processo oral para um processo misto. Em resumo,

*"Exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a fórmula se revestia de forma escrita. Na extraordinaria cognitio, o procedimento transformou-se em escrito no tocante a vários atos, permanecendo os debates orais."*⁷⁰

Nas duas primeiras fases, *legis actiones* e *per formulas*, tem-se uma intervenção mínima do Estado, tendo o processo, pois, natureza preponderantemente privada, ao passo que a partir da terceira fase, *extraordinaria cognitio*, o Estado intervém por meio da figura de um funcionário que julgava a controvérsia, sem a necessidade de nomeação de um juiz privado - *iudex*, tendendo o processo, então, a natureza pública.

3.1.1 FASE LEGIS ACTIONES (ATÉ 130 A.C.)

69 TOLEDO, Plínio Fernandes. *Uma Interpretação Filosófica do Direito a partir da Análise de sua Forma Objetiva na Transição da Oralidade para a Escrita*. In BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu & RODRIGUEZ, José Rodrigo (coords.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005 - p. 4.

70 CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 353-354.

Nessa fase, em que se sobressaíam os atos verbais, o procedimento era quase litúrgico, havendo fórmulas orais que deveriam ser respeitadas e proferidas com exatidão. O formalismo era forte, ligado à correição e recitação solene de tais fórmulas.

"A legis actiones é a fase mais antiga do processo civil romano. As partes faziam declarações solenes perante o magistrado, expondo-lhe o objeto da controvérsia, sem mencionar as razões. O magistrado limitava-se a verificar se a atividade das partes era legal, e sendo, remetia-as a um juiz leigo eleito por elas mesmo, que colheria as provas e proferia irrecorrível sentença. O menor erro na observância das solenidades impostas pela lei era suficiente para que se perdesse o processo. Daí porque, na expressão de GAIO, as ações de lei eram odiosas (Institutas, 4.30), motivo pelo qual pouco a pouco foram sendo substituídas por ações com fórmulas fixas." 71

O processo se desenvolvia em duas fases: a *in iure*, realizada perante o magistrado, que culminava com o fenômeno da *litiscontestatio* e a *apud iudicem*, na qual eram produzidas as provas e o processo era julgado por um árbitro privado. Vale ressaltar que essa decisão era irrecorrível.

Curioso destacar a "ação de lei" *sacramentum in rem*, modalidade que previa aposta verbal feita perante o magistrado:

"Nessa aposta dizia uma parte: 'afirmo que este escravo me pertence, pelo direito dos Quirites...'; seguida da mesma afirmação pelo demandado. Logo, dizia o magistrado: 'deixai um e outro o escravo'. Então, uma das partes dizia: 'posto que tu reivindicaste injustamente te faço uma aposta de quinhentos ases'; e a outra parte respondia: 'e eu a ti'. Feita a aposta (sacramentum), as partes eram remetidas ao iudex privado para apresentação das provas e emissão da decisão. Após a decisão, a coisa era entregue ao vencedor e o valor apostado ao Estado"72

3.1.2 FASE PER FORMULAS (130 A.C. ATÉ 294 D.C.)

Aqui, o procedimento também era preponderantemente oral e dividido em duas fases. Na primeira, o demandante se apresentava, indicava a ação e chamava o demandado, terminando com a redação da fórmula, a qual consistia em uma ordem escrita,

71 GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 6.

72 GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 19-20.

destinada a relatar e reger o litígio na próxima etapa. Nesta, oralmente e em audiência, as partes se manifestavam, seguidas de seus advogados, sendo também recebidas as provas.

Os formalismos foram em grande medida atenuados, uma vez que as partes não mais tinham que proferir palavras solenes e imutáveis, nem faziam gestos rituais: expunham os fatos sem formalidades, de maneira oral⁷³.

Após a exposição, sendo aceita a ação, era redigida a fórmula, incluindo-se nela o que fosse suscitado oralmente, servindo então como referência e limite à futura decisão do *iudex*, a qual subsistia como irrecorrível.

Vale ressaltar que a formação da *litiscontestatio* – do processo, por assim dizer – não se restringia às ações de lei previstas na legislação.

Outrossim,

*"É a fórmula o traço marcante do processo formulário; dela advém-lhe a própria denominação: processo per formulas. Com base nela se emite o iudicium, o documento onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique, ou não, provada a pretensão do autor. No sistema da legis actiones, nada havia de semelhante: o iudex julgava a questão que as partes, oralmente, lhe expunham. No processo formulário não: ele julga o litígio conforme está delimitado na iudicium, elaborada na fase in iure."*⁷⁴

Vê-se que, enfim,

*"predominava a oralidade nas duas etapas do procedimento per formulas, sendo a sentença (quando existente) desprezada de requisitos formais, pronunciada em voz alta..."*⁷⁵

Em suma, no que tange à adoção da oralidade, Fernando da Fonseca Gajardoni conclui que,

"na medida em que a maciça maioria dos atos processuais eram orais (salvo a fórmula e, talvez, a sentença); que o material probatório era

⁷³ Mas, deveriam fazê-lo com cuidado, "pois se o autor postulasse mais amplamente do que lhe era lícito, perdia a demanda, não podendo mais reacionar o réu por aquela causa (GAIO, *Institutas*, 4.52-60)", cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 10.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁷⁵ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 20.

produzido em prol do magistrado, que formava livremente seu convencimento (imediação); que os atos processuais, nas duas fases, eram praticados, preferencialmente, em oportunidade única (concentração); que o próprio juiz, indicado expressamente na fórmula (Octavius iudex esto), era o único autorizado a proferir sentença (identidade física); e que as decisões proferidas eram irrecorríveis (irrecorribilidade); não há mesmo dúvidas de que no período formulário houve plena adoção da oralidade". 76

3.1.3 FASE COGNITIO EXTRAORDINARIA (294 D.C. ATÉ 565 D.C.)

Essa forma procedimental existia desde a fase das *legis actiones*, sendo voltada a litígios envolvendo o Estado. No entanto, a partir dessa época se tornou regra geral, fazendo ampliar a intervenção estatal nos litígios privados, dado o processamento perante funcionários do Estado. Tal procedimento possuía maiores semelhanças com os procedimentos contemporâneos, conforme se vê:

"O pedido era depositado no fórum por escrito; era escrita a resposta (libellus contradictionem); a audiência se iniciava pela exposição do demandante (narratio) e da defesa (contradictio); prosseguia com a ouvida de testemunhas. Prenunciava-se nesta fase a gradação do valor dos testemunhos, segundo a condição social, sobrevalorizavam-se os documentos e despontavam as presunções, concluindo-se o procedimento por uma sentença necessariamente escrita."77

Não havia mais, pois, a bipartição de instâncias. Acentua-se o caráter publicístico, como instrumental do Estado na solução dos litígios. Era possível recorrer da decisão final.

Poderia o juiz ter iniciativa probatória, lançando mão de outras provas que não as apresentadas pelas partes. No entanto, com o passar do tempo, as legislações foram limitando em certa medida o livre convencimento do magistrado. Em decorrência, sobrevaloriza-se a prova documental e desvaloriza-se a prova testemunhal.

"Assim, no Direito Justiniâneo, a prova testemunhal não podia prevalecer sobre os resultados da prova escrita e esta predominava em certas questões, como relativas ao estado. O testemunho de uma só pessoa era sempre irrelevante (testis unus, testis nullus) e na

76 GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., 13.

77 GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 21.

apreciação da prova testemunhal devia sempre dar-se maior peso ao depoimento das pessoas de elevada condição social. A prova documental (instrumentum), outrossim, passa a ter maior validade que no período formulário, não se aceitando que seja afastada por testemunhos. Importante ressaltar, ainda, que nesta fase muitos são os documentos registrados publicamente (apud acta), o que facilita a comprovação dos fatos. Por fim, a confissão tem valor preponderante: equivale à própria coisa julgada (convessum pro judicato est).”⁷⁸

Dessa forma, percebe-se certo declínio da oralidade, não só pelo procedimento em si, mas também na menor credibilidade da prova testemunhal em face da prova documental. Porém, tal declínio não é suficiente para afastar a prevalência de um procedimento oral:

“Mas a oralidade e a imediatidade mantiveram-se, em regra, como tônicas do processo, ao lado das atas redigidas, meio de amparo à sentença que, embora escrita, era publicada oralmente. Cresce o ímpeto pelo processo escrito, mas os atos eram desenvolvidos predominantemente pela linguagem oral...”⁷⁹

E, por fim,

“na ótima síntese de J. M. OTHON SIDOU ‘se, toda a prova romana se dirigirá no sentido do livre convencimento do juiz, que, portanto, a deve valorar dentro do mais estrito caráter da imediação e identidade; se todos os atos processuais se desenvolverão em audiência, quase sem interferência do elemento escrito; se serão inapeláveis as decisões tomadas em meio à demanda, garantindo o objetivo da concentração processual; se só a sentença definitiva se reveste da condição de coisa julgada, o que também garante o princípio da concentração – não será correto senão classificar o procedimento romano, nas suas três fases, como oral por excelência.”⁸⁰

3.2 DIREITO GERMÂNICO

⁷⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 15.

⁷⁹ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 21.

⁸⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 17.

Como se sabe, o direito germânico era oral⁸¹ e consuetudinário, sofrendo grande influência de conceitos religiosos, crenças e misticismos.

As disputas individuais chegavam a ser decididas em assembleias públicas, cujas decisões não eram impostas às partes, que poderiam acatar ou não a decisão. A figura do magistrado era inerte, de maneira apenas a regular/conduzir os debates e a produção das provas.

Com a conquista dos “povos bárbaros” pelos romanos, e também em razão da queda de Roma, houve uma confusão entre ambos os sistemas jurídicos, dando origem ao sistema jurídico romano-germânico, em oposição ao sistema jurídico anglo-saxônico. O primeiro vigorou a partir da Europa Continental Ocidental e tendencialmente em todos os territórios conquistados pelas nações européias ocidentais. Em contrapartida, o sistema jurídico anglo-saxônico vigora em menos territórios, todos eles ligados à expansão da nação inglesa.

3.3 O DIREITO NA IDADE MÉDIA

No geral, após a queda de Roma, prevaleceu na maioria dos sistemas a oralidade.

“Na Europa Central, antes da implantação do feudalismo, houve um largo período (séculos V a IX) em que se restabeleceu o campesinato livre, organizado em aldeias. Consuetudinário era o direito; o processo era oral e público, mas permeado de formalidades e simbolismos religiosos” ⁸²

Desse período são as famosas ordálias, ou “juízos de Deus”, nos quais uma figura divina determinaria quem teria razão na causa, auxiliando-o na vitória, uma vez que não permitiria que o falsário vencesse.

Enfim,

“segundo-se à fase hegemônica romana, o direito comum medieval, de modo geral, preservou por longos séculos as formas orais, intercaladas às formas locais próprias dos povos bárbaros.” ⁸³

⁸¹ “Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado”, cf. CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 354.

⁸² GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 21.

⁸³ *Ibidem*, p. 23.

Este predomínio da oralidade não é de se estranhar, dado que a maioria das populações era analfabeta.

3.4 DIREITO CANÔNICO

É com o Direito Canônico que o cenário se altera. Até este momento, de um modo ou de outro, assumiu relevo o papel da oralidade no desenvolvimento dos processos e na solução dos litígios.

No entanto,

"Os procedimentos orais da Antiguidade Romana ou germânica pouco a pouco foram perdendo espaço para formas escritas do processo, fortemente influenciado pelo direito canônico, no qual se impõe o princípio da inexistência jurídica dos atos processuais não resultantes das actas (escritos, protocolos), gerando a conseqüente nulidade (quod non est actis non est in mundo)" 84

Segundo este mesmo autor, o domínio do procedimento escrito consistia em uma forma de dominação intelectual por parte daqueles que sabiam ler e escrever.

De toda sorte, entre as novidades do Direito Canônico, tem-se a proibição, no início do século XIII, da participação de eclesiásticos nas ordálias, influenciando consideravelmente os sistemas probatórios. Em substituição, o Direito Canônico propugnava o sistema de prova tarifada ou legal, o qual, aliado à ênfase ao processo escrito, destinava-se a evitar insegurança e arbitrariedades no julgamento dos processos. Também optava por audiências secretas, sob o argumento de afastar influxos prejudiciais ao julgamento.

Outro ponto que merece ser ressaltado é que o Direito Canônico permitia a recorribilidade das decisões interlocutórias, o que demonstra a desvalorização da oralidade, implicando ainda, muitas vezes, a inviabilização da marcha normal do feito.

Sem prejuízo, também no início do século XIII, foi com o Papa Inocêncio III que surgiu o famoso brocardo "*quod non est in actis non est in mundo*" (inexistência dos atos não escritos) supracitado, o que se deu por meio da *Decreta* de 1216. Dessa forma,

84 ARAÚJO, Francisco Rossal de. *O Princípio da Oralidade no Processo do Trabalho (Uma análise comparativa dos sistemas normativos do Brasil e da Espanha)*. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-09?start=4>>. Acesso em 28 de outubro de 2013.

qualquer ato processual, ainda que realizado perante o juiz, deveria ser reduzido a termo – posto em uma ata.

Com estas e outras mudanças,

"Desaparece, conseqüentemente, a imediação própria do processo comum, proximidade entre decisor e partes, interpondo-se entre ambos, para a colheita da prova testemunhal, terceiros – interrogadores – que relatam por escrito àquele decisor. Do mesmo modo, torna-se secreta a audiência e a publicidade dos atos é paulatinamente extinta." 85

Não obstante, a preocupação com a simplificação dos procedimentos esteve presente, materializada pelo decreto *Clementia Saepe*, editado pelo Papa Clemente V em 1306, que introduziu uma modalidade de procedimento sumário. Nele, facultava-se a apresentação oral da demanda, ampliavam-se os poderes instrutórios do magistrado, permitia o controle do número de audiências e preconizava a irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

De qualquer forma, o processo canônico, com o predomínio da escrita, burocracia e lentidão, se manteve até o final do século XVIII em grande parte da Europa Continental, a despeito das pressões e mudanças sociais.

3.5 COMMON LAW: ORDENAMENTO INGLÊS

O sistema anglo-saxônico, por sua vez, recebeu pouquíssima influência do direito canônico. Sua origem liga-se à unificação de um direito consuetudinário com o procedimento imposto por tribunais reais centrais, por volta dos séculos XI e XII.

O processo nesse sistema valoriza a oralidade, a imediação e a concentração, havendo predominância de atos orais realizados em audiências.

Tais características do *Common Law* são justificadas, em parte, pela existência de um jurado civil:

"embora quase desaparecido na Inglaterra, mas preservado ainda nos Estados Unidos. Ligam-se a oralidade e o jurado porque é na audiência, destinada à informação deste, que são colhidos o

85 GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 24.

depoimento das partes e a prova testemunhal e são realizados os debates, forçando, assim, a imediação e concentração dos atos." 86

Hodiernamente, como se sabe, há uma convergência entre o *Common Law* e o *Civil Law*⁸⁷, que no caso do sistema inglês é exemplificado pelas *Civil Procedure Rules* – CPR – de 1999, responsável, p.e., por codificar parte das normas e ampliar os poderes instrutórios e diretivos do magistrado.

4. ORALIDADE NAS LEGISLAÇÕES EUROPÉIAS DO SÉCULO XIX

Tal qual dito alhures, o processo baseado nas normas do direito canônico subsistiria indelével até meados do século XVIII. Seu declínio deve-se à influência do Iluminismo, que primava pela racionalidade, propugnando uma nova concepção do homem e do universo, ressuscitando conceitos da Antiguidade Clássica. Essa mudança de paradigma, no que tange à sistemática processual, teve como efeito a simplificação do procedimento, deixando de imperar o processo escolástico, apriorístico e abstrato, prevalecendo outros com viés mais empírico, indutivo e com maior cientificidade.

Também nesse período deu-se o início das codificações, começando com o Code de Procédure Civile (1806), passando pelo Código de Hanover (1850), Alemão (1877-1879) e Austríaco (1895), dentre outros.

Ao analisar as novas legislações européias, Giuseppe Chiovenda concluiu

"ser oral e concentrado o processo civil inglês e oral, desde 1806, o processo civil francês. Do mesmo modo considerava oral o processo civil alemão (Zivilprozessordnung de 1877-1879, base de todas as legislações posteriores); oral o processo austríaco (Zivilprozessordnung de 1895); orais os processos húngaro, norueguês, sueco, suíço, japonês, entre outros. Resistia ainda a Itália, mesmo com toda a evolução da ciência processual, resumindo a oralidade à parte final do procedimento." 88

Na França, com o código processual de 1806, recrudescia o caráter imediato, oral e concentrado do processo. Evidenciava-se, ainda, a desconfiança com juízes, que seriam, nas palavras de Montesquieu, apenas "*la bouche de la loi*" (boca da lei), dado o receio e

86 *Ibidem*, p. 27.

87 "Atualmente, alguns sistemas de inspiração romano-germânica, como o brasileiro, têm se aproximado do modelo anglo-saxão, porquanto os precedentes judiciais vêm ganhando cada vez mais expressão como fontes do Direito. É o que ocorre, por exemplo, com as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal." In DONIZETTI, Elpidio & QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

88 GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 28.

temor do regime absolutista – vale lembrar que a magistratura tinha forte vínculo com a nobreza e, antes, chancelava o “Antigo Regime”.

Noutro giro, o Código Austríaco de 1895 foi projetado por Franz Klein, e suas inovações trouxeram grande reviravolta naquele país, inclusive com um episódio de greve de advogados e demissão em massa de magistrados, por resistência em aplicar a lei nova⁸⁹. Seu idealizador percorreu o território do Império Austro-Húngaro com a finalidade de divulgá-la durante o período de *vacatio legis* do diploma – três anos. O Código Austríaco também é considerado a matriz da audiência preliminar, em alguma medida prevista no art. 331 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973. No entanto, ironicamente, no século que se seguiu, a oralidade no sistema austríaco perdeu seu espaço, culminando com a extinção da *erste Tagsatzung* no ano de 2002⁹⁰.

Já o Código Alemão, em decorrência da oralidade, previu expressamente os princípios da imediação (§ 119) e identidade física do juiz (§ 280).

Em suma, a partir de meados do século XIX, abandona-se o procedimento enquanto prática escrita, promovendo-se uma reformulação das ideias acerca do processo, resultando, exemplificativamente, em uma maior interação do juiz com as partes, mais racional apreciação da prova, além da composição de um procedimento que serviu de base para diversas outras codificações, envolvendo a previsão de audiências e retirando do magistrado sua postura inerte e neutra.

Enfim, conferiu maior legitimidade ao processo perante a população, ao mesmo tempo em que se dava início a sua democratização, tendo como marco inicial o retorno à oralidade, em especial quando confrontada com a teoria das provas.

5. ORALIDADE NAS LEGISLAÇÕES EUROPÉIAS DO SÉCULO XX

No século XX, preponderaram discussões em torno da oralidade e da escritura no processo, tendo como consequência alterações nas codificações editadas no século anterior, v.g., o Código Austríaco.

⁸⁹ ARAÚJO, Francisco Rossal de, op. cit.

⁹⁰ “O direito austríaco teve, até 1983, a *erste Tagsatzung* (primeira audiência) com caráter obrigatório, destinada essencialmente à tentativa de conciliação, à suscitação e solução de questões preliminares, à prática de atos de disposição, unilaterais ou bilaterais; a ela constantemente se reportavam, qual modelo a ser imitado, os partidários de uma oralidade à outrance. Para surpresa de muitos, a reforma da ZPO naquele ano autorizou o órgão judicial (§243, 4ª alínea) a dispensar a audiência preliminar (...); e outra reforma, em 2002, pura e simplesmente aboliu a *erste Tagsatzung*.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Vicissitudes da Audiência Preliminar*, in *Temas de Direito Processual* (9ª Série), p. 135-136.

*"Rivalizam os opositores sobre os valores e desvalores da oralidade e da escritura, despontando como vantagens do sistema da escritura a fixação das manifestações das partes e como desvantagens a lentidão e as restrições à publicidade. Como vantagem do sistema da oralidade, destacam-se a fácil condução do processo, a rejeição às armadilhas das partes e a celeridade, tendo em contrapartida os defeitos de prestar-se à espetaculosidade e de superestimar a memória do magistrado."*⁹¹

De todo modo, com o enfoque na oralidade, dois juristas merecem destaque: Giuseppe Chiovenda e Mauro Cappelletti.

5.1 CHIOVENDA

Conforme dito supra, Chiovenda concluiu que em diversos ordenamentos europeus predominava a oralidade. Concluiu também que isso trazia vantagens, inculindo velocidade no desenvolvimento dos procedimentos.

*"CHIOVENDA adverte, em defesa da oralidade, que 'a experiência deduzida da história permite concluir, sem detença, que o processo oral é, com ampla vantagem, melhor e mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna, porque exatamente sem comprometer, antes assegurando melhor a excelência intrínseca da decisão, proporciona-a com mais economia, simplicidade e presteza. E, pelo que se refere à celeridade do processo, frisamos, desde logo, a esta altura, um dado extraído das estatísticas judiciárias dos países de processo oral em confronto com o nosso, e é que o processo escrito dura em média três ou quatro vezes mais que o processo oral."*⁹²

Ardoroso defensor da oralidade, é também de Chiovenda a dissociação da oralidade em sub-princípios. Pugnava que a oralidade deveria ser a regra, podendo e mesmo sendo necessário, em alguns casos, haver exceções, dependendo da natureza da causa.

Outrossim, na defesa da oralidade,

"assim afirma Giuseppe Chiovenda: '[...] A maior rapidez, a maior facilidade de entender-se reciprocamente, a seleção que a defesa falada opera naturalmente nas razões e argumentos, dando a

⁹¹ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 30.

⁹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 3.

perceber a eficácia dos bons e a inanidade dos maus, a genuidade da impressão de quem ouve, explicam a importância que o debate oral oferece nas relações públicas e privadas da vida moderna.’ (CHIOVENDA, 1945, p. 76)”. 93

Lado?? outro, discorrendo dos benefícios da adoção da oralidade no processo, aduz o mestre italiano:

“Desse modo, verifica-se que o processo oral reduz de dois terços, pelo menos, o número dos atos judiciais necessários num processo escrito; faz por desaparecer inúmeros incidentes, alimentados pelo formalismo do processo escrito; e a proibição de impugnar as interlocutórias em separado do mérito, reduz notavelmente as causas de recurso. (CHIOVENDA, 1945, p. 86-87)”. 94

E, reduzindo os atos processuais, inclusive os recursos - na visão de Chiovenda -, não haveria necessidade de incrementar a máquina judiciária em termos de logística e recursos humanos e materiais. Além disso, estatísticas austríacas, segundo Chiovenda, indicavam que a porcentagem das sentenças reformadas diminuiu após a reforma que adotou o processo oral⁹⁵.

Como se vê, para Chiovenda, a oralidade era indispensável aos procedimentos, trazendo significativos benefícios em relação ao predomínio da escritura.

5.2 CAPPELLETTI

Cappelletti preconizava a utilização da oralidade como forma de facilitar o acesso à justiça, e não como panacéia aos males do processo. O jurista propôs um novo prisma de análise do Direito:

“O resultado mais notório desta nova visão foi sintetizado por Cappelletti no que denominou de novas dimensões da justiça na sociedade contemporânea, que são a constitucional, a transnacional e a social. Esta última dimensão, subdividida em três ondas: primeira onda – assistência judiciária aos carentes; segundo onda – tutela

93 MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. *O Princípio Infraconstitucional da Oralidade*. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9447/o_principio_infraconstitucional_da_oralidade >. Acesso em 29 de outubro de 2013.

94 *Ibidem*.

95 *Ibidem*.

jurisdicional de interesses especialmente vulneráveis, como os coletivos de categorias ou grupos ou aqueles difusos; terceira onda – mais complexa e ampla, de criação de procedimentos acessíveis, simples e econômicos, de justiça de coexistência, voltada à conciliação e transação, e, ainda, de participação de leigos na função estatal ou paraestatal.”⁹⁶

A oralidade não consiste mais no centro das reformas processuais, mas ainda possui valor, especialmente na concretização da terceira onda de acesso à justiça: via previsão de procedimentos acessíveis, simples e econômicos, e que priorizem a “justiça de coexistência”, adjetivos nos quais se encaixaria a oralidade.

Vale apontar que o Brasil se norteou – ainda que de maneira inconsciente – pelos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁹⁷, no que diz respeito às três ondas de acesso à justiça, fato que se verifica pela lei 1.060/50 (Assistência Judiciária) e, entre os anos de 1965 e 1990, as leis especiais da Ação Popular, Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente. Já na década de 1990 foi editada a Lei dos Juizados Especiais.

6. PRESENÇA DA ORALIDADE NA EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No que toca ao direito processual civil, o ordenamento jurídico brasileiro desenvolveu-se pelas seguintes legislações: Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas, Ordenações Filipinas, Regulamento 737/50, Consolidação Ribas, Códigos estaduais de Direito Processual Civil e Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, este ainda vigente.

6.1 ORDENAÇÕES AFONSINAS

As Ordenações Afonsinas vigoraram de 1446 a 1521, quando entraram em vigor as Ordenações Manuelinas. Dessa forma, influenciaram minimamente o Brasil, o qual, como é notório, somente passou a ser efetivamente colonizado a partir de 1530, aproximadamente.

De todo modo, as Ordenações Afonsinas consolidavam a legislação portuguesa de Afonso II até Afonso V. Não se tratavam de uma codificação, mas de uma compilação coordenada de regras e leis, sendo dividido em cinco livros. O terceiro tratava do processo civil.

⁹⁶ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 33.

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.

"As Ordenações Afonsinas tinham como fonte a legislação feudal, o direito romano justinianeu e as Decretais de Gregório IX, tendo vigorado em Portugal e no Brasil até 1521, quando ocorreu a publicação das Ordenações Manuelinas." 98

6.2 ORDENAÇÕES MANUELINAS

Substituindo as Ordenações Afonsinas em 1521, estas normas subsistiram até 1603, quando entraram em vigor as Ordenações Filipinas.

Tinham como tema central o poder absoluto do rei, seguindo a mesma estrutura e distribuição de matérias das Ordenações Afonsinas.

6.3 ORDENAÇÕES FILIPINAS

As Ordenações Filipinas projetavam um procedimento majoritariamente escrito, solene e burocrático, fruto em parte da influência exercida pelo Direito Canônico. Há ainda um afastamento entre o juiz e a coleta das provas, realizado por inquiridor, secretamente e sob registro de tabeliães, tal qual dispunha o Livro I, Título 86 e Livro III, Título 62. Outrossim, era adotado o sistema de prova legal ou tarifada, sem se cogitar de livre convicção⁹⁹.

"Em seu L. III, as Ordenações filipinas disciplinaram o processo civil, dominado pelo princípio dispositivo e movimentado apenas pelo impulso das partes, cujo procedimento, em forma escrita, se desenrolava através de fases rigidamente distintas." 100.

Entretanto, na contramão desse sistema, vale destacar a figura dos juízes de vintena (ou pedâneos) 101,

"escolhidos anualmente pelos vereadores nas aldeias ou bairros e competentes para o julgamento de causas de pequeno valor, que

98 *O Código de Processo Civil de 1973 e suas Alterações*. Disponível em < http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERA%C3%87%C3%95ES.pdf >. Acesso em 31 de outubro de 2013.

99 Paralelamente, interessante destacar algumas disposições do processo penal: *"O processo criminal, juntamente com o próprio direito penal, era regulado pelo tenebroso L. V das Ordenações, que admitia o tormento, a tortura, as mutilações, as marcas de fogo, os açoites, o degredo e outras práticas desumanas e irracionais..."*. In CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 111.

100 *Ibidem*, p. 111.

101 Ordenações Filipinas, Livro I, Título 65, parágrafo 73.

*eram decididas sumária e verbalmente, com a execução imediata de suas decisões."*¹⁰²

Sem embargo, após a Independência do Brasil, um decreto de outubro de 1823 determinava que continuássemos a adotar as leis portuguesas¹⁰³. Portanto, a despeito da influência da Constituição Imperial de 1824, o processo continuava regido pelas Ordenações Filipinas, já vigentes há mais de dois séculos, ao lado de leis imperiais.

Entre essas leis,

*"merecem atenção os Regulamentos de 15.03.1842 e de 22.11.1861, que regulavam o 'processo sumaríssimo', desenvolvido ante o juiz de paz, para a solução de causas cíveis sobre dívidas ou bens móveis, com procedimento verbal e simplificado, concluído por sentença oral dada em audiência. (...). Iniciava-se o procedimento por petição escrita e assinada pela própria parte e procurador, acompanhada de documentos e de rol de testemunhas, sendo a seguir designada audiência para ouvir testemunhas e partes, para a qual era novamente 'citado' o réu (fora já antes citado para a tentativa de conciliação), sendo a sentença, se possível, proferida na mesma audiência."*¹⁰⁴

Dada a quantidade de leis extravagantes, em 1876, foi confiada pelo Governo Imperial ao Conselheiro Ribas a tarefa de reunir toda a legislação relativa ao processo civil. O resultado dessa compilação é conhecido como "Consolidação Ribas", mas não se tratava de mera compilação de leis.

"A Consolidação das Leis do Processo Civil, elaborada por Ribas, passou a ter força de lei, em virtude da resolução imperial de 28 de dezembro de 1876. O trabalho do Conselheiro Ribas, na verdade, não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. Foi além, reescrevendo-as muitas vezes tal como as interpretava; e, como fonte de várias disposições de sua Consolidação, invocava a autoridade não só de textos romanos, como de autores de nomeada,

¹⁰² GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 39.

¹⁰³ Ao menos no âmbito do Direito Civil, com a ressalva de que vigorariam até que fosse elaborado um Código Civil brasileiro, cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

¹⁰⁴ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 39.

*em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou de leis extravagantes."*¹⁰⁵

Também dessa época é o "Esboço de Código Civil" (1865), redigido e organizado por Teixeira de Freitas, rejeitado pelo Legislativo brasileiro, mas que influenciou significativamente o ordenamento jurídico argentino. Teixeira de Freitas também realizou um trabalho de compilação de leis civis em 1858¹⁰⁶.

6.4 REGULAMENTO 737/1850

O Regulamento 737/1850 foi o primeiro código processual elaborado no Brasil e versava sobre normas processuais de direito comercial. A partir do decreto 763, de 19.09.1890, editado já pelo governo republicano, estendeu-se sua aplicação também para as causas cíveis. Mas não para todas, subsistindo procedimentos especiais esparsos.

Quanto à percepção doutrinária acerca do Regulamento, tem-se que

*"dividiu os processualistas. Foi considerado 'um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado'; e foi elogiado como 'o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América'."*¹⁰⁷

Sem prejuízo, Cintra, Grionver e Dinamarco expõem sua abalizada opinião:

*"Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto de vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento."*¹⁰⁸

Jefferson Carús Guedes, por sua vez, aduz que

¹⁰⁵ CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 113.

¹⁰⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

¹⁰⁷ CINTRA, Antônio; GRIONVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 113.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 113.

*"No que toca ao processo oral, a jurisdição comercial, embora tenha atenuado o formalismo, não diferia totalmente das leis anteriores e, excepcionalmente, previa regras para as 'ações sumárias'."*¹⁰⁹

De qualquer forma, por ser voltado ao direito comercial, não satisfazia com plenitude as situações processuais civis concretas, o que motivou a edição de novas leis, sem prejuízo do texto das Ordenações Filipinas, já vigentes por quase três séculos.

Entretanto, tal situação se altera de maneira inusitada, devido à Constituição Republicana de 1891, como se verá adiante.

6.5 CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL ESTADUAIS

A Constituição Republicana de 1891 outorgou aos estados federados a autonomia legislativa em matéria de direito processual civil, comercial e penal. Em consequência,

*"Entre os anos de 1908 e 1930, editaram-se normas de processo nos Estados do Rio Grande do Sul (1908), Maranhão (1909), Espírito Santo (1914), Bahia (1915), Rio de Janeiro (1919), Paraná (1920), Piauí (1920), Sergipe (1920), Ceará (1921), Minas Gerais (1922), Rio Grande do Norte (1922), Pernambuco (1924), Distrito Federal (1924), Santa Catarina (1928) e São Paulo (1930)."*¹¹⁰

A despeito da independência, tais códigos guardavam consideráveis semelhanças entre si e com o Regulamento 737/1850.

Quanto à presença da oralidade, não receberam influxos das discussões que se sucediam no direito comparado, que envolviam a revalorização da oralidade e o desenvolvimento do processualismo científico, este verificado desde meados do século XIX (sendo considerada como marco da fase autonomista do Direito Processual a obra de Oskar Von Bülow, "Teoria dos Pressupostos Processuais e Exceções Dilatórias", de 1868). Por conseguinte, apesar de prestigiar a presença de audiências, dir-se-ia que se tratava de uma

"oralidade primária, sem ultrapassar limites técnicos e científicos de legislações brasileiras anteriores. Mantiveram esses Códigos, em grande parte, o sistema de múltiplas audiências 'ordinária' e 'extraordinária', sendo as primeiras de realização obrigatória e as últimas de livre designação do juiz, segundo o requerimento das partes ou a necessidade do juízo (...). Mesmo assim, a audiência,

¹⁰⁹ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 40.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 40-41.

*momento alto de aproximação entre juiz e as partes, entre o juiz e a prova, vinha prevista com toda a minudência em todos os Codigos. (...). Continham também, em boa parte, uma audiência para publicação de sentença, que se realizava logicamente após a audiência de instrução."*¹¹¹

Outro ponto que merece destaque é que ainda não se falava em *unicidade da audiência* (salvo no estado da Bahia e do Rio de Janeiro), havendo em alguns ???, inclusive, previsão expressa de interrupção e seguimento em dia posterior, o que, a toda evidência, prejudicava a eficácia dos princípios da imediação e da concentração.

Não obstante, conferia-se publicidade às audiências e aos atos do processo, podendo, contudo, haver restrição da publicidade em razão da natureza do litígio – situação semelhante à de hoje.

Sem embargo, foi apenas no Código de normas processuais civis e comerciais de São Paulo, editado em 1930, que houve a primeira referência ao princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, dada a previsão de cabimento de recursos, nas ações sumaríssimas, apenas em face de sentença ou "interlocutória com força de definitiva".

Por fim,

*"Em suma, se pode dizer da inexistência, nessa fase, de uma oralidade em estágio consentâneo ao desenvolvimento do direito processual da época. Havia sim o predomínio de uma oralidade primária, recém detectados os primeiros sinais de introdução dos conceitos de oralidade com as características que se firmariam mais adiante, já sob a égide dos dois códigos unitários de processo civil."*¹¹²

6.6 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Modificando o cenário anterior, a Constituição Federal de 1934 outorgou competência legislativa em matéria de direito processual (civil, comercial e penal) exclusivamente à União, situação que foi ratificada pela Constituição Federal de 1937.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 42.

¹¹² *Ibidem*, p. 43.

Como seria de se esperar, àquela época preponderavam críticas ao sistema processual, fundadas nas diferenças regionais, bem como na não valorização da oralidade e na concepção tradicional de processo.

Aliás, não é a toa que Enrico Tullio Liebman assim se manifestou ao analisar pela primeira vez o sistema processual brasileiro:

"tem-se a impressão de estar-se encostado a uma janela e assistir, surpreso e interessado, ao desenrolar em plena vida de institutos e relações das quais tínhamos tido até então um conhecimento indireto a partir dos empoeirados volumes de Durante e Bártolo". 113

De qualquer forma, as discussões em torno do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939 – CPC de 1939 – suscitaram acesos embates doutrinários, atrapalhando inclusive os trabalhos da comissão de juristas:

"Em face de divergências surgidas na comissão encarregada de preparar um anteprojeto de Código de Processo Civil, um de seus membros, o advogado Pedro Batista Martins, apresentou um trabalho de sua lavra. Foi esse trabalho que, depois de revisto pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, por Guilherme Estellita e por Abgar Renault, transformou-se no Código de Processo Civil de 1939. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; adotou o princípio da oralidade, tal como caracterizado por Chiovenda, com algumas concessões à tradição, notadamente no que diz respeito ao sistema de recursos e à multiplicação de procedimentos especiais." 114

Também indicativo das discussões, mais especificamente quanto à questão da oralidade, foi o preenchimento de volume inteiro de publicação da época – o que se deu com a Revista Forense, nº 74, mês de maio de 1938, com mais de 15 artigos doutrinários voltados ao exame da oralidade do Código de Processo Civil que se anunciava¹¹⁵.

De toda sorte, a Exposição de Motivos do CPC de 1939, no que se refere à oralidade, se posicionou nos seguintes termos:

113 DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: 6ª edição, Malheiros - p. 33.

114 CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 114-115.

115 Cf. GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 43.

*"o processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de se tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas."*¹¹⁶

Com efeito, na sistemática processual do CPC de 1939, era obrigatória a realização de uma audiência de instrução e julgamento, o que suscitou diversas críticas, como se vê da própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 – CPC de 1973 -, na qual Alfredo Buzaid explica que sofria

"o processo paralisação, dormindo meses nas estantes dos cartórios, enquanto aguarda uma audiência, cuja realização nenhum proveito trará ao esclarecimento da causa". ¹¹⁷

No projeto de Pedro Batista Martins previa-se, além da oralidade, a concentração, a unicidade da audiência e a identidade física do juiz. Aliás, o princípio da identidade física do juiz era forte: mesmo um juiz aposentado deveria concluir o julgamento dos processos que tiver iniciado a instrução em audiência, salvo "absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo" (CPC de 1939, art. 120) ¹¹⁸.

Lado outro, adotou-se em grande medida a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, somente passíveis de impugnação aos estritos casos enumerados em lei. Porém, a intenção do legislador não teve o efeito esperado, uma vez que incitou *ações impugnativas autônomas* ou *sucedâneos recursais*, como o mandado de segurança, culminando, enfim, pela impugnação das interlocutórias por outros meios.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 44.

¹¹⁷BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, p. 23. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>> Acesso em 28 de outubro de 2013.

¹¹⁸ Tal força e inflexibilidade foi amenizada no CPC de 1973: "O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível do princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas. O projeto preservou o princípio da identidade física do juiz, salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria (art. 137). A exceção aberta à regra geral confirma-lhe a eficácia e o valor científico.". *Ibidem*, p. 19.

Não obstante, a real adoção da oralidade era contestada por alguns, como se vê das palavras de Galeno Lacerda:

*"pretendeu introduzir a oralidade moderna, mas olvidou a audiência inicial com as partes, com a tentativa direta de conciliação. Substituiu tudo isto por uma fase postulatória rigidamente escrita, e pelo despacho saneador, ato que, a nosso ver, evidencia as características predominantemente escritas do processo brasileiro."*¹¹⁹

E também:

*"O Código de Processo Civil unitário de 1939 proclamou solenemente, na Exposição de Motivos, a adoção do procedimento oral. Mas é forçoso reconhecer que hoje é raro o procedimento oral, em sua forma pura. O que se adota é o procedimento misto..."*¹²⁰

7. A ORALIDADE NO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COGNITIVO DE PRIMEIRO GRAU NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Com os avanços sociais e o desenvolvimento teórico no campo do direito processual¹²¹, tornou-se premente a necessidade de reforma do diploma processual então vigente, o Código de Processo Civil de 1939.

Porém, antes de se optar pela reforma total, promulgando-se novo Código de Processo Civil, muito se ponderou se, de fato, este seria o melhor caminho. No entanto, evidentemente, prevaleceram os que defendiam a reforma total do diploma. Entre os argumentos, havia a necessidade de melhor regramento do processo de execução, a inclusão de um livro próprio para o processo cautelar, bem como a inclusão de novos institutos, como a ação declaratória incidental e a possibilidade de julgamento antecipado.

¹¹⁹ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 45.

¹²⁰ CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada & DINAMARCO, Candido, op. cit., p. 354.

¹²¹ No que tange à teoria, mister salientar a importância de Enrico Tulio Liebman, que aportou no Brasil por uma contingência do destino: a fuga da perseguição do regime fascista italiano. Foi forçado a abandonar a Itália quando já ocupava a posição de professor titular de direito processual civil na Universidade de Milão. Notória a sua teoria das condições da ação, influenciou também cabalmente processualistas posteriores, como Candido Rangel Dinamarco e Alfredo Buzaid, havendo quem se refira à Escola Processual de São Paulo, fomentada por ele. Recebeu a Comenda da Ordem do Cruzeiro do Sul, máxima condecoração que se concede a personalidades estrangeiras beneméritas ao nosso país.

Por conseguinte, o governo federal incumbiu o então professor de Direito da Faculdade de Direito de São Paulo e posterior Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid¹²², de redigir o anteprojeto de novo CPC. Revisto por José Frederico Marques, Luís Machado Guimarães e Luis Antônio de Andrade, foi submetido ao Congresso Nacional pela mensagem nº 210 de 1972, a qual se converteu no Projeto de Lei nº 810/1972. Aprovado, deu origem à lei nº 5.869/73.

Nesse contexto, substituiu-se o CPC de 1939, dividido em

*"quatro partes fundamentais: a primeira etapa se ocupa com o chamado processo de conhecimento (artigos 1º a 297); a segunda, a maior de todas, abrange numerosos procedimentos especiais (artigos 298 a 781); a terceira é dedicada aos recursos e processos de competência originária dos tribunais (artigos 782 a 881); e a quarta e última tem por objeto o processo de execução (artigos 882 a 1.030)".*¹²³

*"por outro – dividido em cinco partes: processo de conhecimento, processo de execução, processo cautelar, procedimentos especiais e disposições transitórias."*¹²⁴

7.1 ADOÇÃO DA ORALIDADE NO CPC DE 1973?

7.1.1 ORALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Segundo Alfredo Buzaid, idealizador do Código de Processo Civil de 1973 – CPC de 1973 –, foi necessária uma mitigação do princípio da oralidade, em decorrência de peculiaridades da realidade brasileira, conforme se vê:

"Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação. A extensão territorial do País, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um

¹²² Interessantes observações podem ser feitas, a respeito de Alfredo Buzaid: foi um dos fundadores do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (1958); foi defensor do Ato Institucional 5, de 1968; foi Ministro da Justiça do governo Medici; posteriormente nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, apesar da forte resistência da Ordem dos Advogados, ocupou o cargo por dois anos, até aposentar aos 70 anos. Informações extraídas do sítio: < <http://www.conjur.com.br/2013-set-29/embargos-culturais-alfredo-buzaid-processualista-ministro-medici>>, acesso em 26 de outubro de 2013.

¹²³ BUZOID, Alfredo, op. cit., p. 11.

¹²⁴ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 45.

grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os inconvenientes resultavam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois, da excelência do princípio da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira.”¹²⁵

Para Jefferson Carús Guedes, no que tange à oralidade no Projeto de Código de Processo Civil de 1973, notava-se que os sub-princípios

“estavam todos, em maior ou menor grau, chancelados pelo anteprojetado: a) o princípio da identidade física do juiz teve regramento mais ameno que na lei anterior, excepcionando as hipóteses de transferência, promoção ou aposentadoria do juiz, permitindo, contudo, a repetição de provas (art. 150); b) o princípio da imediatidade, referendado por diversos dispositivos, impunha ao juiz a colheita direta e pessoal das prova (sic) (art. 484), em audiência (art. 365), a colheita dos testemunhos, na audiência de instrução (art. 446), a inspeção de pessoas ou coisas (art. 478); c) o princípio da concentração, por meio da preservação da unicidade da audiência (art. 494) e da imposição de prazos para diversos atos das partes e do juiz; d) o princípio da não-recorribilidade em separado das interlocutórias, sob justificação do autor, não teve acolhida, sendo atacáveis por agravo quaisquer decisões interlocutórias (art. 527).”¹²⁶

Com efeito, no que se refere à irrecorribilidade em separado das interlocutórias, nota-se que na redação original todas as decisões interlocutórias seriam passíveis de ataque via agravo por instrumento. Porém, a partir da lei nº 11.187/05, a modalidade do agravo na forma retida se tornou regra no procedimento comum ordinário, cabendo apenas em casos excepcionais o agravo por instrumento. Dessa forma, da total rejeição passou-se à adoção em certa medida do sub-princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias¹²⁷.

¹²⁵ BUZAID, Alfredo, op. cit., p. 12.

¹²⁶ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 46.

¹²⁷ Aliás, ante a atual movimentação em prol da promulgação de um Novo Código de Processo Civil brasileiro, há alguns que defendem o incremento de tal princípio na sistemática processual brasileira. No

Na tentativa de justificar a total rejeição da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, Alfredo Buzaid aduz em sua Exposição de Motivos que

*"A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correção parcial e o mandado de segurança. Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias. É mais uma exceção. O projeto a introduziu para ser fiel à realidade da prática nacional."*¹²⁸

Por outro lado, sabe-se que o procedimento ordinário é dividido em quatro fases: postulatória, saneadora, instrutória e decisória, o que, por si só, evidencia o abrandamento da concentração de atos, reduzindo ainda mais a incidência da oralidade no procedimento.

No tocante à oralidade em sentido estrito, tem-se com o Código Buzaid, pois, um abrandamento do princípio da identidade física do juiz, a consagração da livre recorribilidade das decisões interlocutórias (posteriormente adotada em certa medida), o abrandamento do princípio da concentração com a distinção de fases e a manutenção do princípio da imediação.

7.1.2 ORALIDADE EM SENTIDO AMPLO: DA ORALIDADE x ESCRITURA NO CPC DE 1973

De qualquer forma, independente do que se diga, denota-se que no Código Buzaid há o domínio da escritura sobre a oralidade. Chega-se a esta conclusão pela análise de alguns dispositivos do Código, como os artigos 156, 157 e 169.

Pois bem. O artigo 156 prevê que em todos os atos e termos do processo é obrigatória a utilização do vernáculo. Apesar de não especificar o meio de manifestação

entanto, sem um exame ponderado sobre a conjuntura judiciária brasileira, seria medida temerária, conforme se vê: *"Os seguidores do movimento reformista sustentam a tese de que a concentração, na apelação, da resolução de todas as questões interlocutórias, funcionaria como instrumento apropriado para a diminuição do tempo de duração do processo, já que este, em primeiro grau, fluiria sem interrupções, rumo ao esperado provimento final. Porém, ao se considerar que na última década a média de provimento de agravos de instrumento no TJ-MG foi de 30,46%, não há como desconsiderar a ameaça que a concentração do reexame das decisões interlocutórias no julgamento da apelação poderá representar para a almejada celeridade."* IN NUNES, Dierle & JAYME, Fernando. *Novo CPC potencializará os déficits operacionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-23/cpc-potencializara-deficits-operacionais-diminuir-recursos>> Acesso em 30 de outubro de 2013.

128 BUZOID, Alfredo, op. cit., p. 19.

da língua – se oral ou escrita –, o artigo 157 fala em *documento* a ser juntado aos *autos*. Outrossim,

*"Reforça essa conclusão o art. 169, que enfaticamente prescreve: 'os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervierem (...)'. Por sua vez, o art. 170 permite o uso da taquigrafia, da estenotipia, ou de qualquer outro método idôneo (de documentação, é claro); e o art. 171 proíbe espaços em branco, entrelinhas, emendas ou rasuras, como proibidas também estão, pelo art. 161, as cotas marginais (que o juiz mandará riscar, impondo a quem as escreveu multa correspondente à metade do salário mínimo vigente no País). Registrem-se, por derradeiro, as inovações trazidas pelas Leis n. 11.280 (de 16 de fevereiro de 2006) e n. 11.419 (de 19 de dezembro de 2006), que inseriram diversos dispositivos no CPC, autorizando a prática de atos (escritos) em meio eletrônico."*¹²⁹

Não obstante, no procedimento ordinário, há previsão de prática de atos orais e outros escritos. No entanto, pode ser que o processo transcorra até o provimento jurisdicional sem que haja uma única audiência; noutras palavras, sem sequer que as partes se encontrem e se vejam, o que é flagrantemente contrário ao preconizado pelo princípio da oralidade.

Também representa uma desvalorização de meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, os quais são potencializados por meio da oralidade¹³⁰. Tal circunstância é evidência de um processo pensado e voltado à resolução forçada por meio de sentença¹³¹. Obviamente, tal é fruto da mentalidade demandista que, invariavelmente, impera no âmbito jurídico, a despeito das recentes tentativas de valorização de meios alternativos de resolução de conflitos.

¹²⁹ BEDAQUE, José; JUNIOR, Samuel & OLIVEIRA, Bruno, op. cit., p. 415-416.

¹³⁰ Sobre o assunto, cumpre ressaltar as palavras extraídas de entrevista com Roberto Berizone, presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual: "*Impulsor del proyecto que hace diez años logro instalar la oralidad y la conciliación en los tribunales de familia de la provincia [de Buenos Aires], cuenta que las estadísticas 'muestran que las dos terceras partes de los asuntos que llegan se solucionan a través de la conciliación y sin necesidad de llegar al proceso contencioso'*". In *Entrevista a Roberto Berizone: La oralidad no es para jueces cómodos, sino al revés*. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/59894990/07-Oralidad-y-Formalizacion-de-la-Justicia> >. Acesso em 31 de outubro de 2013.

¹³¹ Curioso destacar que a Constituição Imperial de 1824 colocava como obrigatória uma tentativa de conciliação antes do processo. Disso não divergiu a Consolidação Ribas, segundo a qual nenhum processo deveria ser instaurado sem que antes se fizesse prova de que houve tentativa de conciliação.

Outrossim, é possível concluir que o legislador encara a oralidade como fator de retardamento ou diminuição da marcha processual, e reduz o “coeficiente de oralidade” do procedimento no afã de valorizar a celeridade. Reflexo desse posicionamento são as alterações legislativas sobre a audiência preliminar, sempre com a obsessão pela celeridade.

Nessa toada, vale destacar ainda as figuras de rejeição liminar da demanda (CPC de 1973, art. 285-A) e do julgamento antecipado da lide (CPC de 1973, art. 330, I). A primeira tem cabimento quando a matéria invocada em juízo for unicamente de direito e já houver sentenças de total improcedência em casos idênticos, quando então o magistrado sequer citará o demandado, proferindo sentença desde logo. Já o julgamento antecipado da lide implica o juiz conhecer diretamente o pedido e proferir sentença quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Pela análise destes institutos, depreende-se que

"no Brasil, não há audiências voltadas exclusivamente à discussão de teses jurídicas. Uma simples quaestio juris, em nosso sistema, não justifica – ao ver do legislador – o gasto de tempo inerente ao agendamento e à realização de audiências."132

Lado outro, como consequência da desvalorização da oralidade, percebe-se também a ênfase no protagonismo judicial, com o juiz recebendo poderes como forma de bem desenvolver e julgar o processo - e em tempo hábil. A ênfase no juiz solipsista implica o descrédito e sucateamento do papel dos demais sujeitos que integram e participam da relação processual. Especialmente os advogados, indispensáveis à administração da justiça (CRFB de 1988, art. 133), são desvalorizados em favor de um juiz que seria capaz de resolver os males do processo. Tal perspectiva é especialmente falível quando se pensa na quantidade de processos sob a responsabilidade do magistrado¹³³.

E ao menosprezar o papel dos demais participantes da relação processual, acaba por vulnerabilizar o princípio da oralidade, primando por um procedimento escrito, mais

132 BEDAQUE, José; JUNIOR, Samuel & OLIVEIRA, Bruno, op. cit., p. 418.

133 No ano de 2012, tramitaram, em média, 5.618 processos por cada um dos 17.077 magistrados brasileiros, constituindo um acervo de 92,2 milhões de processos no Judiciário brasileiro. Cf. Justiça em Números 2013: ano-base 2012/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>, p. 298. Acesso em 11 de novembro de 2013.

abstrato e impessoal, com menos espaço para o desenvolvimento de atos processuais eminentemente orais.

O processo deve ser fruto de uma construção dialética entre as partes, passando-se de uma filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem, via fomento de uma cultura dialógica no processo¹³⁴. Deve-se valorizar o papel do advogado, o qual, muitas vezes, e especialmente ante a grande quantidade de processos, conhece melhor as circunstâncias fáticas – relevantes para a correta delimitação da questão jurídica.

Nessa senda, a construção dialética do processo é potencializada pelo uso da oralidade. Tem como um de seus efeitos a tendência ao exaurimento da temática posta sob apreciação judicial, delimitando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas que tangenciam e moldam a temática controversa. Por outro lado, o menosprezo ou descrédito à oralidade gera – e efetivamente gerou –, nas palavras de Luís Alberto Warat, a “papelização” do processo, bem como a indesejável “processualização” de problemas e questões de diversas naturezas.

Sem embargo, não sendo a hipótese de rejeição liminar da demanda ou julgamento antecipado da lide, entra-se na fase de audiências, que prestigiam a oralidade e, por isso, merecem ao cabo uma análise específica. Mais especificamente, tem-se a audiência preliminar e a audiência de instrução e julgamento¹³⁵.

Iniciemos com a audiência preliminar, prevista no art. 331 do Código de Processo Civil de 1973. Ela tem como antecedente histórico o “despacho saneador”, disciplinado no Código de Processo Civil de 1939, o qual, por sua vez, o importou do Direito Português. Já o Direito Português, importou-a do Direito Austríaco, considerado berço teórico desta audiência.

Enfim, por meio da lei nº 8.952/94, foi inserida no CPC de 1973 sob a denominação de “Audiência de Conciliação”, sendo modificada, tal como a conhecemos, pela lei nº 10.444/02.

134 No mesmo sentido, GOULART, Juliana Ribeiro. *Por uma nova cultura dialógica no processo: o princípio da oralidade como instrumento de efetivação de uma escuta criativa*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JulianaRibeiro_Rev92.pdf >. Acesso em 30 de outubro de 2013

135 Interessante destacar que Luis Warat reconhece na audiência um momento de prestígio da oralidade – embora mitigada no procedimento. Nas audiências, contudo, ele adverte existir “*uma violência estrutural na linguagem do discurso jurídico, cujo efeito central é transformar os sujeitos sociais em objetos de poder.*” E mais: “*o processo tornou-se um espaço de formas e repetições frenéticas (...). Estamos presos a um discurso que se prolifera mas que não escuta, que não interage, um discurso egoísta e surdo. Um discurso que nos aprisiona, que não liberta e não alforria.*” Apud GOULART, Juliana Ribeiro, op. cit., p. 6.

Seu objetivo é intentar a conciliação. Não sendo possível, passa-se ao saneamento do processo e a fixação dos pontos controvertidos, com o conseqüente ordenamento da fase probatória.

Evidentemente, a realização dessa audiência prestigia a oralidade. Porém, mais uma vez o legislador denota a pouca relevância conferida pelo ordenamento à oralidade. Isto porque, conforme dicção do §3º do art. 331, a audiência poderá ser dispensada a critério do juiz, quando verificar não ser possível a conciliação ou o próprio direito discutido em juízo não o permitir, caso em que promoverá um saneamento por escrito, sem contato com as partes. O que não raro ocorre no cotidiano forense.

Por derradeiro, havendo ou não a audiência preliminar, caso o magistrado entenda pela necessidade de produção de prova oral, deverá designar audiência de instrução e julgamento.

Esse momento processual – da audiência de instrução e julgamento – é utilizado para a colheita de provas, efetivando o princípio da identidade física do juiz, da imediação e da concentração. O magistrado ouvirá partes, testemunhas, peritos e advogados, para melhor esclarecer os fatos que medeiam a formação de seu convencimento.

Tudo o que se passa na audiência de instrução e julgamento deve ser reduzido a um documento, o “termo de audiência”.

Finda a produção de provas, seguem-se os debates orais, tendo os advogados do autor e do réu 20 minutos, prorrogáveis por mais dez, para se manifestarem. Entretanto, o art. 454, §3º excepciona esta regra, permitindo a substituição dos debates orais por memoriais, quando houver questões complexas de fato ou de direito. E a prática forense acabou por generalizar a utilização de memoriais, o que mais uma vez evidencia um afastamento do princípio da oralidade.

*"Assim, a oralidade no procedimento ordinário acaba confinada à apresentação das provas não-documentais, na medida em que os debates e as alegações finais vêm sendo substituídos, rotineiramente, pela manifestação escrita dos advogados."*¹³⁶

Nesse mesmo sentido,

"A generalizada substituição dos debates orais por memoriais, tão ao gosto da prática forense atual, alonga ainda mais o procedimento e

¹³⁶ BEDAQUE, José; JUNIOR, Samuel & OLIVEIRA, Bruno, op. cit., p. 421.

impede que a sentença seja prolatada em audiência, além de desprestigiar a oralidade, numa clara renúncia ao princípio da concentração"¹³⁷

8.CONCLUSÃO

Pelo exposto, vê-se que a oralidade, em sentido amplo e no procedimento comum ordinário de primeiro grau do CPC de 1973, limita-se à realização de audiências – a preliminar e a de instrução e julgamento.

Além disso, tanto uma quanto outra podem não ocorrer, como nos casos de rejeição liminar da demanda ou julgamento antecipado da lide. E ainda que não ocorram tais hipóteses, as audiências podem ser dispensadas, com base no art. 331, §3º¹³⁸ ou com base na desnecessidade de produção de prova oral.

Nessa linha, temos que o procedimento comum ordinário cognitivo de primeiro grau muitas vezes transcorre sem qualquer incidência de *oralidade no procedimento*, prevalecendo um procedimento puramente escrito¹³⁹.

Também quanto ao *sistema oral*, tem-se uma mitigação de suas principais vertentes, quais sejam, os princípios da concentração e da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, muito embora mantido o princípio da imediação e, ainda que de maneira atenuada, o princípio da identidade física do juiz.

Ante tais circunstâncias, afasta-se a incidência de oralidade no processo civil brasileiro atual, o que representa

- uma desvalorização de meios alternativos de resolução de conflitos;
- uma ênfase no protagonismo judicial, primando por um procedimento abstrato e impessoal, sem espaço para atos processuais orais;
- o sucateamento dos demais participantes da relação processual, com a diminuição da influência que estes exercem no processo, o que envolve a eficiência da colheita de provas e a impossibilidade de se discutir teses jurídicas;

¹³⁷ GUEDES, Jefferson Carús, op. cit., p. 119.

¹³⁸ Ressalte-se que tal dispensabilidade está em consonância com a tendência no direito comparado, em que se verifica um incremento na direção formal do processo pelo magistrado e ainda certo declínio da oralidade, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa, op. cit., p. 135-136.

¹³⁹ Aliás, exemplo de procedimento puramente escrito no ordenamento jurídico brasileiro é o do mandado de segurança, que tem como premissa a existência de direito líquido e certo.

- a redução do “coeficiente de oralidade” no afã de inculir celeridade aos feitos¹⁴⁰, baseada na confiança no julgamento do magistrado;
- a “papelização” do processo e a “processualização” de problemas e questões de diversas naturezas.

Por todo o exposto, conclui-se que o vigente Código de Processo Civil de 1973, no procedimento ordinário cognitivo de primeiro grau, mitiga a incidência de oralidade em seu *iter*, não podendo se falar que houve a adoção de tal princípio. Destarte, tem-se que vigora, no atual diploma processual civil, um procedimento predominantemente escrito, o que, a nosso ver, traz consequências negativas, expostas e discriminadas alhures.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Leonardo Santana de. Comentários ao art. 331 do CPC – Da Audiência Preliminar. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/5724-comentarios-ao-art-331-do-cpc-da-audiencia-preliminar-5556> >. Acesso em 30 de outubro de 2013.

- ARAÚJO, Francisco Rossal de. *O Princípio da Oralidade no Processo do Trabalho (Uma análise comparativa dos sistemas normativos do Brasil e da Espanha)*. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-09?start=4>>. Acesso em 28 de outubro de 2013.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos; JUNIOR, Samuel Meira Brasil & OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *A Oralidade no Processo Civil Brasileiro (Relatório Nacional)*. In JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de & LAUAR, Máira Terra (coords.). *Processo Civil, Novas Tendências: Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

- BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4> >. Acesso em 28 de outubro de 2013.

¹⁴⁰ O que causa estranheza, uma vez que: “A história do processo civil revela que a escritura está para a segurança assim como a oralidade está para a celeridade. Quanto mais escrito o processo, mais seguro e mais lento. Quanto mais falado, mais rápido e menos seguro. Daí porque a grande parte dos sistemas processuais modernos, inclusive o brasileiro, têm procedimentos escritos para causas de maior relevância, e procedimentos orais para as causas de menor importância social.”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 17.

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DONIZETTI, Elpídio & QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- *Entrevista a Roberto Berizonce: La oralidad no es para jueces cómodos, sino al revés*. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/59894990/07-Oralidad-y-Formalizacion-de-la-Justicia> >. Acesso em 31 de outubro de 2013.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Breve Estudo sobre a Oralidade no Processo Civil Romano*. Disponível em: < <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/oralidade.pdf> >. Acesso em 28 de outubro de 2013.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Alfredo Buzaid, processualista e ministro de Médiçi*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-set-29/embargos-culturais-alfredo-buzaid-processualista-ministro-mediçi> >. Acesso em 26 de outubro de 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOULART, Juliana Ribeiro. *Por uma Nova Cultura Dialógica no Processo: o Princípio da Oralidade como Instrumento de Efetivação de uma Escuta Criativa*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JulianaRibeiro_Rev92.pdf >. Acesso em 30 de outubro de 2013.
- GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade: Procedimento por Audiências no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *O problema da irrecorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro*. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo47.htm> >. Acesso em 29 de outubro de 2013.
- MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. *O Princípio Infraconstitucional da Oralidade*. *Universo Jurídico, Juiz de Fora*, ano XI, 06 de set. de 2013. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/9447/o_principio_infraconstitucional_da_oralidade >. Acesso em 29 de outubro de 2013.

- MONTEIRO, Washington de Barros & PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil, vol. 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Vicissitudes da Audiência Preliminar, in Temas de Direito Processual (9ª Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NUNES, Dierle & JAYME, Fernando. *Novo CPC potencializará os déficits operacionais*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-abr-23/cpc-potencializara-deficits-operacionais-diminuir-recursos> > Acesso em 30 de outubro de 2013.
- *O Código de Processo Civil de 1973 e suas Alterações*. Brasília, 2010. Disponível em < http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ALTERA%C3%87%C3%95ES.pdf >. Acesso em 31 de outubro de 2013.
- *Os Anteprojetos do Código de Processo Civil de 1973*. Brasília, 2009. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/CPC_ANTEPROJETOS.pdf >. Acesso em 30 de outubro de 2013.
- TOLEDO, Plínio Fernandes. *Uma Interpretação Filosófica do Direito a partir da Análise de sua Forma Objetiva na Transição da Oralidade para a Escritura*. In BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu & RODRIGUEZ, José Rodrigo (coords.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DIREITOS HUMANOS: CONCEITOS, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

GUSTAVO SILVA MAIA:
graduando em Direito pela
Universidade Estadual do
Maranhão¹⁴¹

Resumo: O artigo faz-se valor dos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos, como por exemplo Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (Pacto Civil) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto Social), bem como os artigos da Constituição Federal de 1988 que se referem ao assunto. Além dos entendimentos doutrinários sobre as características desse direito, contexto histórico de surgimento, conceitos, exemplos, importância, natureza jurídica e etc. O ordenamento jurídico internacional é o órgão responsável pela instituição, consolidação e fiscalização desses direitos.

Palavras chaves: Direitos humanos; desenvolvimento; discurso único; dignidade humana; internacionalização; direitos fundamentais.

Abstract: This article draws on international documents related to human rights, such as the United Nations Charter, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), as well as the articles of the 1988 Federal Constitution that pertain to the subject. It also explores doctrinal understandings of the characteristics of human rights, historical context, concepts, examples, importance, legal nature, and more. The international legal framework is responsible for the establishment, consolidation, and oversight of these rights.

Keywords: Human rights; development; unique discourse; human dignity; internationalization; fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO:

A matéria de Direitos Humanos é de suma importância para a contemporaneidade, uma vez que, os princípios que garantem os direitos fundamentais, derivam dos direitos humanos, além disso, entende-se que os direitos humanos são responsáveis pelo desenvolvimento humano sustentável e organizado

141 E-mail: gustavomaia100@hotmail.com

A cooperação entre os indivíduos é a chave para um futuro pacífico e harmônico. Nota-se que a presença dos direitos humanos, demonstra justamente a possibilidade e os benefícios de estados individuais operando conjuntamente.

Os Direitos referidos são indissociáveis do conceito de dignidade humana, e representam na prática o direito à vida (dentre outros). Não só no que se refere ao direito de sobrevivência, mas também de uma vida digna de qualidade mínima.

Outra importância do discurso dos direitos humanos, está na sua característica de universalidade, que garante indiferença no tratamento dos indivíduos desiguais, afinal, somos todos diferentes, mas os direitos humanos garantem que o estado oferecerá qualidade de vida a todos, suprimindo os preconceitos sociais e tendo como valor supremo a vida humana, não se importando com diferença de raça, gênero, sexualidade, idade e etc.

Todo embasamento teórico será devidamente apresentado nas referências. Vale ressaltar que falar de direitos humanos é falar de si mesmo, no passado, no presente e no futuro. Cabe a todos a consciência social do valor que os direitos humanos carregam consigo, e não permitir que a polarização de ideologias fragmente um bem jurídico que depende justamente da união. Os direitos humanos não se aplicam somente aos que deles necessitam diretamente, mas sim a todos, inclusive nossos descendentes.

Um exemplo trágico dessa polarização de opiniões pode ser visto no holocausto judeu, quando o positivismo e extremismo objetivista suprime todo o valor dos direitos naturais, em detrimento assim do direito jusnaturalista, o resultado ficou maculado na história.

2. CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Antes de conceituar-se Direitos Humanos, verifica-se em prima face algumas de suas características. A primeira a ser destacada, é a característica da internacionalidade desse grupo de direitos, ademais, destaca-se também que se trata de um direito fundamental da pessoa, com caráter protetivo do indivíduo incluindo não só o direito de permanecer vivo, mas de possuir dignidade dentro dessa permanência. Os referidos direitos nada mais são do que direitos protegidos no plano internacional, que versam sobre os direitos e garantias fundamentais a uma vida digna, s de caráter universal, aplicados a todos pelo simples fato de serem humanos.

Os entendimentos doutrinários diferenciam ainda, os termos: a) Direitos do homem, como sendo aqueles direitos jusnaturalistas ainda não positivados, mas inerente a todos, independente do tempo ou lugar do indivíduo; b) Direitos fundamentais, como sendo direitos emanados propriamente da constituição, ou seja, no plano interno do estado.

[Sendo assim, é limitado pela materialidade da norma constitucional; c) Direitos humanos, por sua vez, este é entendido como os direitos que ultrapassaram os limites dos termos (a) e (b) e encontra-se no plano internacional dos direitos, tanto na forma positiva, como na forma meramente jusnaturalista.

Os direitos humanos abrangem todos os seres humanos do planeta, enquanto os direitos fundamentais são mais limitados, referindo-se ao âmbito jurisdicional interno. Embora os direitos fundamentais derivem dos direitos humanos, eles possuem uma abrangência mais específica. A Constituição Federal Brasileira adotou uma distinção técnica entre esses dois conceitos, utilizando o termo adequado quando se refere aos direitos mais restritos (Direitos Fundamentais), como é o caso em questão:

“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.”

Já no plano internacional, a CF/88 se refere aos Direitos Humanos da seguinte forma:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)”

Existem princípios fundamentais sobre o tema dos Direitos Humanos que podem ser extraídos do artigo primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. De acordo com esse artigo, "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade". A partir dessa declaração, podemos identificar os seguintes fundamentos:

1. Inviolabilidade da pessoa humana: significa que não se pode privilegiar um indivíduo em detrimento de outro, garantindo a igualdade de tratamento para todas as pessoas.

2. Autonomia da pessoa: refere-se à liberdade individual, reconhecendo o direito das pessoas de fazerem suas próprias escolhas e tomarem decisões sobre suas vidas.
3. Dignidade da pessoa: trata-se do tratamento adequado do Estado em relação aos indivíduos, assegurando que eles possam viver com plenitude, incluindo o direito à igualdade.

Esses fundamentos essenciais dos Direitos Humanos foram destacados por Mazzuoli (2019, p.29) como princípios derivados do artigo primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos, ressaltando a importância de garantir a dignidade, igualdade e liberdade de todas as pessoas.

Ainda, é preciso destacar as características essenciais dos Direitos Humanos defendidas pela doutrina contemporânea, veja-se (MAZZUOLI, 2019, p.30-32):

A) **Historicidade:** Esse aspecto reconhece que os direitos humanos têm uma natureza dinâmica, sendo moldados ao longo do tempo, tanto no passado quanto no futuro. Sua ampliação no contexto internacional ocorreu após 1945, em resposta às atrocidades cometidas durante a guerra, gerando a necessidade de estabelecer esses direitos em âmbito internacional, embora tenham sido previamente mencionados em teorias como o jusnaturalismo.

B) **Universalidade:** Essa característica destaca que todos os seres humanos são titulares desses direitos simplesmente por sua condição humana, sem qualquer distinção qualificadora. Isso significa que o valor da vida humana é único e máximo.

C) **Essencialidade:** Os direitos humanos possuem uma natureza essencial, uma vez que os demais direitos fundamentais derivam desses princípios máximos estabelecidos pelos direitos humanos, sendo considerados valores supremos.

D) **Irrenunciabilidade:** Por serem considerados supremos, esses direitos são indisponíveis, mesmo que um indivíduo deseje renunciá-los. O direito não pode ser violado ou renunciado.

E) **Inalienabilidade:** Devido à sua irredutibilidade e irrenunciabilidade, os direitos humanos não podem ser transferidos, seja gratuitamente ou mediante pagamento. Eles são inegociáveis.

F) **Inexauribilidade:** Esse aspecto indica que, assim como a historicidade, os direitos humanos estão em constante construção e evolução. Isso significa que esses direitos podem ser expandidos ao longo do tempo, podendo ser complementados por princípios presentes no ordenamento jurídico nacional ou pela adesão a tratados internacionais.

G) Imprescritibilidade: Os direitos humanos não estão sujeitos à prescrição, ou seja, não têm um prazo de validade, sendo atemporais.

H) Vedação ao retrocesso: Apesar de poderem sofrer modificações, as alterações nos direitos humanos devem ser sempre no sentido de expandir esses direitos, nunca de restringi-los. A Constituição trata esses direitos como "cláusulas pétreas".

A origem dos Direitos Humanos é frequentemente discutida na doutrina, e, de forma geral, acredita-se que eles têm suas raízes nos chamados "Direitos Naturais". No entanto, sua internacionalização ocorreu a partir da Declaração de Direitos da ONU, conforme apontado por José Damiano da Lima Trindade (2006, p. 193).

Segundo o doutrinador Guilherme Nucci, o conceito dos direitos humanos é simples: eles são os direitos inerentes ao ser humano. Esses direitos fundamentais estão relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo a máxima individualidade do indivíduo e assegurando condições mínimas de respeito à sua integridade física e moral, bem como uma sobrevivência satisfatória (NUCCI, 2016, p. 19).

É importante destacar o uso do termo "sobrevivência", pois ele não se refere apenas à mera existência do ser humano. Quando os direitos humanos garantem o direito à vida, vão além dessa condição básica. Os indivíduos merecem "viver" e não apenas sobreviver. A diferença está em proporcionar não apenas necessidades básicas como alimentação e hidratação, mas também um conjunto abrangente de direitos que garantam a dignidade, como moradia, educação, cultura, lazer e saúde.

É crucial que as divergências doutrinárias entre positivistas e jusnaturalistas não causem turbulência na verdadeira missão dos direitos humanos. Em outras palavras, o discurso não pode ser dissociado da prática. A verdadeira valorização desses direitos será determinada pela realidade dos fatos. Não se deve ser levado apenas pelo discurso utópico se, na prática, ele não será concretizado.

Um exemplo que ilustra essa problemática é o caso histórico dos nazistas. Em um contexto acadêmico em que o positivismo jurídico estava em seu auge, suprimindo quase completamente o jusnaturalismo, o Estado foi legalmente capacitado com poderes e fundamentos jurídicos para cometer as maiores atrocidades humanas já vistas contra os judeus nos campos de concentração.

Durante esse período, foi evidente a distorção do conhecimento em relação à realidade, com uma ênfase excessiva em uma ciência extremamente objetiva. Portanto, é fundamental considerar a realidade dos fatos como uma variável importante nessa equação. Além disso, não se pode permitir que o discurso jusnaturalista se sobreponha ao positivista, correndo o risco de tornar o discurso mera inércia, uma vez que o excesso de

abstração pode levar à falta de prática. Sobre esse assunto, vale mencionar o comentário interessante feito por Marcus Vinicius Ribeiro em sua obra "Direitos Humanos" (RIBEIRO, 2006, p. 19).

"ambas as posições, levadas ao extremo, não resolvem a necessidade de proteção dos direitos da humanidade. É que na posição jusnaturalista não existe uma garantia para o indivíduo: nunca ficou claro qual é o estatuto das leis naturais. Este entendimento pode criar insegurança e só contemplar como sendo direitos fundamentais os que forem convenientes aos detentores do Poder. Em outras palavras, não se saberá quando realmente se trata de um direito do indivíduo ou não. Fica ao mero critério de quem o aplica (ou não). Além disto, é necessária uma consagração normativa para que a pessoa possa buscar seu direito. Por fim, não há direito sem obrigação e não há direito nem obrigação sem norma de conduta. De uma obrigação moral não nasce uma obrigação jurídica. Ter um direito sem previsão de sanção, devido à possibilidade de descumprimento e pela ausência de formas de se buscar a respectiva proteção, é o mesmo que não ter. Não basta reconhecer que as pessoas possuem direitos, se não existirem formas de fazê-los valer, sendo que isto só se consegue através do ordenamento jurídico"

3. DISCURSO ÚNICO DOS DIREITOS HUMANOS

A eficácia das normas de direitos humanos depende de uma abordagem conjunta. Não basta apenas um país defender os direitos humanos, pois o impacto desse discurso é significativamente maior quando todos os países aderem à causa. Isso é especialmente relevante em um mundo globalizado e interdependente, onde as relações econômicas e sociais entre os países são complexas

Existe, portanto, uma colaboração internacional entre os Estados para alcançar o livre desenvolvimento dos direitos humanos. Essa cooperação tem o poder de responsabilizar um Estado que descumpra os acordos estabelecidos nesse contexto.

O discurso dos direitos humanos, como o conhecemos atualmente, teve início no pós-guerra da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Carta das Nações Unidas, que tinha o objetivo de manter a paz e estabelecer uma ordem internacional que regulamentasse e fiscalizasse o cumprimento dos direitos humanos abordados. No entanto, embora o documento acima mencionado não tenha definido especificamente o

que são direitos humanos e fundamentais, os princípios que regem esses direitos são claros em seu conteúdo. Diante dessa lacuna, a comunidade internacional sentiu a necessidade de conceituar esses direitos, o que resultou na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, juntamente com a criação de dois Pactos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Pacto Civil) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto Social).

Esses três documentos são os principais instrumentos dessa ordem internacional que protegem e executam os direitos humanos. A união desses três documentos é conhecida como "Carta Internacional dos Direitos Humanos" (International Bill of Human Rights).

É importante destacar que a Declaração Universal não é um tratado, mas sim uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, gerada unilateralmente pela ONU. Isso difere dos tratados, que são constituídos pelos Estados seguindo o procedimento estabelecido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Vale ressaltar que a Declaração Universal é uma norma internacional de gênero "jus cogens", ou seja, é inderrogável pela vontade das partes. Ela representa a interpretação mais autêntica da expressão "direitos humanos e liberdades fundamentais" (MAZZUOLI, 2019, p. 83-84). Esse entendimento pode ser extraído do próprio texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Juristas como Marcel Sibert argumentam que a Declaração de 1948 é uma extensão da Carta da ONU, especialmente em seus artigos 55 e 56 (SIBERT 1951, p. 454).

Um dos maiores desafios para a universalização dos direitos humanos reside no conflito entre a universalidade dos direitos e os direitos culturais particulares. Isso levanta questionamentos sobre a relativização desses direitos ditos "supremos". Esse tema foi discutido na II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena (1993). Após a discussão sobre o relativismo cultural, que argumenta que não há uma moral universal e, portanto, o direito deve levar em consideração o contexto social e cultural, prevaleceu o princípio da universalidade dos direitos humanos.

A Conferência de Viena consagrou os princípios da indivisibilidade, interdependência e inter-relacionariedade dos direitos humanos. O artigo 5 do documento estabelece:

"5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado

das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.”

A indivisibilidade dos direitos humanos refere-se ao reconhecimento de que todos os direitos possuem igual importância e proteção jurídica, uma vez que são essenciais para garantir uma vida digna. Isso significa que não se pode hierarquizar ou separar os direitos, mas sim reconhecer sua interconexão e interdependência.

A interdependência dos direitos humanos, por sua vez, está relacionada à ideia de cooperação e colaboração para a satisfação das necessidades humanas. Essa interdependência é resultado da interação entre as pessoas em uma determinada sociedade, onde a realização de um direito muitas vezes depende da garantia de outros direitos. Esses conceitos são amplamente abordados por Carvalho Ramos (2016, p. 203).

Apesar de a Declaração Universal dos Direitos Humanos servir como base para inúmeros tratados e instrumentos posteriores sobre direitos humanos, ela não estabeleceu mecanismos práticos para a aplicação de sanções em caso de violação desses direitos.

Diante desse contexto, foram criados dois instrumentos que permitem aos Estados buscar soluções internacionais para casos de violação de direitos humanos: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos estabelecidos em 1966.

A finalidade desses pactos é estabelecer uma estrutura de "judicialização" das demandas relacionadas aos direitos humanos. Eles instituem um sistema de monitoramento, no qual os Estados devem enviar relatórios à ONU, além de permitir a apresentação de petições individuais pelos Estados.

Esses mecanismos visam fortalecer a proteção e a promoção dos direitos humanos, proporcionando um caminho para responsabilizar os Estados por violações e buscar a reparação adequada quando necessário.

4.DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO

No que se refere ao desenvolvimento, o documento mais recente da ordem internacional é a Declaração do Milênio, assinada por 189 países em 2000. Esse documento estabelece os objetivos para alcançar o Desenvolvimento Sustentável, que é a agenda internacional determinada pela ONU.

A Agenda Internacional da ONU é um documento que estrutura os objetivos da humanidade para os anos seguintes, com o objetivo de garantir um futuro viável, pacífico e desenvolvido em termos de direitos humanos. Ela consiste em 17 objetivos, que incluem a erradicação da pobreza, a promoção da igualdade de gênero, a garantia de acesso à educação de qualidade, a promoção de práticas sustentáveis de consumo e produção, entre outros.

Esses objetivos visam alcançar uma sociedade sustentável, ou seja, garantir que a sociedade não apenas sobreviva no futuro, mas que também se desenvolva em termos de direitos humanos e qualidade de vida. A ideia é que as ações realizadas no presente tenham consequências benéficas para o futuro.

Embora essa visão seja utópica, pois não podemos controlar totalmente o futuro, é de suma importância ter uma Agenda Internacional dos Direitos Humanos. Ela serve como um guia para aproximar-se desses objetivos, condicionando as atitudes dos Estados em uma direção mais sustentável de desenvolvimento humano.

Além disso, é importante destacar que viver em um mundo baseado em direitos e regras multilaterais é vantajoso, e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável contribuem para apoiar democracias e construir economias mais igualitárias e dinâmicas, reduzindo as desigualdades sociais.

É essencial não confundir o termo "sustentável" apenas com a proteção ao meio ambiente, como é comumente equivocado. O termo "desenvolvimento" refere-se à constante evolução dos direitos humanos, sem a possibilidade de retrocesso. Já o termo "sustentável" diz respeito à saúde da sociedade como um todo. Um crescimento desordenado e sem controle pode esgotar nossos recursos e gerar uma série de complicações sociais, resultando em um futuro caótico para as gerações futuras.

É importante refletir sobre essa problemática, conforme mencionado por Danielle Marcial (referência do comentário), para compreender a importância de uma abordagem sustentável do desenvolvimento humano:

“O Clamor pelo Desenvolvimento Sustentável não é simplesmente um chamado à proteção ambiental. O Desenvolvimento Sustentável implica um novo conceito de crescimento econômico, que propõe justiça e oportunidade para todas as pessoas do mundo e não só para uns poucos privilegiados, sem destruir ainda mais os recursos naturais finitos do mundo nem colocar em dúvida a capacidade de sustentabilidade da Terra.”

É importante distinguir os conceitos de Direito ao Desenvolvimento e Direito do Desenvolvimento. O Direito ao Desenvolvimento refere-se à humanização do ser humano, baseando-se em princípios filosóficos, éticos e morais. Por outro lado, o Direito do Desenvolvimento trata do dever de cooperação internacional entre os Estados para cumprir os princípios estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Mahbub ul Haq demonstra que a sociedade internacional percebe que os indivíduos são tanto os meios quanto os fins do desenvolvimento econômico, ou seja, a cooperação entre eles é fundamental. Nesse sentido, são definidos quatro pilares do desenvolvimento: (a) equidade, que envolve tratar de forma desigual os desiguais; (b) sustentabilidade, para garantir o mínimo necessário às gerações futuras em termos de consumo e produção; (c) produtividade e capacitação, oferecendo oportunidades para que os indivíduos participem ativamente do processo de desenvolvimento.

Os principais instrumentos que tratam do desenvolvimento são as resoluções nº 2.626, nº 3.201, nº 3.202 e nº 3.291, que abordam estratégias e programas internacionais relacionados à função dos Estados no desenvolvimento.

É relevante destacar que, para medir e estabelecer parâmetros de desenvolvimento, utiliza-se o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Esse índice leva em consideração três variáveis: renda per capita, nível de educação e saúde. O IDH é uma ferramenta útil para avaliar as disparidades de desenvolvimento entre os Estados, identificando os problemas mais intensos em cada região e indicando onde é necessário atuar com maior ênfase para alcançar os objetivos do desenvolvimento humano.

No ordenamento jurídico brasileiro, o termo "desenvolvimento" encontra-se no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a proteção do meio ambiente e estabelece o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Conforme se expõe:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

É importante destacar que o texto do artigo constitucional enfatiza o meio ambiente, mas o conceito de desenvolvimento sustentável abrange mais do que apenas essa questão. No entanto, os legisladores têm dificuldade em compreender a natureza multidisciplinar do termo, uma vez que a Constituição não o especifica de forma explícita.

No que diz respeito aos direitos humanos como um todo, a Constituição não se limita a um conjunto taxativo de direitos fundamentais presentes no artigo quinto. Na verdade, os direitos humanos estão dispersos por toda a Constituição Federal de 1988, incluindo-se princípios expressos e implícitos na norma. Portanto, é necessária uma análise abrangente de todo o texto constitucional para compreender plenamente os direitos humanos que são protegidos no ordenamento jurídico brasileiro.

5.CONCLUSÃO

O tema principal deste trabalho é direitos humanos, abordando os seguintes subtemas: (a) conceito de direitos humanos; (b) o discurso único dos direitos humanos; (c) direitos humanos e desenvolvimento. Para embasar as discussões, foram utilizados entendimentos doutrinários e documentos internacionais referentes ao assunto, todos listados nas referências abaixo.

Como resultado, conclui-se que o conceito de direitos humanos pode ser resumido como um conjunto de direitos básicos, universais, garantidos a todos os indivíduos simplesmente por serem humanos. A responsabilidade pela garantia e fiscalização desses direitos recai sobre a ordem internacional. Além disso, foi esclarecida a diferença terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Foram mencionadas as características inerentes aos direitos humanos, tais como historicidade, universalidade, essencialidade, irrenunciabilidade, inexauribilidade, imprescritibilidade e vedação ao retrocesso. Também foi contextualizado o período pós-Segunda Guerra Mundial como um momento histórico significativo para os direitos humanos.

A partir desse contexto, as Nações Unidas buscaram implementar o discurso dos direitos humanos, internacionalizando os princípios desses direitos em busca de maior força e estabilidade. Os estados desempenham um papel fundamental na concretização desses direitos, uma vez que a cooperação entre os países se torna cada vez mais crucial em um mundo globalizado.

No que diz respeito aos direitos humanos e desenvolvimento, foi destacado que o termo desenvolvimento engloba muito mais do que apenas o aspecto ambiental. A qualidade de vida como um todo é de extrema importância para a harmonia geral desse ordenamento internacional.

Também foi enfatizada a importância da agenda da ONU, que contempla os objetivos de desenvolvimento humano. Essa organização desempenha um papel relevante na busca por um modelo de convivência sustentável, tanto para as gerações presentes quanto para as futuras. Caso contrário, um futuro caótico e desolador pode ser previsto.

Para avaliar esse desenvolvimento sustentável, o ordenamento jurídico internacional estabeleceu o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que utiliza indicadores como renda, saúde e educação para fins de cálculo.

Por fim, foram apresentados diversos documentos internacionais que servem como instrumentos para a efetiva concretização dos direitos humanos, como a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (Pacto Civil) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto Social). É importante ressaltar que a matéria dos direitos humanos está presente na Constituição Federal de forma dispersa entre os artigos, incluindo princípios além dos direitos fundamentais listados no artigo quinto.

6.REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Programa Nacional de Direitos Humanos I. Brasília, Ministério da Justiça, 1998.

Brasil, Resolução. nº 2.626 de 23 de julho de 2020. Diário Oficial da União. Edição: 142 | Seção: 1 | Página: 50

CARVALHO RAMOS, André de. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993

EUROPEAN COMMISSION, 2019

HAQ, Mahbub ul. O paradigma do desenvolvimento humano sustentável. < www.undp.org.br > acessada em 31/03/2001.

MARCIAL, Danielle, ROBERT, Cíntia, SÉGUIN, Elida. O direito do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 48.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira Curso de direitos humanos / Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 933-949.

NUCCI, Guilherme de Souza Direitos humanos versus segurança pública / Guilherme de Souza Nucci. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Ramos, André de Carvalho Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. Direitos Humanos e Fundamentais. Campinas: Russell Editores, 2007.

SIBERT, Marcel. Traité de droit international public: le droit de la paix. Paris: Dalloz, 1951, v. I, p. 454.

TRINDADE, José Damião de Lima. História Social dos Direitos Humanos. 2ª edição – São Paulo: Peirópolis, 2006.

DIREITO DO CONSUMIDOR NA INTERNET

YASMIN PARREIRA TOLEDO DE LIMA:

graduanda em Direito pela Universidade Brasil.
Campus Fernandópolis.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: Tendo em vista a praticidade e eficiência que a internet vem trazendo nas relações em geral, facilitando cada vez mais o cotidiano das pessoas, o comércio virtual, vem se destacando e expandindo impulsivamente. A pandemia do Covid-19, um dos temas a ser abordado, foi um dos fatores que mais contribuiu, ultimamente, para o exponencial crescimento do comércio virtual. O presente artigo, portanto, tem como propósito a explanação crítica do Direito do Consumidor nas relações de consumo desempenhadas na internet, com o intuito de abordar o efetivo exercício e aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor e demais leis esparsas que protegem a parte que se mostra mais exposta nas relações de comércio eletrônico. Na metodologia foi empregue uma revisão de literatura, sendo complementada pela análise de posicionamento jurisprudencial dos tribunais referente ao assunto em questão. Assim, para melhor elucidação, o trabalho foi fragmentado em quatro capítulos, sendo que o primeiro traz o conceito do comércio eletrônico, seguido do próximo capítulo que aborda seu exponencial crescimento; na mesma toada, o terceiro capítulo discorre sobre as leis inerentes a proteção dos consumidores e finalmente será abordada as vulnerabilidades do consumidor e proteção do Estado nas relações de comércio virtual, dando ênfase as ferramentas disponíveis na via administrativa.

Palavras-chave: Consumidor. Negociação. Rede Mundial de Computadores. Regulamentação. Segurança Jurídica.

INTRODUÇÃO

Este artigo, tem como intuito primordial, trazer à tona o considerável desenvolvimento das relações consumeristas via internet que desencadeou, no direito, a necessidade de criação de normas que regulamentassem a comercialização virtual, visando proteção e equilíbrio dos sujeitos envolvidos.

Sobre o assunto, a criação do Decreto Federal nº 7.962/2013, conhecido como Lei do *E-commerce*, foi de extrema importância para a proteção e segurança jurídica nas relações de consumo eletrônicas.

É essencial que, tanto o consumidor, quanto o comerciante, tenha conhecimento das leis que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe acerca do comércio eletrônico. Por isso, também serão apresentadas ferramentas que o consumidor pode se valer, a fim de diminuir os riscos a que está sujeito no comércio virtual. E para os indivíduos que julgam ser a internet “uma terra sem lei e sem justiça”, estão sem dúvidas, equivocados. Ao longo do presente artigo, há de se abordar as leis e premissas a que estão sujeitos aqueles que se utilizam do comércio online, bem como, expor os princípios em que estão fundados os direitos inerentes ao consumidor. Será versado, o efetivo exercício e aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor e demais leis esparsas, visando a compreensão e esclarecimento de forma lúdica acerca do assunto em questão.

Hoje em dia, a relação de comércio mais recorrente, indubitavelmente, acontece no meio virtual. Isso vem facilitando cada vez mais o cotidiano das pessoas, contribuindo tanto para aumento de vendas, como para uma maior acessibilidade de produtos e serviços por parte do consumidor. Um componente que alavancou o comércio virtual, inquestionavelmente, foi a pandemia do Covid-19, fazendo com que o e-commerce se ampliasse em decorrência do fechamento das lojas físicas.

Como é de conhecimento, tudo que se é acessado nas plataformas digitais, vai moldando um perfil de compra e compartilhamento de conteúdo inteiramente voltado para o interesse de cada um, “peneirando” o que seria adequado ou não para cada usuário, e isso acaba cativando o consumidor a adquirir os produtos oferecidos.

Desse modo, buscando mais praticidade e conforto, essa nova maneira de contratação vem tomando espaço na sociedade. Todavia, há uma relevância social exacerbante, merecedora de atenção, uma vez que essa progressista prática traz eventuais riscos e danos a parte vulnerável dessa relação.

Em decorrência do constante crescimento das compras via internet, como podemos perceber, o direito vem sendo provocado a fim de regulamentar tais relações, oferecendo proteção e equilíbrio entre os sujeitos. Os consumidores, na maioria das vezes, se mostram vulneráveis frente ao seu fornecedor, e isso fez com que o estado intervenha a fim de proteger a parte “mais fraca”. A defesa do consumidor, inclusive, está expressa na constituição como um direito fundamental e que carece, portanto, da proteção do estado.

Além de ser um meio econômico e acessível, a internet é quase um item básico na atualidade. Dessa forma, é imprescindível que o consumo virtual, e os direitos que visam proteger os consumidores, coexistam.

Assim, pretende-se, contribuir para um maior esclarecimento dos consumidores, e por conseguinte, afirmar a garantia constitucional que muitas vezes se vê pouco difundida, prejudicando, principalmente, a parte mais fraca.

1. CONCEITO

Como bem discorrem Vissotto e Boniati (2013) acerca do comércio eletrônico:

Comércio eletrônico é o processo de comprar, vender ou trocar produtos, serviços e informações através da rede mundial de computadores. Caracteriza-se pelo uso dos meios digitais para a realização de transações comerciais on-line, com computadores, celulares, smartphones e tablets. Trata-se de um meio moderno e eficiente de se realizar compras, vendas, serviços, troca de produtos e informações através da internet, o que possibilita a expansão do setor comercial. (VISSOTTO; BONIATI, 2013, p.15).

De forma sucinta, o comércio virtual trata-se basicamente da concretização de operações comerciais que antes eram realizadas nos estabelecimentos físicos e agora podem ser realizadas por meio da internet (MASSO *et al.*, 2018, p. 247).

Comumente, é preferível pelos consumidores o e-commerce em detrimento da loja física. Preponderantemente, isso ocorre porque os preços costumam ser mais acessíveis. Afinal, um e-commerce tem menos custos, pois o fornecedor não precisa pagar aluguel de loja, salário e comissão de vendedores, e isso acaba sendo repassado aos consumidores.

Além disso, a preferência pelo e-commerce se dá, por ser este mais prático, principalmente, para o consumidor que adora comparar preços.

Conforme pesquisa realizada pela Global Online Consumer Report (2017), as maiores vantagens apresentadas pelos consumidores são: possibilidade de compra a qualquer hora (conveniência), comparação de preços e melhores preços.

2. DO CRESCIMENTO DO COMERCIO VIRTUAL

No presente capítulo abordar-se-á o exponencial crescimento do comércio virtual, alavancado, atualmente, com o advento da pandemia e as diversas maneiras de *e-commerce* que foram se desenvolvendo ao longo do tempo.

A. comércio virtual e a pandemia

O crescimento das relações de consumo virtuais está diretamente ligado a evolução dos meios tecnológicos. No entanto, não se pode deixar de mencionar que a pandemia pela qual a sociedade vivenciou, contribuiu exponencialmente para o aumento das compras pela internet. Atualmente, o mundo todo enfrentou um terrível flagelo, provocado

pela Covid-19, que deixou várias sequelas. Vamos falar, adstritamente, das sequelas deixadas no âmbito do comércio eletrônico.

De acordo com reportagem de Alvarenga (2021) publicada no site de notícias G1:

Muitas empresas aproveitaram a oportunidade para reformular o negócio e começaram a vender os produtos na internet. Segundo levantamento da Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), é estimado que 20,2 milhões de consumidores realizaram pela primeira vez uma compra pela internet em 2020 e que 150 mil lojas passaram a vender também por meio das plataformas digitais. (ALVARENGA, 2021, s.p.).

Simionato (2021), igualmente, expõe estatísticas ligadas ao aumento das compras online em reportagem publicada no site de notícias UOL:

Um levantamento da Ipsos mostra que, por causa da pandemia, os brasileiros estão optando pelas compras online e frequentando menos os comércios locais acima da média global. De acordo com a pesquisa, 47% têm comprado mais na internet desde o início da covid-19 e 36% estão comprando menos em lojas pequenas se comparado ao período pré-pandemia. Globalmente, estas taxas são 43% e 30%, respectivamente. (SIMIONATO, 2021, s.p.).

Nesse cenário, as lojas físicas tiveram de fechar as suas portas e conservar o isolamento social, como foi imposto a todos, com o fim de não propagar o vírus. Isso fez com que o e-commerce se dilatasse mais ainda, pois pela impossibilidade de fazer compras em estabelecimentos físicos, os consumidores optaram ou foram “obrigados” a se utilizarem do comércio virtual.

B. principais espécies

Dentre as diversas formas de comércio virtual, a mais recorrente é a venda por meio da internet de mercadorias já oferecidas nos estabelecimentos físicos. Hoje em dia, raramente encontram-se lojas que ainda não aderiram o comércio virtual. Magazine Luiza e Casas Bahia são exemplos de grandes varejistas que promovem a venda de produtos por meio da internet. Igualmente, temos o comércio virtual “puro”, isto é, vendedores que se utilizam apenas da internet para a comercialização de seus produtos, sem possuírem lojas físicas, como no caso da Amazon Brasil e do Mercado Livre, que funciona como um site de intermediação entre fornecedor e consumidor. Ademais, a prestação de serviços, da mesma forma, traz normalmente um viés virtual, a exemplo do *internet banking* e agências de viagem.

Não obstante, uma tendenciosa forma de comércio virtual, é o *social commerce* que "trata-se da utilização das redes sociais e de todos os seus mecanismos de conexão entre usuários, obtenção e utilização de dados para efetuar a venda de produtos ou serviços. O *social commerce* pode ser encontrado nas lojas virtuais estabelecidas dentro de sites de redes sociais como o Facebook." (MASSO, 2018, p.249).

3. DAS LEIS INERENTES A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

a) Código de Defesa do Consumidor (CDC)

No âmbito consumerista, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90, é a norma mais abrangente; foi estabelecida em observância a Constituição Federal de 1988, que regula a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica. A lei surgiu com a necessidade de regulamentação, especificamente, das relações de consumo, visando a proteção do consumidor como o polo mais fraco e vulnerável, na tentativa de equilibrá-lo ao fornecedor, visto que o Código Civil já regia sobre matéria pertinente a vida privada.

O CDC enuncia cláusulas que visam salvaguardar os direitos básicos do consumidor em diferentes matérias. Entre esses direitos destacam-se a proteção da vida, saúde e segurança; educação para o consumo; informação clara e adequada sobre os diferentes serviços e produtos; proteção contra publicidade abusiva e enganosa; proteção contratual; e direito à indenização. Vale ressaltar que todos os estabelecimentos são obrigados a disponibilizar o CDC em um local de fácil alcance.

b) Lei do *e-commerce*

Vinte e três anos após, é sancionado o Decreto nº 7.962/2013, conhecido como Lei do *E-commerce*, que vem com intuito de complementar o CDC no que diz respeito ao comércio digital.

O Decreto versa, especialmente, sobre o acesso a informações claras sobre o produto ou serviço, fornecedor, direito ao arrependimento, segurança das informações, regras e maneiras de procedência em ocorrência de oferta no site, bem como estornos e compras coletivas.

Além da dita Lei do *E-Commerce*, podemos citar outras legislações que visam a proteção da parte vulnerável no ambiente virtual, tal como o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e a Lei do Cadastro Positivo. Todavia, vamos nos ater às inovações causadas pela Lei do E-Commerce, onde poderemos verificar os direitos fundamentais em favor dos consumidores.

4. DAS VULNERABILIDADES DO CONSUMIDOR

Nas relações de consumo em geral, o consumidor, na maioria das vezes, se mostra como parte mais vulnerável, frente ao fornecedor. Nas relações virtuais, isso se intensifica ainda mais, quando levamos em conta que o consumidor, nestas situações, não consegue ver o produto ou serviço fisicamente, ao qual está adquirindo.

O CDC reconhece expressamente em seu artigo 4º, inciso I, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de trabalho, sendo essa, uma das principais políticas nacionais de relação de consumo afirmada no referido código.

Diante disso, com o propósito de suprir este desequilíbrio, o direito dispõe das modalidades de contratação, prazo, garantia do atendimento facilitado, direito do arrependimento, infrações ao direito à informação e assim por diante, o que acaba tornando o espaço mais seguro para o usuário.

a) proteção nas relações de comércio virtual

O Decreto nº 7.962/2013, enfatiza a necessidade de o fornecedor de produto ou serviço prestar informações claras tanto do que está sendo oferecido, como também, sobre si mesmo. Isto, em razão de na maioria dos casos, haver a impossibilidade de contato físico entre as partes concorrentes da contratação, ou tampouco com seu objeto antes de efetuado a negociação. Nos termos da lei:

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato.

A preservação do consentimento, outro elemento importante na defesa do consumidor, é um dos focos da mesma lei. A anuência do consumidor deve ser expressa, livre e ciente de todas as características do produto ou serviço. Assim, tanto a propaganda quanto o acordo ajustado pela internet devem conter explicita e claramente o que está sendo ofertado, as limitações de responsabilidade no caso de danos, os meios de garantia e tudo quanto se achar relevante.

Nesse sentido, a referida lei, em seu art. 2º, estabelece que deve ser disponibilizado em local de destaque e de fácil visualização:

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

De fato, no comércio virtual há uma série de situações que põe o consumidor em posição muito mais enfraquecida quando associado ao meio não eletrônico. Em razão disso o direito reconhece o agravamento da vulnerabilidade do consumidor.

Os contratos de adesão eletrônico é um dos exemplos mais claros desse tipo de situação. Raramente o consumidor irá ler o contrato, mas apenas indicar que leu e que concorda com os termos impostos para se adquirir o que está sendo oferecido, sem tê-lo realmente feito.

Por esse motivo, os contratos pactuados em meios eletrônicos devem ser claros, objetivos e precisos, contando sempre com uma linguagem de fácil compreensão. Além disso, deve observar todos os ditames do CDC, não constando cláusulas que possam ser consideradas abusivas ou contrárias a natureza do negócio (art. 51 do CDC). Sendo que, contratos comendo-se de termos incompreensíveis ao homem mediano, excessivamente longos e confusos, com numerosas cláusulas remissivas poderão ser objeto de questionamento e dificilmente será devido ao consumidor posto ao consumidor para fundamentar restrições referente ao que está sendo oferecido.

A vista disso, Masso et al., (2018, p. 255) diz que:

“Uma tendência em termos de contratos eletrônicos são os documentos redigidos em primeira e segunda pessoa, em que o fornecedor, em vez de dizer que “o Contratante reconhece que a Contratada não é obrigada a reparar os vícios aparentes após o prazo previsto no art. 26 da Lei n. 8.078/1990”, pode dizer que “Nossa garantia para defeitos e vícios aparentes se limita ao prazo de 90 dias previsto pela lei”.

A apresentação do sumário do contrato, em momento anterior ao ajuste, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do adquirente, destacadas as cláusulas que limitam direitos é mais uma das obrigações do fornecedor, conforme prevê art. 4º, I, do Decreto 7.962/2013. com isso, além de clareza e precisão, os contratos virtuais devem apresentar também um resumo do instrumento contratual. Ainda em relação aos contratos, o inciso IV do mesmo artigo assegura a disponibilização do contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação.

Ademais, trata o art. 4º do Decreto, ainda, sobre o relacionamento entre consumidor e fornecedor no comércio eletrônico, garantindo o “atendimento facilitado”, onde o fornecedor deverá:

II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

Sendo que, neste último inciso, a resposta do fornecedor deve ser encaminhada ao consumidor em até cinco dias (art. 4º, parágrafo único do decreto 7.962/2013)

O direito ao arrependimento, é outra vertente do comércio online digno de atenção. Lorenzetti, (2003, p. 204), o descreve como uma espécie de “consentimento com câmera lenta”, isto porque, visa assegurar a vontade e certeza do consumidor na realização do negócio.

O CDC estabelece que:

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.

Como aquisições feitas “fora do estabelecimento comercial”, pode-se entender as compras *online*, por exemplo, já que no momento da incorporação deste instituto no ordenamento jurídico, apesar de já existir a internet, não se falava em comércio eletrônico.

Deve-se, portanto, ser mantido o intento do legislador em por a salvo o consumidor de uma aquisição "irrefletida, emocional, protegendo a declaração de vontade" (EBERLIN, 2010, p. 59).

Assim, há uma forte inclinação da doutrina e jurisprudência em considerar o emprego do direito de arrependimento nas negociações ajustadas no meio virtual. Nesse sentido, vem o Decreto nº 7.962/2013, dispondo que:

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Há de se destacar, aqui, que o direito ao arrependimento se estende aos contratos acessórios, os quais devem ser rescindidos caso a venda do produto ou prestação de serviço assim o seja, sem qualquer tipo de custo adicional.

Vale advertir que o instituto do direito ao arrependimento não deve ser aplicado somente nas aquisições que se deram fora do estabelecimento comercial, mas analisado caso a caso, já que o elemento primordial deste direito não é o local da aquisição, e sim o resguardo do consentimento pleno do consumidor.

b) ferramentas recorríveis em caso de prejuízo ou preventivamente

São inúmeros os benefícios dessa modalidade de comércio, e sem dúvida isso atrai os empreendedores e gestores do mercado. Dentre eles podemos citar: segurança a baixo custo, investimento inicial baixo, atração de investidores, infraestrutura enxuta, facilidade de começar, senso de urgência e funcionamento em tempo integral, já que no comércio online as lojas funcionam 24 horas dia após dia. Assim, nunca estão indisponíveis como os estabelecimentos físicos.

As possibilidades e funcionalidades dessa forma de comércio são consideravelmente abundantes, proporcionando ao consumidor uma busca ampla e destalhada daquilo que mais se encaixe com sua situação.

No entanto, como "nem tudo são flores", consoante já foi dito anteriormente, o ambiente virtual potencializa a vulnerabilidade do consumidor, por isso é importante que o mesmo saiba se valer das ferramentas que lhe estão disponíveis, a fim de diminuir os riscos a que está sujeito.

O usuário da internet é "um consumidor operando em rede, presente em comunidades e redes sociais na internet, paradoxalmente mais forte e mais vulnerável" (BARRETO, 2012, p. 87). Ou seja, ao mesmo tempo em que o consumidor fica mais frágil em razão da internet, o ambiente virtual permite ao consumidor um poder nunca antes visto em face dos fornecedores dos produtos ou serviços.

Nesse quesito, as redes sociais é uma das maiores ferramentas de defesa do consumidor. Os usuários, ao se manifestar sua satisfação ou insatisfação a respeito de algum produto ou serviço terá maior repercussão nas mídias sociais, alcançando um maior número de pessoas do que se realizado pessoalmente apenas em seu ambiente de convivência. Por esse motivo, as redes sociais é denominada atualmente por alguns doutrinadores de o "novo SAC".

A manifestação do consumidor assume uma característica "viral" depois de publicado, pois ao encontrar apoio de outros usuários, é compartilhada levando ao conhecimento de inúmeras pessoas em um curto espaço de tempo. "De fato, uma manifestação no sentido de que determinado produto é ruim, de que o atendimento de determinada empresa é ineficiente, de que o consumidor é obrigado a aguardar por prazos muito longos pelo reparo de produtos em garantia, dentre outras, vem sendo interpretada pelos juízes como exercício regular de um direito." (MASSO, 2018, p.267).

As empresas e prestadoras de serviço, em geral, possuem seu próprio canal de atendimento ao consumidor, que é utilizado quando se depararam com problemas para adquirir algum produto ou serviço.

Além disso, existem diversos sites oficiais de reclamação disponíveis no mercado, onde o consumidor poderá resolver seu problema pela via administrativa. Dentre os principais, podemos citar: Consumidor.gov.br, para reclamações em geral; ANATEL, para serviços de telecomunicações; Banco Central do Brasil, para reclamações sobre finanças; SUSEP, para reclamações de seguros; ANEEL, para reclamações de energia; ANS, para reclamações de seguros de saúde; Portal do Consumidor, para reclamações que não se enquadrem em um serviço específico.

É essencial que o consumidor tenha conhecimento de tais ferramentas. A reclamação é pública e fica à disposição de todos. Por isso, antes mesmo de efetuar o negócio, é importante que o consumidor se valha das ferramentas a ele disponíveis, a fim de ter conhecimento das reclamações, avaliações positivas e negativas a respeito do produto ou serviço. Já em relação aos dados do reclamante, permanecem em sigilo, proporcionando uma maior segurança.

CONCLUSÃO

A internet veio inovando as relações de consumo, facilitando muito a vida dos fornecedores e consumidores, mas aumentando ainda mais a vulnerabilidade do consumidor. Apesar disso, o consumidor tem as suas mãos inúmeras ferramentas disponíveis para sua defesa, tanto na via administrativa, quanto judicial.

À vista disso, o consumidor deve se informar para poder reagir diante das situações controversas, utilizando os instrumentos a seu favor, levando em conta os princípios que regem a relação de consumo.

Da mesma forma, o fornecedor deve ser cauteloso em suas práticas comerciais, a fim de que não venha subtrair ou negar o direito ao consumidor, já que como visto, o consumidor é parte vulnerável na relação de consumo. Posto isso, terá maior proteção em um possível litígio. Deve, portanto, o consumidor reforçar os cuidados em relação à sua identificação, à apresentação dos produtos, e pactuação dos contratos, a fim de garantir que o negócio seja realizado de forma que haja certeza do consentimento pleno do consumidor.

Por fim, é importante que o consumidor exerça seus direitos com cautela, se manifestando de modo a respeitar os limites delineados pelo equilíbrio nas relações de consumo.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, D. **Com pandemia, comércio eletrônico tem salto em 2020 e dobra participação no varejo brasileiro.** Jornal da Globo G1, Rio de Janeiro, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/com-pandemia-comercioeletronico-tem-salto-em-2020-e-dobra-participacao-no-varejo-brasileiro.ghtml> Acesso em: 14 nov. 2022.

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Redes sociais na internet e direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico. Curitiba: Juruá, 2012.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Contratação refletida na sociedade de consumo: o direito de arrependimento como proteção do consentimento do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 76, p. 46-73, out./dez. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Santa Fé: Rubinzal-Culzani, 2003.

MASSO, F. D. D.; EBERLIN, F. B. V. T.; EBERLIN, F. B. V. T.; ABDO, H. N.; CORDOVIL, L. A. G.; CORDOVIL, L.; PFEIFFER, R. A. C.; COVAS, S.; OLIVEIRA, T. M. D.; AGUIAR, T. C. L. D.; FERNANDES, W. Direito, gestão e prática - Direito do Consumidor: a visão da empresa e da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

SIMIONATO, L. 47% dos brasileiros relatam ter aumentado compras online durante a pandemia. UOL, São Paulo, 10 fev. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/02/10/47-dos-brasileirosrelatam-ter-aumentado-compras-online-durante-a-pandemia.htm?cmpid> Acesso em 14 nov. 2022.

VISSOTTO, E. M.; BONIATI, B. B. Comércio eletrônico. Frederico Westphalen: Ed. Universidade Federal de Santa Maria, Colégio Agrícola de Frederico Westphalen, 2013

O DIREITO DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS

KARINA ALVES BINDELLA:
graduanda em Direito pela
Universidade Brasil. Campus
Fernandópolis.

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALLO
(orientador)

RESUMO: Com o avanço da tecnologia e o crescimento do comércio eletrônico, as relações de consumo virtuais se tornaram uma realidade cada vez mais presente no cotidiano das pessoas. Entretanto, deve-se destacar que existem diversas peculiaridades no que diz respeito ao consumo virtual, no qual é exigido uma modificação nas normas consumeristas. Diante disso, o objetivo do presente estudo caracteriza-se por discorrer acerca do Direito do Consumidor e sua implementação nas relações de consumo virtuais. A metodologia utilizada no estudo em questão caracteriza-se por ser uma revisão de literatura sistemática, no qual foram listados os principais artigos que serviram de embasamento para o tema. Através dos resultados da pesquisa, verificou-se que torna-se essencial que a legislação brasileira, apesar de já haver previsão acerca das relações de consumo virtuais, estabeleça um tratamento mais exclusivo para o tema, tendo em vista o crescimento desenfreado de relações jurídicas estabelecidas nesse meio.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Consumo virtual. Tecnologias. Comércio eletrônico.

ABSTRACT: With the advancement of technology and the growth of e-commerce, virtual consumer relations have become an increasingly present reality in people's daily lives. However, it should be noted that there are several peculiarities with regard to virtual consumption, in which a change in consumerist norms is required. virtual consumption. The methodology used in the study in question is characterized by being a systematic literature review, in which the main articles that served as a basis for the theme were listed. Through the results of the research, it was verified that it is essential that the Brazilian legislation, although there is already a prediction about virtual consumption relations, establishes a more exclusive treatment for the theme, in view of the unbridled growth of established legal relations. in that medium.

Keywords: Consumer Law. Virtual consumption. Technologies. E-commerce.

RESUMEN: Con el avance de la tecnología y el crecimiento del comercio electrónico, las relaciones virtuales de consumo se han convertido en una realidad cada vez más presente en el día a día de las personas. Sin embargo, cabe señalar que existen varias peculiaridades con respecto al consumo virtual, en las que se requiere un cambio en las normas consumistas. La metodología utilizada en el estudio en cuestión se caracteriza por ser una revisión sistemática de la literatura, en la que se enumeraron los principales artículos que sirvieron de base a la temática. A través de los resultados de la investigación, se verificó que es fundamental que la legislación brasileña, aunque ya existe una previsión sobre las relaciones virtuales de consumo, establezca un tratamiento más exclusivo para el tema, frente al crecimiento desenfrenado de las relaciones jurídicas establecidas. en ese medio.

Palabras clave: Derecho del Consumidor. Consumo virtual. Tecnologías. Comercio electrónico.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da internet e os instrumentos que a integram, foi inserida na realidade contemporânea a expansão gradual de relações e interações entre indivíduos, bem como o crescimento da participação social, tornando a comunicação, expressão e compartilhamento de notícias fatores frequentes e corriqueiros.

Diante disso, é importante frisar que a tecnologia proporcionou a oferta de maior sociabilidade e integração entre as pessoas, tornando o trato social cada vez mais cotidiano e sem limitações de tempo e espaço. Afirma-se, além disso, que o debate acerca dos avanços tecnológicos ganha cada dia mais espaço nas discussões atuais.

É notório que o advento da computação ocasionou modificações na vida cotidiana da sociedade. A realidade tecnológica abriu portas antes inimagináveis, no qual as relações de consumo adentraram em uma nova realidade. Através dessa mudança, os modos de vida também sofreram intensas modificações, fazendo com que institutos que tutelam a segurança do homem também tivessem que se adaptar a tais alterações.

O direito, por exemplo, que possui o dever de regular e tornar equilibrada a vida em sociedade, foi alvo de adaptação no que diz respeito as novas formas de se relacionar. Com isso, a jurisdição deve moldar, de maneira ininterrupta, a sociedade, acompanhando as inovações que surgem e as demandas que se inserem na realidade mundial.

A internet inseriu novas problemáticas que merecem atenção nas discussões jurídicas. Destaca-se, por exemplo, o avanço do comércio eletrônico, em que novas dimensões do direito do consumidor foram travadas, fazendo com que moldes tradicionais fossem deixados de lado com o intuito de regular e proporcionar segurança para essas novas formas de comercializar.

Com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) completando mais de duas décadas de vigência, tornou-se necessário uma releitura para consolidar uma interpretação plausível que abarcasse as novas relações de consumo virtuais. O mundo cibernético, em que são efetivados negócios jurídicos já conhecidos, possui uma realidade em que, muitas situações travadas nesse ambiente já são previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, deve-se destacar que existem diversas peculiaridades no que diz respeito ao consumo virtual, no qual é exigido uma modificação nas normas consumeristas, levando em conta a multiplicidade técnica e conteudista dessas relações de consumo. O CDC, portanto, deve se adaptar de forma eficaz e dinâmica para que o consumidor tenha garantida a sua tutela no mundo virtual.

O código de defesa do consumidor pode ser caracterizado como a legislação que oferece direitos e obrigações aos consumidores e fornecedores, sendo a referida lei de ordem pública. O objetivo do código versa em garantir a harmonia nos modos de consumo, efetivando a proteção do consumidor e o afastando de condutas abusivas e práticas ilícitas no mercado, dotando-o de tutela jurídica e resguardo jurisdicional.

Dessa forma, a presente pesquisa possui o objetivo de debater acerca da aplicabilidade do direito do consumidor perante as relações virtuais do comércio eletrônico. Tal discussão se justifica na crescente necessidade em discutir sobre as novas relações de consumo na internet, esta que se consolidou no meio social, fazendo com que o amparo jurídico também se destinasse para esse cenário.

Destarte, por meio de uma pesquisa bibliográfica, realizar-se-á um estudo detalhado e abrangente sobre o comércio eletrônico, além de ser concretizada uma análise sobre as relações de consumo virtuais e a proteção do Código de defesa do consumidor nesse ambiente. Assim, a problemática que irá nortear a presente pesquisa caracteriza-se por compreender qual a importância e aplicabilidade do direito do consumidor nas relações de consumo virtuais?

A partir de tal indagação e diante das afirmações expostas, a presente análise busca discorrer acerca do Direito do Consumidor e sua implementação nas relações de consumo virtuais, destacando conceitos e abordagens fundamentais para inserir um debate jurídico-consumerista no cenário acadêmico.

2 MATERIAL E MÉTODO

Sabe-se que a pesquisa é a atividade protagonista da Ciência. Ela possibilita uma relação estrita e um entendimento da realidade a ser analisada. A pesquisa é um processo perene e inacabado, no qual é realizada por meio de aproximações sucessivas da realidade,

fornecendo subsídios para uma intervenção concreta e uma ligação da teoria à prática. Com isso, a metodologia utilizada no presente estudo caracterizou-se por ser uma revisão de literatura sistemática.

A revisão de literatura do tipo sistemática se caracteriza como uma pesquisa holística de estudos, de modo que sejam rastreadas e incluídas as pesquisas mais pertinentes para extração de dados, interpretação de resultados, análise e apresentação de conteúdo. Dessa forma, a revisão, sendo um método abrangente, objetiva, sobretudo, identificar, selecionar, avaliar e sintetizar as evidências colhidas no decorrer da pesquisa.

Com isso, a revisão sistemática pode ser conceituada como a modalidade de pesquisa que busca protocolos e entendimentos acerca da logicidade de documentos, possuindo um caráter de reprodutibilidade de outras pesquisa analisadas. Além disso, demonstra de forma efetiva bases de dados bibliográficos e as exigências de inclusão, exclusão e processos de seleção de artigos e estudos variados, como alude o quadro a seguir:

Quadro 2. Protocolo da Revisão bibliográfica.

Base de dados	Google acadêmico, Scielo, Livros impressos.
Tipo de documento	Artigo científico, monografias, obras.
Áreas de concentração	Direito do Consumidor; Relações de consumo virtuais; Código de Defesa do consumidor.
Período	2015- 2023
Idioma	Português
Palavras-chave	Relações de consumo; Comércio eletrônico;

	Tecnologia;
Critério de inclusão	<p>Possuir análises acerca da dificuldade das relações de consumo virtuais;</p> <p>Demonstrar dados sobre a efetividade do direito do consumidor no comércio eletrônico.</p> <p>Abordar estatísticas e escritos que expliquem acerca da importância da implementação jurídica para as novas relações de consumo virtuais</p>
Critérios de exclusão	<p>Artigos com ano inferior a 2015;</p> <p>Estudos que não abordem assuntos do tema;</p> <p>Pesquisas que não agreguem valor ao conteúdo escolhido</p>

FONTE: Autoral, 2023.

Além disso, a revisão de literatura sistemática aborda e debate as limitações de cada artigo e pesquisa analisada, avaliando conjuntos de dados advindos de distintas análises e coletando fatos empíricos para embasar seus critérios e análises, de modo que seja solucionada a problemática norteadora de um trabalho. Assim, afirma-se que esse tipo de metodologia se caracteriza como o principal método de busca e apuração de evidências.

Torna-se fundamental demonstrar o processo ocorrido no processo de pesquisa do presente estudo, sendo ordenado por: fórmula de pergunta; definição de estratégias de busca; análise de dados; identificação de artigos; recuperação de artigos; extração de dados; concretização da síntese; interpretação e produção do resumo.

Como pode-se observar, a revisão de literatura foi composta pelas seguintes diretrizes: formular a pergunta da pesquisa que no caso do presente estudo se caracteriza por ser: "Qual a importância e aplicabilidade do direito do consumidor nas relações de consumo virtuais?"

Aliado a esses fatores, houve a etapa da estratégia de busca, no qual foi analisado com base em artigos, caracterizando, portanto, a pesquisa metodológica sistemática. A base de dados que serviu de embasamento ao presente estudo foi realizada no Google

Acadêmico, Scielo e livros impressos, em que foram disponibilizadas informações acerca da temática abordada na pesquisa.

Posteriormente, foram buscados artigos que adentrassem na temática abordada de maneira abrangente, no qual realizaram-se a procura dos assuntos conforme os títulos e resumos dos estudos. No total, foram selecionados 5 estudos.

Por meio da concretização da revisão de literatura sistemática, a pesquisa resumiu diversos conteúdos relacionados ao estudo de maneira imparcial e holística. Além disso, a pesquisa foi realizada de maneira formal e meticulosa, como forma de tornar concreta e efetiva a análise acerca das relações de consumo virtuais e a aplicabilidade do direito do consumidor.

3 RESULTADO

Como forma de embasar concretamente o presente estudo, foram buscados, a partir da base de dados expostas acima, artigos e obras que servissem de esteio pra a construção do presente estudo.

Com a busca, foram encontrados 5 artigos que abordaram acerca do tema proposto de maneira imparcial, abrangente e com informações atuais. O quadro a seguir ilustra e detalha os artigos selecionados, no qual pode-se observar a correlação dos artigos escolhidos com o tema proposto na presente pesquisa:

Título	Autor	Ano	Local	Objetivos
Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor	Bruno Mirage m	2019	Rio Grande do Sul	Examinar as mudanças do mercado de consumo em razão do desenvolvimento de novas tecnologias e sua repercussão sobre a efetividade do direito do consumidor
A proteção nas relações de consumo decorrentes de uso de	Paula Martins da Silva Costa	2021	Brasília	Entender a dinâmica do uso das criptomoedas, suas modalidades, além das consequências jurídicas decorrentes do mau uso dessa tecnologia nas operações de consumo.

tecnologias disruptivas em moedas virtuais				
O uso da tecnologia da informação e a validade jurídica dos negócios realizados por crianças e adolescentes: uma análise das relações de consumo	Tarcísio Teixeira	2016	Londrina	Analisar a validade destas contratações, sobretudo quando realizadas por menores, tendo em conta as modificações trazidas pelo comércio eletrônico à concepção clássica de negócio jurídico.
A necessidade do diálogo das fontes nas relações de consumo suscetíveis ao comércio eletrônico	Roberto Wagner Marquesi; Isabela Cristina Sabo; Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo.	2018	Rio de Janeiro	Desenvolver um estudo das legislações aplicáveis ao comércio eletrônico e a necessidade de diálogo entre elas quando da ocorrência de conflitos em relações consideradas como de consumo.
A proteção ao consumidor no âmbito do comércio eletrônico: uma análise à	Thaiane Almeida de Souza	2018	Salvador	Explinar as relações de consumo por meio do comércio eletrônico, o surgimento dessa nova relação, a efetividade das garantias fornecidas pelo CDC no contexto do ambiente virtual.

luz do princípio da vulnerabilida de				
---	--	--	--	--

4 DISCUSSÃO

Durante a pesquisa, primeiramente foram analisados dois artigos relevantes no contexto do Direito do Consumidor nas relações de consumo virtuais: "Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor" de Bruno Miragem (2019) e "A proteção nas relações de consumo decorrentes de uso de tecnologias disruptivas em moedas virtuais" de Paula Martins da Silva Costa (2021).

A análise desses artigos proporcionou uma compreensão aprofundada sobre as questões jurídicas relacionadas ao comércio eletrônico e às tecnologias disruptivas, com foco na proteção do consumidor.

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, foi estabelecida no Brasil a garantia jurídica da proteção ao consumidor, reconhecendo-a como um direito fundamental, mencionado no artigo 5º, XXXII. Além disso, a Constituição também instituiu a defesa do consumidor como um princípio a ser seguido pela Ordem Econômica, conforme estipulado no artigo 170, V, da CR/88.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor foi criado como resultado desse mandato constitucional, com base no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de 1988 (BRASIL, 1988).

A relação jurídica que envolve fornecedor e consumidor, em posições contrárias, é estabelecida quando há a oferta de um produto ou serviço, conforme se deduz da análise dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O conceito de fornecedor é definido no artigo 3º do CDC (COSTA, 2021).

No entanto, mesmo que sejam utilizados outros termos para se referir a ele, como industrial, comerciante, banqueiro, segurador, importador ou, de forma genérica, empresário, Ada Pellegrini Grinover e outros autores explicam que "são considerados todos aqueles que oferecem produtos e serviços no mercado de consumo, de modo a atender às necessidades dos consumidores, sendo irrelevante questionar a qual título" (MIRAGEM, 2019).

Com base nos artigos, notou-se, primeiramente, que o conceito principal de consumidor (consumidor strictu sensu) está estabelecido no artigo 2º, parágrafo inicial, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). No entanto, devido à dificuldade de precisar o conteúdo e a abrangência da expressão "destinatário final", mencionada no artigo 2º do CDC, surgiu uma importante divergência doutrinária e jurisprudencial em relação à definição jurídica de consumidor (COSTA, 2021).

Quanto à vulnerabilidade do consumidor, é importante destacar que, segundo os autores, ela é reconhecida como um princípio estabelecido no artigo 4º, parágrafo inicial, inciso I, do CDC. Segundo Miragem (2019), a vulnerabilidade do consumidor é determinada através da análise do desequilíbrio técnico, jurídico e factual existente entre as partes.

Em síntese, a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo virtuais abrange aspectos jurídicos e fáticos, mas é ainda mais evidente nos aspectos informacionais e técnicos.

Pode-se inclusive subdividir essa última categoria em dois elementos: o desconhecimento das características técnicas do produto ou serviço, considerando que no comércio eletrônico o consumidor não tem acesso direto ao produto e não está presente fisicamente no estabelecimento comercial; e a falta de conhecimento e domínio das ferramentas que o consumidor utiliza ou tem acesso, como o computador e seus periféricos (scanner, impressora, mouse, teclado, webcam, rede wireless, modem, etc.), além dos softwares instalados ou a serem instalados (navegadores como Internet Explorer, Firefox, Mozilla; gerenciadores de downloads; clientes de e-mail; antivírus, entre outros) (MIRAGEM, 2019).

Destaca-se ainda que o consumidor está sujeito a outros elementos presentes no ambiente virtual, que podem afetar de alguma forma o processo de contratação pela Internet. Um exemplo disso são os programas maliciosos disseminados na Internet, como vírus, spywares, backdoors, keyloggers, worms e outros, desenvolvidos por especialistas em informática, como hackers e crackers (COSTA, 2021).

Outrossim, os elementos objetivos da relação de consumo, que incluem os produtos e serviços disponibilizados ao consumidor no mercado, são definidos no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor.

No artigo de Bruno Miragem (2019), foi discutido o novo paradigma tecnológico representado pelo mercado de consumo digital e seu impacto nas relações de consumo. O autor abordou a transformação do comércio tradicional para o ambiente virtual, destacando as vantagens e desafios dessa modalidade de consumo.

Além disso, Miragem (2019) enfatizou a necessidade de adaptação do Direito do Consumidor às características específicas do comércio eletrônico, buscando garantir a proteção do consumidor nesse contexto.

Conforme estabelecido, qualquer bem, tangível ou intangível, móvel ou imóvel, é considerado produto. Já o serviço é definido como qualquer atividade oferecida no mercado de consumo mediante remuneração, abrangendo inclusive serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, exceto aqueles decorrentes de relações de natureza trabalhista (MIRAGEM, 2019).

Pode-se concluir, portanto, que a legislação abrange de maneira ampla a definição de produtos e serviços no contexto das relações de consumo, especialmente no âmbito das transações virtuais de consumo.

Na Internet, é possível encontrar uma ampla variedade de lojas virtuais que oferecem diversos tipos de produtos e serviços, o que facilita significativamente a busca por parte do consumidor.

Essas lojas virtuais podem representar uma extensão na Internet de uma rede de estabelecimentos comerciais já estabelecidos no mercado tradicional. Essas lojas podem ser de propriedade de fabricantes de produtos renomados, como a Sony e a Fiat, ou de prestadores de serviços reconhecidos, como a PUC Virtual e a TAM.

Além disso, também podem ser operadas por varejistas comerciantes bem conhecidos, como a Renner e as Casas Bahia. Outra possibilidade é que sejam gerenciadas por pessoas físicas que atuam como empresários individuais, comercializando produtos artesanais ou revendendo itens por meio de publicidade na Internet.

Todos os agentes mencionados são considerados fornecedores, sem exceção, de acordo com o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Portanto, o fato de operarem no ambiente virtual ou eletrônico não altera sua classificação, e eles estão sujeitos a todas as regras de responsabilidade, deveres e direitos estabelecidos pela legislação de proteção ao consumidor (MIRAGEM, 2019).

Conforme destacado por Costa (2021), uma loja virtual pode ser desenvolvida e mantida por um fornecedor que possui seu próprio provedor, e, nesse caso, o fornecedor é o único responsável pelos danos causados ao consumidor no comércio eletrônico, como é o caso da Americanas.com, por exemplo.

Em outra situação, o fornecedor pode ser responsável pelo desenvolvimento do software da loja virtual, bem como por todo o sistema de segurança e política de privacidade, porém terceiriza o serviço de hospedagem para um provedor (SOUZA, 2018).

Além disso, o fornecedor também pode contratar uma empresa especializada em desenvolvimento de software para comércio eletrônico, que será responsável por criar a loja virtual, fornecer toda a infraestrutura e sistemas necessários para a realização das transações eletrônicas (TEIXEIRA, 2016).

Nesses dois últimos cenários, a análise do caso concreto é essencial para determinar a responsabilidade de cada parte em caso de danos causados ao consumidor.

É necessário realizar uma análise do dano e estabelecer uma relação de causa e efeito, uma vez que a empresa de software é responsável solidariamente juntamente com o fornecedor pelos danos que o consumidor possa sofrer devido a falhas no sistema de segurança eletrônica de dados.

Por sua vez, nos estudos de Costa (2021) concentrou-se nas relações de consumo relacionadas ao uso de tecnologias disruptivas, com foco especial nas moedas virtuais. A autora discutiu os impactos dessas tecnologias no mercado e as consequentes questões legais que surgem no âmbito do Direito do Consumidor.

Ela ressaltou a importância de regulamentações adequadas para proteger os consumidores envolvidos nesse tipo de transação, considerando os riscos e desafios específicos apresentados pelas moedas virtuais.

Ambos os artigos revelaram a necessidade de atualização e adaptação das normas do Direito do Consumidor para lidar com os avanços tecnológicos e as transformações no mercado de consumo. A proteção do consumidor se torna ainda mais relevante em um ambiente virtual, onde surgem novos desafios e riscos.

A partir das análises realizadas nos artigos, foi possível perceber a importância de uma abordagem proativa e inovadora por parte dos legisladores e profissionais do Direito, a fim de garantir uma regulamentação eficaz e uma proteção adequada aos consumidores envolvidos nas relações de consumo virtuais.

É fundamental que o mercado eletrônico esteja ciente de que o consumidor é peça fundamental para sua própria existência, mais do que a estrutura e a inovação tecnológica dos meios utilizados para a negociação (COSTA, 2021).

Essa conscientização deve alcançar os fornecedores virtuais, seguindo a evolução do movimento de proteção ao consumidor que, como mencionado, superou as bases da produção industrial e do mercado capitalista ao valorizar o agente que impulsiona o mercado de consumo e, conseqüentemente, a economia: o consumidor (MIRAGEM, 2019).

O consumidor que realiza contratações por meio da Internet tem o amparo do instituto da responsabilidade civil, que garante a reparação de eventuais danos sofridos em decorrência da violação de um dever jurídico imposto ao fornecedor.

Em suma, os resultados obtidos por meio da análise desses artigos reforçam a importância de uma abordagem atualizada e abrangente no Direito do Consumidor, considerando as peculiaridades do comércio eletrônico e das tecnologias disruptivas. A proteção do consumidor é um aspecto fundamental para promover a confiança e a segurança nas relações de consumo virtuais, impulsionando o desenvolvimento do mercado digital de forma sustentável e equilibrada (COSTA, 2021).

Os outros três artigos examinados foram: "O uso da tecnologia da informação e a validade jurídica dos negócios realizados por crianças e adolescentes: uma análise das relações de consumo" de Tarcísio Teixeira (2016), "A necessidade do diálogo das fontes nas relações de consumo suscetíveis ao comércio eletrônico" de Roberto Wagner Marquesi, Isabela Cristina Sabo e Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo (2018), e "A proteção ao consumidor no âmbito do comércio eletrônico: uma análise à luz do princípio da vulnerabilidade" de Thaianie Almeida de Souza (2018).

A análise desses artigos proporcionou uma visão aprofundada sobre questões jurídicas pertinentes à proteção do consumidor no contexto do comércio eletrônico.

No artigo de Tarcísio Teixeira, é abordada a questão da validade jurídica dos negócios realizados por crianças e adolescentes por meio da tecnologia da informação. O autor discute os desafios relacionados à capacidade civil desses indivíduos e examina a legislação aplicável, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (TEIXEIRA, 2016).

A análise destaca a importância de se considerar a proteção desses consumidores em transações eletrônicas, bem como a necessidade de estabelecer limites e salvaguardas adequadas para garantir sua segurança e bem-estar.

Conforme destacado por Teixeira (2016), trata-se da "conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo em virtude das demandas da convivência social", ou seja, é uma ordem derivada de um sistema normativo que direciona a vontade dos indivíduos, estabelecendo obrigações para eles.

No artigo de Roberto Wagner Marquesi, Isabela Cristina Sabo e Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo, é abordada a necessidade do diálogo das fontes no contexto das relações de consumo envolvendo o comércio eletrônico. Os autores destacam a complexidade das relações estabelecidas nesse ambiente e argumentam que a regulação eficaz requer a

harmonização de diferentes fontes normativas, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e normas específicas do comércio eletrônico.

A análise enfatiza a importância de uma abordagem interdisciplinar e aberta para lidar com os desafios legais e promover a proteção do consumidor nesse contexto.

No artigo de Thaiane Almeida de Souza, é realizada uma análise da proteção ao consumidor no âmbito do comércio eletrônico sob a ótica do princípio da vulnerabilidade. A autora examina o conceito de vulnerabilidade do consumidor e sua aplicação no contexto das transações eletrônicas (SOUZA, 2018).

A análise destaca a importância de uma abordagem sensível às desigualdades inerentes a essas relações, buscando garantir a proteção adequada dos consumidores em face dos riscos e desafios específicos do comércio eletrônico.

Os resultados obtidos por meio da análise desses artigos evidenciam a complexidade e a importância da proteção do consumidor no contexto do comércio eletrônico. A capacidade civil dos consumidores mais jovens, a necessidade de diálogo entre fontes normativas e a aplicação do princípio da vulnerabilidade são aspectos-chave a serem considerados para garantir uma proteção efetiva dos consumidores nas relações de consumo virtuais (MARQUESI et al, 2018).

Antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (1990), a responsabilidade civil do fornecedor era baseada na teoria subjetiva, ou seja, exigia a comprovação de culpa e do nexo de causalidade entre a conduta negligente e o dano, sendo regulada pelo artigo 159 do Código Civil de 1916.

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor, seguindo a tendência da legislação consumerista moderna da época, adotou uma abordagem diferente ao estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor. De acordo com essa abordagem, o fornecedor - cujo conceito abrange todos aqueles que oferecem produtos ou serviços de forma habitual, mediante remuneração - é responsável, independentemente de culpa, pelos danos sofridos pelos consumidores no mercado de consumo (MARQUESI et al, 2018).

Entretanto, é importante destacar a exceção aplicável aos profissionais liberais, conforme estabelecido no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), onde sua responsabilidade está sujeita à comprovação de culpa. Além disso, é fundamental ressaltar que o consumidor precisa apresentar evidências que demonstrem o vínculo entre a causa e o dano, a fim de atribuir a responsabilidade ao fornecedor e, conseqüentemente, estabelecer a obrigação de indenizar.

É perceptível que o Direito do Consumidor foi estabelecido com o propósito de eliminar qualquer forma de desigualdade nas relações de consumo, especialmente após a Revolução Industrial, que resultou em um aumento significativo na produção em massa (SOUZA, 2018).

Como resultado desse contexto, surgiram diversas modalidades contratuais, como os contratos de massa e os contratos de adesão. De acordo com Teixeira (2016), o ideal individualista e liberal da época era contrário aos interesses do consumidor, constituindo uma barreira à proteção de seus direitos (MARQUESI, 2018).

No Código Civil, é estabelecido o princípio da função social dos contratos, que determina que todas as contratações devem ser realizadas dentro dos limites desse princípio. Essa disposição legal busca garantir que os contratos atendam aos interesses coletivos e promovam uma relação equilibrada entre as partes envolvidas.

Nesse sentido, o contrato adquire um significado social de utilidade para a sociedade como um todo, deixando de ser visto como uma questão puramente individual. Com essa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor apresenta diversas cláusulas inseridas nos contratos que podem ser consideradas abusivas, sendo tais cláusulas nulas de pleno direito.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, foi estabelecida a responsabilidade objetiva, transferindo os riscos da atividade de consumo do consumidor para o fornecedor. Portanto, qualquer defeito ou problema decorrente de um produto ou serviço que não atenda às condições necessárias é de responsabilidade exclusiva do fornecedor do produto (SOUZA, 2018).

São múltiplos os encargos impostos aos fornecedores, incluindo a prestação adequada de serviços, o funcionamento adequado dos produtos e, acima de tudo, a sua origem. O princípio da boa-fé e o dever de informar representam um avanço nesse sentido (TEIXEIRA, 2016).

Ao conferir importância às informações fornecidas no ambiente virtual, é essencial que haja equilíbrio entre as partes envolvidas na relação de consumo. O objetivo primordial do Código de Defesa do Consumidor consiste em estabelecer um equilíbrio nas relações de consumo, garantindo a proteção dos consumidores, tendo em vista a sua vulnerabilidade.

Portanto, é plausível afirmar que o consumidor que opta por realizar suas compras pela Internet está amparado pelo Código de Defesa do Consumidor, o que implica que o comércio eletrônico deve oferecer a mesma segurança que uma compra realizada em uma loja física.

Sintetizando as informações apresentadas, o estudo de Tarcísio Teixeira (2016) destaca a necessidade de uma abordagem diferenciada para crianças e adolescentes que realizam negócios por meio da tecnologia da informação. A capacidade civil desses indivíduos é um ponto crucial a ser considerado, e a legislação deve estabelecer limites e medidas de proteção adequadas para evitar abusos e garantir sua segurança jurídica (TEIXEIRA, 2016).

Por sua vez, o artigo de Roberto Wagner Marquesi, Isabela Cristina Sabo e Ana Paula Ruiz Silveira Lêdo ressalta a importância do diálogo entre diferentes fontes normativas no contexto do comércio eletrônico (MARQUESI et al, 2018).

As relações estabelecidas nesse ambiente são complexas e exigem uma abordagem interdisciplinar, que considere não apenas o Código de Defesa do Consumidor, mas também o Código Civil e normas específicas do comércio eletrônico. Essa integração normativa é fundamental para garantir uma regulação eficaz e abrangente, que proteja adequadamente os consumidores nesse ambiente virtual (MARQUESI et al, 2018).

Por fim, o artigo de Thaianne Almeida de Souza (2018) destaca a aplicação do princípio da vulnerabilidade como um instrumento fundamental para proteger os consumidores nas transações de comércio eletrônico. O contexto virtual apresenta riscos e desafios específicos, como fraudes, privacidade e segurança dos dados.

Portanto, é essencial adotar uma abordagem sensível às desigualdades e vulnerabilidades dos consumidores, buscando equilibrar o poder nas relações de consumo e garantir que suas necessidades e direitos sejam adequadamente protegidos (SOUZA, 2018).

À luz de todas as considerações apresentadas, podemos concluir que o comércio realizado no ambiente virtual abarca diversas áreas do direito, como o Direito Civil, Comercial, do Consumidor, Internacional e Processual Civil, entre outros. Dessa forma, todas as leis nacionais garantem uma proteção ao consumidor, independentemente do âmbito em que esteja inserido.

É imprescindível que o fornecedor adote uma postura transparente e transmita confiança ao consumidor, uma vez que a transparência facilita o processo de venda.

No entanto, muitos comerciantes virtuais deixam a desejar nesse aspecto, seja por não quererem divulgar valores ou por fornecerem informações incompletas. Nesse contexto, observa-se que os direitos do consumidor têm avançado significativamente ao longo do tempo, acompanhando as transformações do mercado e as formas de

comercialização, o que proporciona uma maior segurança jurídica tanto para o consumidor quanto para o fornecedor (SOUZA, 2018).

Desse modo, o fornecedor passa a ter a responsabilidade legal sobre o produto ou serviço oferecido, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela legislação vigente.

Em suma, os resultados desses estudos evidenciam a importância de abordar de forma abrangente e multidisciplinar a proteção do consumidor nas relações de consumo virtuais. É necessário considerar a capacidade civil dos consumidores mais jovens, promover o diálogo entre diferentes fontes normativas e aplicar o princípio da vulnerabilidade para garantir uma proteção efetiva e adequada aos consumidores nesse novo contexto tecnológico (SOUZA, 2018).

Esses resultados contribuem para a compreensão e aprimoramento do Direito do Consumidor nas relações de consumo virtuais, fornecendo diretrizes para o desenvolvimento de políticas e regulamentações que visem proteger os direitos e interesses dos consumidores nesse ambiente em constante evolução.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa abordou o tema do Direito do Consumidor nas relações de consumo virtuais, analisando os principais aspectos legais e os desafios enfrentados nesse contexto. Ao longo do estudo, foi possível constatar a importância da proteção do consumidor nesse ambiente virtual, onde as transações comerciais ocorrem de forma cada vez mais frequente.

Verificou-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) desempenha um papel fundamental na garantia dos direitos do consumidor no comércio eletrônico. O CDC estabelece uma série de direitos e deveres tanto para os fornecedores quanto para os consumidores, visando equilibrar as relações de consumo e assegurar a proteção dos consumidores.

Um dos pontos destacados foi a responsabilidade objetiva dos fornecedores, ou seja, a transferência dos riscos do consumo para eles. Isso significa que o fornecedor é responsável pelos danos causados ao consumidor, mesmo na ausência de culpa, quando o produto ou serviço não atende às condições adequadas. Além disso, ressaltou-se a importância da transparência e da informação adequada ao consumidor. Os comerciantes virtuais devem ser transparentes em relação aos valores, características e condições dos produtos ou serviços oferecidos. A falta de transparência pode gerar desconfiança e prejudicar a relação de consumo (SOUZA, 2018).

Concluiu-se, portanto, que o Direito do Consumidor evoluiu de forma significativa para acompanhar o avanço tecnológico e as transformações do mercado, abrangendo as

relações de consumo virtuais. A proteção do consumidor é essencial para garantir sua segurança e confiança nesse ambiente, onde as transações ocorrem de maneira rápida e globalizada.

Diante disso, é imprescindível que os consumidores conheçam seus direitos e exijam seu cumprimento, bem como que os fornecedores atuem de forma ética, transparente e responsável. Somente dessa forma será possível construir um ambiente virtual seguro, equilibrado e propício para o desenvolvimento das relações de consumo virtuais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Paula. **Contratos Eletrônicos: Estudo Comparado do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro e do Código Civil Português**. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 maio 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 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

COSTA, Paula Martins da Silva. **A proteção nas relações de consumo decorrentes de uso de tecnologias disruptivas em moedas virtuais**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 118, p. 107-140, jul./ago. 2021.

MARQUESI, Roberto Wagner; SABO, Isabela Cristina; LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **A necessidade do diálogo das fontes nas relações de consumo suscetíveis ao comércio eletrônico**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 108, p. 133-160, jan./fev. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 103, p. 11-46, jan./fev. 2019.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Thaiane Almeida de. **A proteção ao consumidor no âmbito do comércio eletrônico: uma análise à luz do princípio da vulnerabilidade.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 119, p. 187-208, set./out. 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio. **O uso da tecnologia da informação e a validade jurídica dos negócios realizados por crianças e adolescentes: uma análise das relações de consumo.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 95, p. 49-72, set./out. 2016.

ASPECTOS JURÍDICO-TRABALHISTAS DO COMPETIDOR DE E-SPORTS NO BRASIL

BEATRIZ HORNES DE CARVALHO:
graduando em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis.

GUSTAVO BALDAN

orientador

RESUMO: O trabalho aborda de forma simples e objetiva a questão da possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício nos contratos de esporte eletrônico vigentes no Brasil. Tem como objetivo específico analisar os esportes eletrônicos e defender que é necessário o reconhecimento do vínculo de emprego nos contratos vigentes, dentro dos aspectos jurídico trabalhistas de *E-Sports*, contribuindo dessa forma com a consecução dos direitos fundamentais do *cyber-atleta*. A pesquisa realizada é de revisão bibliográfica, por meio da análise de doutrina e jurisprudências atuais sobre o tema. Além da pesquisa bibliográfica e descritiva, foi feito um estudo comparado para demonstrar a evolução legislativa de outros países acerca dos *cyber-atletas* no âmbito desportivo. Por fim, conclui-se que embora o ordenamento jurídico brasileiro seja omissivo quanto ao tema, é possível o reconhecimento dos esportes eletrônicos como desporto na modalidade de rendimento e profissional, bem como o reconhecimento do vínculo de emprego dos atletas profissionais de esporte eletrônico, nos termos dos artigos 2 e 3 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Palavras-chave: E-sports. Eletrônico. Cyber-atleta. Jurídico-trabalhistas.

ABSTRACT: The work addresses in a simple and objective way the question of the possibility of recognition of the employment relationship in electronic sports contracts in force in Brazil. Its specific objective is to analyze electronic sports and argue that it is necessary to recognize the employment relationship in current contracts, within the labor legal aspects of E-Sports, thus confident with the achievement of the fundamental rights of the cyber-athlete. The research carried out is a bibliographical review, through the analysis of current doctrine and jurisprudence on the subject. In addition to the bibliographical and descriptive research, a comparative study was carried out to demonstrate the legislative evolution of other countries regarding cyber-athletes in the sports field. Finally, it is concluded that although the Brazilian legal system is silent on the subject, it is possible to recognize electronic sports as a sport in the income and professional modality, as well as the recognition of the employment relationship of professional athletes in electronic sports, in the terms of articles 2 and 3 of the Consolidation of Labor Laws.

Keywords: E-sports. Electronic. Cyber-athlete. Legal-labor.

1 INTRODUÇÃO

Em 1961 o Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) recebeu em suas instalações o mais tecnológico computador da época, conhecido como PDP-1 (*Programmed Data Processor-1*), foi então que Steve Russel criou o *Spacewar*, um aparelho que simulava batalha espacial entre naves. Só não foi considerado o primeiro jogo da história porque anos antes, em 1958, o físico americano Willy Higinbotham criou o *Tennis for Two*, um jogo que media sinais eletrônicos e simulava partidas de tênis. Contudo, quem hoje é considerado como "pai dos videogames", é o alemão refugiado nos Estados Unidos, Ralf Baer, que inventou o primeiro jogo a ser conectado diretamente em um aparelho de televisão, através de um console capaz de rodar diferentes tipos de jogos.

Décadas se passaram e o sucesso dos jogos eletrônicos só se expandiu, tornando-se um dos responsáveis pela interculturalidade do mundo. Em consequência disso, a tecnologia se mostrou ser um grande obstáculo para a criação de mais jogos e conteúdos inovadores, foi então necessário grandes investimentos em desenvolvimento tecnológico para satisfazer a nova demanda.

Os jogos eletrônicos que antes eram vistos como lazer, desencadearam o surgimento de um mercado de esportes eletrônicos, mais conhecido como *e-Sports*. Uma modalidade que atrai públicos gigantes para competições em jogos no qual os jogadores profissionais atuam como verdadeiros atletas e são vistos por audiências *onlines* ou presenciais, através de plataformas de televisão ou *stream online*. Esse mercado cresce exponencialmente e tais competições pedem a criação de equipes de jogadores do mais alto nível, que competem em eventos nacionais e internacionais por prêmios milionários.

Entretanto, mesmo com os avanços e as competições assumindo novos patamares de disputa, ainda não há uma definição certa sobre o reconhecimento do *e-Sports* como de fato, um esporte. Muito menos dos profissionais que compõem os times. No mundo, alguns países já regulamentaram a profissão, como no caso da Coreia do Sul e da China (FURTADO, 2017).

No Brasil a modalidade ainda necessita da atuação da área jurídica do Ministério do Esporte, ainda que projetos de lei com proposta para definir a categoria já estejam em andamento. E por isso, os jogadores profissionais vivem, portanto, em uma área escura sob a lei brasileira, com problemas contínuos de relações trabalhistas.

Partindo da acima descrita, torna-se necessário analisar e buscar entender como o Direito do Trabalho se adapta em relação às mudanças que surgem, com as novas

tecnologias e campos que o videogame abrangeu para esses novos atletas profissionais (FURTADO, 2017).

Neste trabalho, será analisada a Lei nº 9.615/98 que institui normas gerais sobre esporte e dá outras providências, com objetivo de demonstrar que os esportes eletrônicos se enquadram nos requisitos necessários para serem considerados como profissionais, demonstrando os benefícios decorrentes dos contratos especiais trabalhistas de esportista profissional.

O objetivo deste trabalho é apresentar um panorama geral da abrangência dos e-Sports no mundo, discutindo os problemas enfrentados desde o contexto histórico até o cenário jurídico-trabalhistas como uma nova modalidade em expansivo crescimento e ótima oportunidade de investimento que cresce de forma abrangente.

Em termos de procedimentos de pesquisa, este trabalho pode ser classificado como pesquisa bibliográfica. Gil (2008) defende que a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

A abordagem é quantitativa, uma vez que serão tratados e analisados os dados coletados na forma de valores de investimentos realizados na área de *E-sports*, além dos resultados financeiros da área.

Para Marconi e Lakatos (2017) a abordagem quantitativa se apoia em um modelo de conhecimento chamado positivista, em que prevalece a preocupação estatístico-matemática e tem a pretensão de ter acesso racional à essência dos objetos e fenômenos examinados.

Assim, considerando que cada vez mais atletas profissionais de *E-sports* são contratados para representar uma equipe, organização ou entidade esportiva, em torneios nacionais e internacionais, mediante renumeração e diante da existência de problemas decorrentes da falta de regulamentação e da relação contratual dos atletas profissionais eletrônicos, o presente artigo objetivou refletir sobre a possibilidade de enquadramento do esporte eletrônico como uma modalidade esportiva de rendimento profissional legislada pela Lei nº 9.615/98, bem como o reconhecimento do vínculo empregatício decorrente do contrato pactuado com esses atletas, que por sua vez, em regra, é fraudado através da determinação de relação de natureza jurídica cível.

2 CONCEITO DE ESPORTE

No geral, o esporte é uma atividade física que envolve a competição entre indivíduos ou equipes, com o objetivo de alcançar uma meta ou um resultado específico.

Os esportes podem ser praticados por lazer, recreação ou competição, e existem em diversas modalidades e disciplinas, como futebol, basquete, vôlei, tênis, natação, entre outros. Alguns esportes também podem incluir componentes artísticos ou culturais, como a ginástica rítmica e patinação artística.

Além disso, o esporte pode ter uma dimensão social importante, promovendo a inclusão e a integração de pessoas de diferentes idades, gêneros, culturas e origens socioeconômicas. Também pode contribuir para a melhoria da saúde física e mental, o desenvolvimento de habilidades e competências, e o fortalecimento de valores como o respeito, a cooperação, a disciplina e a ética.

Em resumo, o esporte é uma atividade física que pode ser praticada por lazer ou competição, envolvendo a busca por um objetivo específico e podendo ter um impacto social significativo.

Mas, dentro do contexto abordado neste artigo, é necessário entender o que transforma uma atividade em esporte para definir em que categoria se enquadram os e-Sports.

Segundo o Dicionário Michaelis Online, é:

Prática metódica de exercícios físicos visando o lazer e o condicionamento do corpo e da saúde; desporte, desporto. O conjunto das atividades físicas ou de jogos que exigem habilidade, que obedecem a regras específicas e que são praticados individualmente ou em equipe; desporte, desporto. Cada uma dessas atividades; desporte, desporto (MICHAELIS, 2019, online, não paginado).

No artigo "O que é esporte?" de Valdir Barbanti, baseando-se em conceitos sociológicos, com a intenção de distinguir qualquer brincadeira de recreio de esporte, Barbanti define esporte como:

Esporte é uma atividade competitiva institucionalizada que envolve esforço físico vigoroso ou o uso de habilidades motoras relativamente complexas, por indivíduos, cuja participação é motivada por uma combinação de fatores intrínsecos e extrínsecos. (VALDIR BARBANTI, 2006, p.57).

Sob outra perspectiva, Víctor Andrade De Melo explica que o mais importante na definição do conceito de esporte não é sua origem ou a precisão de seus elementos, mas a definição em cada momento histórico:

A palavra se manteve, os conceitos foram-se alterando, até que se conformou o que chamamos de esporte moderno. Os conceitos seguiram-se modificando, surgiram mesmo neologismos (ou adendos como esportes de quadra, esportes náuticos, esportes de natureza, esportes radicais). O esforço a ser entabulado, portanto, não é o de buscar as origens, mas sim situar de que momento estamos falando, a partir da compreensão de que nesse percurso, que atendeu em cada Instante a condições históricas específicas, os conceitos carregam marcas da continuidade e da ruptura. (MELO, 2010, p.52).

2.1 Conceito de E-sport

Com o desenvolvimento das tecnologias, incluindo o desenvolvimento de consoles, computadores e smartphones, pode-se concluir que os jogos eletrônicos passaram a fazer parte da vida humana, com esse crescimento surgiram os *e-sports*.

E-sport, ou esporte eletrônico, é uma modalidade de competição de jogos eletrônicos em que jogadores individuais ou equipes se enfrentam em partidas virtuais. Assim como nos esportes tradicionais, há regras e objetivos claros, além de uma comunidade de jogadores e torcedores. Os jogos eletrônicos utilizados nas competições de *e-sport* podem ser variados, desde jogos de tiro em primeira pessoa até jogos de estratégia em tempo real. Os competidores de *e-sport* também são conhecidos como *cyber-atletas*, e podem ganhar dinheiro e patrocínios por sua habilidade e sucesso nas competições.

Segundo Furtado (2017), na Coreia do Sul, está sendo construindo um estádio apenas para a realização de jogos eletrônicos, e já reconhecem os jogos eletrônicos como esporte olímpico, assim, os jogadores já estão perto do estrelato alcançados pelos craques do futebol ou NBA.

Este crescimento e investimento na área tornou-se grande as chances de lucro, entretanto, não há tanta revista sobre leis e aspectos jurídicos nessa área. Furtado (2017) afirma que o mercado de games no Brasil, atualmente, movimenta R\$ 1 bilhão e o e-Sports está em expansão.

Mesmo com a ascensão dos esportes digitais, o Brasil ainda enfrenta muitos problemas, tanto em termos de entraves políticos, de jogos como esporte, quanto de obstáculos legais. Isso porque muitas pessoas ainda não os reconhecem como uma modalidade de esporte. Aqueles que não os reconhecem, afirmam que nos *e-Sports* as dimensões físicas, psicológicas e motoras dos atletas não são tão relevantes como no futebol, vôlei, etc. Diferentemente da Coreia do Sul, que já reconhece os *e-Sports* como jogos olímpicos (FURTADO, 2017).

Muitas pessoas desconhecem o tanto que esse cenário já cresceu nos últimos anos, com cada vez mais pessoas assistindo, participando (jogando) e investindo nos *e-Sports*. Já faz tempo que esses jogos digitais, deixaram de ser somente “jogos de criança”, para ser tornarem uma modalidade de esporte, com equipes formadas com nutricionistas, psicólogos e preparadores físicos, onde muitas pessoas participam com premiações às vezes maiores que alguns esportes mais antigos (FURTADO, 2017).

3 ROTINA DE UM *CYBER-ATLETA*

Um *cyber-atleta*, também conhecido como jogador profissional de esportes eletrônicos ou *e-Sports*, é um indivíduo que se dedica a competir em jogos eletrônicos em nível profissional. Assim como os atletas tradicionais, os *cyber-atletas* treinam intensamente, participam de competições e representam equipes e patrocinadores em eventos nacionais e internacionais.

Os *cyber-atletas* podem jogar uma variedade de jogos eletrônicos competitivos e precisam ter habilidades específicas, como reflexos rápidos, pensamento estratégico, coordenação motora e capacidade de trabalhar em equipe.

Embora existam bilhões de pessoas jogando videogames, apenas nove mil são jogadores profissionais (*cyber-atleta*). Os *cyber-atleta* precisam balancear suas capacidades motoras de alta precisão com planejamento e profundo conhecimento das regras dos jogos nos quais estão participando.

Portanto, não é incomum que os *cyber-atleta* precisem de ajuda psicológica devido a extensas rotinas e extrema pressão para ter resultados rápidos esperados.

O desgaste da rotina é tanto que o staff da Keyd buscou a ajuda de João Ricardo Cozac, psicólogo especializado na área esportiva. Segundo o “professor”, como é chama do eSports é tão grande, senão maior, em comparação a outras modalidades esportivas. “Existe um paradoxo. O pessoal não consegue ver o eSports com o profissionalismo que ele exige, mas é uma das modalidades que mais se treina no mundo. Qual é o esporte que um atleta treina 12, 13

horas diárias? Então a exigência psicológica é gigante e a resiliência tem que estar sempre presente. do por todos na casa, o nível de exigência psicológica no mundo. (LEITE; VARELA, 2018, online, não paginado).

O isolamento social e a separação da família são fatores críticos que afetam negativamente os *cyber-atletas*. Geralmente, existem dois cenários para essa situação. O primeiro é quando o atleta permanece em casa e realiza todas as suas atividades online. O segundo cenário é quando os jogadores participam de "*gaming houses*" ou "*boot camps*", que são semelhantes aos centros de treinamento esportivo convencionais, onde os membros da equipe optam por morar e treinar juntos presencialmente por razões de facilidade (PERSICHETO, 2013).

Com todo o esforço investido, alguns *cyber-atletas* alcançam um status semelhante ao de celebridades, acumulando milhões de fãs e recebendo patrocínios devido à sua reputação e prestígio no mundo dos *e-Sports* (FURTADO, 2017). Esse modelo de monetização é semelhante ao utilizado no futebol, onde os jogadores profissionais também assinam contratos milionários e se tornam porta-vozes de marcas relacionadas, atuando como influenciadores e recebendo produtos para compartilhar com seus fãs e seguidores.

As *gaming houses* também funcionam de maneira semelhante aos centros de treinamento esportivo convencionais, abrigando e treinando novos talentos, além de contar com patrocínios exclusivos para os *cyber-atletas*. A diferença mais significativa entre os dois ambientes é o *streaming*, que permite a transmissão ao vivo pela internet das partidas oficiais e casuais, além de outras atividades. Atualmente, também é possível encontrar canais de TV por assinatura transmitindo campeonatos de *e-Sports*.

Embora os *e-Sports* possam proporcionar uma rápida ascensão socioeconômica, graças aos prêmios milionários, a rotina dos *cyber-atletas* pode ser bastante exigente e levar a problemas de saúde e aposentadorias precoces devido à dedicação de longas horas à mesma atividade. Apesar de muitas semelhanças com os esportes tradicionais, os *e-Sports* ainda são uma indústria em desenvolvimento, com muitas peculiaridades e desafios a serem enfrentados.

4 DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO NOS CONTRATOS DE ESPORTE ELETRÔNICO VIGENTES NO BRASIL

A questão do reconhecimento do vínculo empregatício nos contratos de esporte eletrônico no Brasil é um assunto controverso e ainda não está totalmente definida.

De acordo com a legislação trabalhista brasileira, a relação de trabalho é caracterizada por três elementos: pessoalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade.

- a) **Pessoalidade:** o trabalho deve ser realizado pelo empregado de forma pessoal, ou seja, ele não pode ser substituído por outra pessoa sem o consentimento do empregador.
- b) **Subordinação:** o empregado deve estar subordinado ao empregador, ou seja, deve receber ordens e instruções sobre como realizar suas atividades e estar sujeito ao poder disciplinar do empregador.
- c) **Onerosidade:** o empregado deve receber uma remuneração em troca do trabalho realizado.
- d) **Habitualidade:** o trabalho deve ser realizado de forma habitual, ou seja, não pode ser eventual ou esporádico.

Se esses requisitos estiverem presentes na relação entre as partes, é possível configurar o vínculo empregatício. É importante lembrar que cada caso deve ser analisado individualmente, levando em consideração as particularidades da relação entre empregado e empregador.

No caso do contrato de esporte eletrônico preencher esses requisitos, então é possível que seja considerado um vínculo empregatício.

O artigo 2º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) estabelece que se considera empregador toda pessoa física ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Já o artigo 3º da mesma lei define que empregado é toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

A natureza do trabalho nos esportes eletrônicos é bastante peculiar e pode não se adequar perfeitamente aos critérios estabelecidos pela legislação trabalhista. Por exemplo, é comum que os jogadores de esportes eletrônicos atuem como autônomos ou prestadores de serviços, o que pode afetar a análise da existência de um vínculo empregatício.

Além disso, ainda não existe uma jurisprudência consolidada sobre o tema no Brasil. É possível que, no futuro, os tribunais sejam chamados a se manifestar sobre casos específicos de contratos de esporte eletrônico para determinar se há ou não um vínculo empregatício.

Em resumo, a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício nos contratos de esporte eletrônico no Brasil depende da análise específica de cada caso, levando em consideração os critérios estabelecidos pela legislação trabalhista e as peculiaridades do trabalho nos esportes eletrônicos.

Contudo, na prática, os *cyber-atletas* firmam uma variabilidade contratos de prestações de serviços, que são mecanismos que deturpam a relação empregatícia fática, violando o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Helio Tadeu Brogna Coelho (2016, p.06) afirma:

Os “cyber-atletas” têm sido contratados por organizações esportivas ou patrocinadores, na prática, para participarem de times ou equipes competitivas, e a contratação é feita sob rubrica de “contrato de adesão e outras avenças”, sugerindo num primeiro momento a existência de uma singela relação civil de patrocínio. No entanto, também é verdade que o próprio instrumento estipula um rol importante de condições de trabalho que, por si só, não se traduz nas simples nomenclaturas do contrato. E isso porque os investidores (ou organizadores) brasileiros, importando o mesmo modelo de estratégia aplicada noutro países pioneiros do e-sport, passaram a exigir, no Brasil, o cumprimento de uma série de obrigações e metas do “cyber-atleta” mesmo sem observar que as condições peculiares dessas contratações podem vir a desbordar da lei nacional e implicar no reconhecimento de uma típica relação de emprego.

Portanto, por mais que a maioria dos contratos dos *cyber-atletas*, formalmente, se estabelecerem como prestação de serviços, contratos de propaganda ou similares que sejam inseridos na esfera civil, a atividade do *cyber-atleta* com os times de *e-Sports* no Brasil remete ao exercício de um contrato de emprego, possuindo todas os requisitos apresentados pelo artigo 3º da CLT, complementado pelas especificidades da Lei Pelé.

5 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE E-SPORTS

No Brasil, apesar de possuir um dos maiores públicos e jogadores de *e-Sports*, o país não é signatário da *International eSports Federation* (IeSF).

A *International eSports Federation* (IeSF) é uma organização internacional que tem como objetivo principal promover e desenvolver os *e-Sports* ao redor do mundo, além de regulamentar competições e eventos relacionados a jogos eletrônicos. A IeSF foi fundada em 2008 e conta com a participação de mais de 60 países, incluindo potências no cenário

de *e-Sports* como a Coreia do Sul e a China. A organização é responsável por eventos de grande porte, como o Campeonato Mundial de Esports da IeSF, e busca estabelecer padrões e normas para a realização de competições de *e-Sports* em todo o mundo.

Atualmente, não há uma legislação específica para os *e-Sports* no Brasil. No entanto, algumas iniciativas estão em andamento para regulamentar e reconhecer os *e-Sports* como modalidade esportiva no país.

O Projeto de Lei 205/23 define os *e-Sports* como modalidade esportiva para todos os efeitos legais. O projeto está atualmente em análise na Câmara dos Deputados e será distribuído para as comissões temáticas. (Cocctrone, 2023). Além disso, algumas entidades como a Confederação Brasileira de Esports (CBDEL) e a Associação Brasileira de Clubes de Esports (ABCDE) estão trabalhando para desenvolver e regulamentar o cenário de *e-Sports* no país.

É importante lembrar que projetos de lei são propostas legislativas apresentadas por parlamentares ou pelo poder executivo, que passam por diversas etapas de análise e discussão antes de se tornarem leis efetivas.

A Lei Pelé, oficialmente conhecida como Lei nº 9.615/1998, é uma lei brasileira que regulamenta a prática de atividades desportivas no país, incluindo a organização e o funcionamento de entidades esportivas, a profissionalização do esporte e a proteção aos direitos dos atletas. A lei foi batizada em homenagem ao ex-jogador de futebol brasileiro Edson Arantes do Nascimento, mais conhecido como Pelé.

Entre as principais disposições da Lei Pelé estão: a criação do Sistema Nacional do Desporto; a profissionalização do esporte no país, permitindo que atletas recebam remuneração por sua atividade esportiva; a regulamentação das relações de trabalho entre atletas e entidades desportivas, incluindo a figura do contrato de trabalho desportivo; a criação de mecanismos para proteção dos direitos de imagem e propriedade intelectual dos atletas; e a definição das competências das entidades desportivas e do poder público no âmbito do desporto no país.

A lei se refere à caracterização empregatícia da relação entre atletas profissionais e dos seus respectivos times, com a aplicação subsidiária da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

CONCLUSÃO

Com todo destaque que o *e-Sports* e seus campeonatos, bem como os atletas têm proporcionado, é pertinente a análise de seu enquadramento perante as normas do Direito do Trabalho. O mundo dos *e-Sports* está se tornando cada vez mais profissionalizado, com

equipes e organizações investindo em infraestrutura, treinamento e gestão de carreira para seus jogadores.

No entanto, assim como outros atletas profissionais, os *cyber-atletas* também enfrentam desafios como lesões, estresse e esgotamento mental devido à pressão constante para alcançar resultados e manter sua posição de destaque no cenário dos *e-Sports*.

Assim como explicitado durante esse trabalho, fica claro que os *cyber-atletas* possuem os requisitos necessários para o seu reconhecimento, perante a Lei Pelé, nº 9.615/98, como empregados do setor de esportes, de modo que exercem atividade de rendimento e que são remunerados por essa atividade. Como foi demonstrado, os *cyber-atleta* possuem todos os requisitos previstos pela CLT para a relação empregatícia: a personalidade, subordinação, habitualidade, onerosidade e serem pessoas físicas.

Dessa forma, conclui-se que as atividades desenvolvidas pelos *cyber-atletas* possuem os requisitos necessários para caracterizá-los como atletas profissionais, regulamentados pela Lei Pelé, e, subsidiariamente pela Consolidação das Leis de Trabalho.

Contudo, se faz necessário que o Brasil regulamente a questão do e-Sports o mais rápido possível, para se adequar à realidade do mercado e proporcionar segurança jurídica aos jogadores, times, patrocinadores e demais envolvidos no setor.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Makilim Nunes; CAMPOS, Dinael Corrêa de. **Metodologias pesquisa em ciências análise quantitativa e qualitativa**. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 Nov. 2022.

BARBANTI, Valdir. **O que é esporte?** Revista Brasileira de Atividade Física e Saúde. 2006. Disponível em <<http://rbafs.org.br/RBAFS/article/view/833/840>>. Acesso em: 02 Mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm>. Acesso em: 09 Nov. 2022.

EQUIPE HAWKON. **A História do e-Sports Mundial**. Academia Hawkon, 5 out. 2015. Disponível em: <<https://www.hawkongaming.com.br/single-post/2015/10/06/A-Hist%C3%B3ria-do-eSportsMundial>>. Acesso em: 07 Nov. 2022.

COCCETRONE, Gabriel. **Projeto de Lei reconhece eSports como modalidade esportiva**. 2023.

Disponível em: <<https://www.uol.com.br/esporte/colunas/lei-em-campo/2023/03/01/projeto-de-lei-reconhece-esports-como-modalidade-esportiva.htm>>. Acesso em: 07 Abr. 2023.

COELHO, Helio Tadeu Brogna. **E-Sport: os riscos nos contratos de Cyber-Atleta**. 2016.

Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/moacyrajunior/e-sport-os-riscos-nos-contratos-de-cyberatletas>>. Acesso em: 11 Abr. 2023.

FURTADO, Tatiana. **De nerds a ciberatletas**: o crescimento exponencial do e-sports. Mundo Gamer, 23 de abril de 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/esportes/de-nerds-ciberatletas-crescimento-exponencial-do-sports-21233721>>. Acesso em: 07 Nov. 2022.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

LEITE, Felipe; VARELLA, João. **Atletas de eSports encaram treinos de até 13 horas e distância da família**. 2018. Disponível em: <<https://www.gazetaesportiva.com/mais-esportes/atletas-de-esports-encaram-treinos-de-ate-13-horas-e-distancia-da-familia/>>. Acesso em: 15 Mar. 2023.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

MELO, Victor Andrade de. **For a conceptual history of sport: dialogue with Reinhart Koselleck**. Rev. Bras. Ciênc. Esporte (Impr.), Porto Alegre, v. 32, n. 1, p. 41-57, Setembro, 2010.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa**. 2019. Disponível em:

<<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/esporte/>>. Acesso em: 10 Mar. 2023.

PERSICHETO, Renata. **Campeões de League of Legends, brasileiros da CNB falam da rotina de treinos e das dificuldades de ser "eSportista" no Brasil**. Tecnoblog. 2013, s/p. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/especiais/campeoes-league-legends-cnb-rotina-de-treinos-dificuldades/>>. Acesso em: 23 Mar. 2023.

SANTANA, Marcos Corrêa. **Aplicabilidade das leis trabalhistas nos contratos de esporte eletrônico**. Repositório Institucional UFJF, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/6197>>. Acesso em: 10 Fev. 2023.

TAYLOR, T. L. **Raising the stakes: e-sports and the professionalization of computer gaming**. Cambridge, Mass: MIT Press, 2012.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS COMO NOVO PARÂMETRO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

RAPHAEL GONÇALVES AZEVEDO MOTTA:
Advogado. Pós-Graduação em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Fluminense – UNIFLU.142

RESUMO: Prefacialmente, o objeto do presente capítulo é analisar o processo de formação, incorporação e implementação dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como o *status* jurídico conferido pela Constituição Federal de 1988, inclusive abordando a evolução do tema no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Consigne-se que, a Carta Magna situa-se como marco jurídico de transição democrática no Brasil, tendo em vista o longo período de ditadura experimentado pelo País, de modo que a legislação anterior recepcionada, merece uma leitura constitucional e convencional ante hierarquia das normas jurídicas. Registre-se que, a República Federativa do Brasil possui como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sendo certo que nas suas relações internacionais adota como princípio a prevalência dos direitos humanos (art. 4, II), ademais, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), assim, segundo o posicionamento mais abalizado sobre o tema as normas internacionais de proteção dos direitos humanos são dotadas da mesma hierarquia e eficácia jurídica. Não obstante, a Carta Magna estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º), estabelecendo uma verdadeira cláusula de abertura para inclusão de novos direitos fundamentais como são os tratados internacionais de direitos humanos. Ademais, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com quórum qualificado são equivalentes às emendas constitucionais consoante a redação expressa (art. 5º, § 3º, CRFB), integrando o bloco de constitucionalidade formal e material, tal fato não restringe que os demais tratados internacionais de direitos humanos sejam dotados aplicabilidade imediata e constitucionalidade material ante o caráter de direito fundamental, na esteira da doutrina especializada. Com efeito, a internalização dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos possui aptidão para redefinir e reconstruir o direito interno, assim, incumbe aos operadores do direito um estudo mais aprofundado sobre os impactos nos diversos ramos jurídicos, devendo, por

142 E-mail: raphagamotta@hotmail.com

consequência, ocorrer um giro epistemológico dos demais ramos do direito como será explorado adiante.

Palavras-Chaves: Tratados Internacionais de Direitos Humanos – *Status* jurídico – Bloco de Constitucionalidade – Parâmetro de Compatibilidade das Normas Jurídicas

ABSTRACT: Preface, the object of this chapter is to analyze the process of formation, incorporation and implementation of international human rights treaties, as well as the legal status conferred by the Federal Constitution of 1988, including addressing the evolution of the theme within the scope of the jurisprudence of the Federal Supreme Court. It should be noted that the Magna Carta stands as a legal framework for the democratic transition in Brazil, in view of the long period of dictatorship experienced by the country, so that the previous legislation approved deserves a constitutional and conventional reading in view of the hierarchy of norms legal. It should be noted that the Federative Republic of Brazil has the dignity of the human person as its foundation (art. 1, III), given that in its international relations it adopts as a principle the prevalence of human rights (art. 4, II), in addition to , the norms that define fundamental rights and guarantees are immediately applicable (art. 5, § 1), thus, according to the most authoritative position on the subject, international norms for the protection of human rights are endowed with the same hierarchy and legal effectiveness. However, the Magna Carta establishes that the rights and guarantees expressed in the Constitution do not exclude others arising from the regime and principles adopted by it, or from international treaties to which the Federative Republic of Brazil is a party (art. 5, § 2), establishing a veritable opening clause for the inclusion of new fundamental rights such as international human rights treaties. Furthermore, the international treaties and conventions on human rights approved with a qualified quorum are equivalent to constitutional amendments according to the express wording (art. 5º, § 3º, CRFB), integrating the block of formal and material constitutionality, this fact does not restrict that the other international human rights treaties are endowed with immediate applicability and material constitutionality given the character of a fundamental right, in the wake of specialized doctrine. Indeed, the internalization of international instruments for the protection of human rights has the ability to redefine and rebuild domestic law, thus, it is up to law operators to carry out a more in-depth study of the impacts on the various legal branches, and, consequently, a shift must take place. epistemology of the other branches of law, as will be explored later.

Key-words: International Human Rights Treaties – Legal Status – Block of Constitutionality – Compatibility Parameter of Legal Norms

1.DA FORMAÇÃO E INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O estudo do procedimento de celebração dos tratados internacionais divide-se na fase internacional e interna, sendo aquela regulamentada nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, já para a fase interna necessário se faz analisar a disciplina constitucional de cada País signatário.

Nesse sentido, explica (Mazzuoli) o procedimento internacional, vejamos: “O estudo da processualística de celebração de tratados tem início com a análise do seu processo de formação, conclusão e entrada em vigor no âmbito internacional, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Trata-se de estudar os tratados sob o ponto de vista formal, examinando-se detalhadamente todas as fases de sua celebração e as implicações que tais fases têm na ordem jurídica interna dos Estados-partes. Não importa aqui perquirir qual o conteúdo (ou matéria) que versa o acordo, mas sim o procedimento pelo qual passa o instrumento celebrado, desde a sua conclusão até a sua entrada em vigor.” 143

Na mesma linha intelectual, disserta o supracitado autor quanto ao direito interno: “O problema relativo à matéria (ou conteúdo) de que versa o acordo leva à inconstitucionalidade intrínseca do tratado, sendo a sua solução problema do Direito Constitucional de cada Estado (cabendo frisar, porém, que nos termos do art. 27 da Convenção de Viena de 1969 sempre há de prevalecer a norma internacional sobre a interna); a questão relativa à forma (ou processualística) pode, por sua vez, levar à inconstitucionalidade extrínseca do acordo – e é problema do Direito Internacional Público – com várias consequências práticas, como a questão da habilitação para a celebração de tratados e eventual responsabilidade do Presidente da República por ter ratificado o acordo sem a anuência do Congresso Nacional, como se verá no momento oportuno.” 144

Ressalta-se, por oportuno, que a Convenção de Viena de 1969 prevê uma exceção de que as disposições do direito interno poderão ser opostas no procedimento internacional nos termos do art. 46, *ipsis litteris*: “Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para

143Mazzuoli, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público, 14ª Edição. Forense, 2021, p. 155, Disponível em: Minha Biblioteca.

144 Idem, 2021, p. 155.

qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé".¹⁴⁵

Como é sabido os tratados e as convenções internacionais são instrumentos de natureza solene, portanto devem respeitar o caminho procedimental previsto na Convenção de Viena e na Constituição Federal desde a sua celebração até a sua entrada em vigor, possuindo as seguintes etapas: a) formação e assinatura; b) aprovação parlamentar; c) ratificação ou adesão; e d) promulgação e publicação, sendo certo que a Convenção de Viena não se ocupou da fase interna de celebração do tratado.

Ante a clareza da exposição de Valerio Mazzuoli, cabe trazer à tona sobre o iter procedimental da celebração dos tratados: "São genericamente quatro as fases pelas quais têm de passar os tratados solenes até sua conclusão: a) a da formação do texto (negociações, adoção, autenticação) e assinatura; b) a da aprovação parlamentar (referendum) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado; c) a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca ou depósito dos instrumentos que a consubstanciam; e d) a da promulgação e publicação do texto convencional na imprensa oficial do Estado."¹⁴⁶

Nessa senda, cabe uma análise de cada uma das etapas supracitadas, tomando por base os ensinamentos de Flávia Piovesan: "Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo."¹⁴⁷

Ato contínuo, após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, passa-se a sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo, sendo o tratado aprovado por este poder, abre-se a oportunidade para o ato de ratificação do instrumento pelo Poder Executivo que se caracteriza como um ato de confirmação formal por parte do Estado, assim, com o aceite definitivo o Estado estará obrigado no plano internacional.

Consigne-se que, a Convenção de Viena estabelece que o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado poderá ser manifestado através dos seguintes atos:

145 BRASIL. Decreto-lei nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso: 13 de abril de 2023, às 15h e 20 min.

146 Idem, 2021, p. 156.

147 Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 20ª Edição. Saraiva Jur, 2022. p.43. Disponível em: Minha Biblioteca.

a) assinatura, b) troca dos instrumentos constitutivos do tratado, c) ratificação, d) aceitação, e) aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado (art. 11 da Convenção).

Por outro lado, o art. 14 da Convenção elenca as hipóteses em que a ratificação do tratado é necessária, não bastando, portanto, à assinatura para acarretar a obrigatoriedade no âmbito internacional e interno.

No que tange a ratificação, os ensinamentos de Flávia Piovesan: “A ratificação é, pois, ato necessário para que o tratado passe a ter obrigatoriedade no âmbito internacional e interno. Como etapa final, o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assuma a custódia do instrumento — por exemplo, na hipótese de um tratado das Nações Unidas, o instrumento de ratificação deve ser depositado na própria ONU; se o instrumento for do âmbito regional interamericano, deve ser depositado na OEA.”¹⁴⁸

Pois bem. Feito os devidos esclarecimentos sobre a disciplina no âmbito do Direito Internacional público, passa-se a investigação interdisciplinar tendo em vista que há interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos que será o desiderato do presente trabalho.

No Brasil, a Constituição de 1988 dispõe que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII), outrossim, é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I)

Observa-se que, o constituinte consagrou um modelo de conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos, sendo certo que os tratados internacionais de direitos humanos estão incluídos neste procedimento especial de aperfeiçoamento do instrumento no plano nacional.

Como bem esclarece Flávia Piovesan sobre a natureza jurídica de ato complexo, vejamos: “Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo. Considerando o histórico das Constituições anteriores, constata-se que, no Direito brasileiro, a conjugação

¹⁴⁸ Idem, 2022, p.43.

de vontades entre Executivo e Legislativo sempre se fez necessária para a conclusão de tratados internacionais.”¹⁴⁹

E, complementa (Piovesan): “Há, portanto, dois atos completamente distintos: a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo, e a ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação. Assim, celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos.”¹⁵⁰

Ainda, no que concerne ao procedimento constitucional de celebração dos tratados observa-se uma clara manifestação dos sistemas de freios e contrapesos, como destacado por Louis Henkin: “Com efeito, o poder de celebrar tratados — como é concebido e como de fato se opera — é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de ‘checks and balances’. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de ‘checks and balances’ talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência europeia”.¹⁵¹

Por outro lado, o processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito nacional é objeto de imenso debate no âmbito doutrinário, tendo em vista que a Carta Magna dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CRFB), assim, para um setor da doutrina a incorporação será automática no ato de ratificação do instrumento internacional, dispensando um ato jurídico complementar para a sua exigibilidade e implementação, em sentido contrário para outra corrente necessário se faz a sistemática da incorporação legislativa para reprodução e transformação por uma fonte interna para vigor no plano nacional.

Tal fato repercute no campo da implementação das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a depender da corrente adotada os particulares possuem direitos subjetivos desde a ratificação, podendo compelir o Estado a cumprir o instrumento internacional, nesse sentido, Flávia Piovesan disserta: “Em outras

¹⁴⁹Idem, 2022, p.43.

¹⁵⁰ Idem, 2022, p.43.

¹⁵¹HENKIN, Louis, *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*, p. 59. New York: Columbia University, 1990.

palavras, não será mais possível a sustentação da tese segundo a qual, com a ratificação, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advém a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.¹⁵²

E, na mesma linha intelectualiva continua a supracitada autora: “A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro — sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação — traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência.”¹⁵³

Conclui-se, pois, que a incorporação automática do tratado internacional de direitos humanos reflete a concepção monista do direito, tendo em vista que o Direito Internacional e Direito Interno compõe uma mesma unidade, ou seja, uma única ordem jurídica, não existindo limite entre as duas ordens, lado outro, a sistemática da incorporação legislativa concebe duas ordens jurídicas distintas, visto que será necessário a transformação da norma internacional em direito interno, refletindo a concepção dualista do direito, o que será explorado mais adiante na presente obra.

2. HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A Carta Magna de 1988 inaugura na história do constitucionalismo brasileiro uma extensa declaração de direitos, tendo em vista que no Título II preconiza que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 1º), estabelecendo uma cláusula aberta para novos direitos.

Nesse diapasão, o autor José Joaquim Gomes Canotilho ensina no mesmo sentido: “As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (‘estratégias internacionais’,

¹⁵² Idem, 2022, p.56.

¹⁵³ Idem, 2022, p.56.

'pressões concertadas') e de normas oriundas de outros 'centros' transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias ('associações internacionais', 'programas internacionais')".¹⁵⁴

Continua o mestre português dissertando sobre o tema: "A globalização internacional dos problemas ('direitos humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') aí está a demonstrar que, se a 'Constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (hard law), ou mais ou menos flexíveis (soft law), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas' ('cidade mundo', 'europa comunitária', 'casa europeia', 'unidade africana')." ¹⁵⁵

Hodiernamente, há imenso debate no meio doutrinário sobre a influência recíproca do direito constitucional com o direito internacional, haja vista o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil no plano interno (art. 1º, CF), estabelecendo como princípios regentes nas suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II e IX, CF).

Nessa linha intelectual, o renomado constitucionalista (Canotilho) se manifesta, nos seguintes termos: "Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno."¹⁵⁶

Insta salientar que, na doutrina nacional Flávia Piovesan entende que os tratados internacionais de direitos humanos mesmo que não sejam internalizados com observância do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB, de igual sorte possuem hierarquia constitucional de natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais ante a cláusula aberta inculpada no art. 5º, § 2º e, caso seja adotado o rito das emendas constitucionais também formalmente constitucional.

¹⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, p.18. 6ª Edição. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

¹⁵⁵ Idem, 1993, p.18

¹⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p.1217. Livraria Almeida, 1998.

A supracitada autora cria uma nova classificação dos direitos previstos na constituição, vejamos: "Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição)."¹⁵⁷

Nessa ordem de ideias, tal interpretação da renomada autora encontra-se suporte no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, princípio da força normativa da constituição e da ótima concretização da norma, os referidos princípios são bem trabalhados no âmbito do direito constitucional, por isso passo a destacar os apontamentos carreados na obra considerando a hierarquia de norma constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Assim, (Piovesan) corrobora o seu argumento com o posicionamento do mestre português no mesmo sentido: "A paridade hierárquico-normativa, ou seja, o valor legislativo ordinário das convenções internacionais deve rejeitar-se pelo menos nos casos de convenções de conteúdo materialmente constitucional (exs.: Convenção Europeia de Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)"¹⁵⁸.

Feitas as devidas digressões, passa-se a analisar a evolução sobre o tema na doutrina doméstica, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, assim, relevante notar que na doutrina de direito internacional seguida no País sustentava o caráter supralegal dos tratados tradicionais, haja vista o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual o Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado com supedâneo no *pacta sunt servanda* e da boa-fé.

Após, no emblemático julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 no idos de 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, possibilitando a revogação da norma anterior no caso um tratado por lei federal posterior, tal posicionamento foi muito criticado devido ao retrocesso na matéria.

Na doutrina pátria Flávia Piovesan aborda em sua obra a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais, vejamos: "Vale

¹⁵⁷Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 20ª Edição. Saraiva Jur, 2022. p.45. Disponível em: Minha Biblioteca.

¹⁵⁸Idem, 2022, p.46

realçar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: a) o entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) a decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) a decisão do Habeas Corpus n. 72.131, em 1995, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) a decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da suprallegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a majoritária". 159

Neste diapasão, cabe destacar à decisão do Supremo Tribunal Federal exarada no HC n. 123.246, em 15 de janeiro de 2009, a despeito da prisão civil de depositário infiel, na qual a razão de decidir foi no sentido de que diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, haja vista o caráter suprallegal dos referidos tratados internacionais.

Depreende-se que, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, a saber: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infra-constitucional, mas suprallegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Registre-se que, o doutrinador Valerio Mazzuoli acolhe o mesmo posicionamento quanto a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos: "Assim, o que se quer dizer é que o regime material (menos amplo) dos tratados de direitos humanos não pode ser confundido com o regime formal (mais amplo) que esses mesmos tratados podem ter, se aprovados pela maioria qualificada estabelecida no art. 5.º, § 3.º. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado pretendeu dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm status de norma constitucional, nos termos do § 2.º do art. 5.º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser equivalentes às

159Idem, 2022, p.52

emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quórum do § 3.º do art. 5.º da Constituição.¹⁶⁰

Filio-me ao entendimento de que os tratados de direitos humanos independente do quórum de sua aprovação são normas materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade ante a cláusula de abertura constitucional (art. 5º, § 2º, CRFB), possuindo aplicação imediata como normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, CRFB), independente da internalização ser anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004 e do processo legislativo especial.

3. A TESE DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

De início, cumpre destacar que o bloco de constitucionalidade consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, não restringindo as normas constantes do seu texto, assim, propõe a abertura da constituição.

No Direito Comparado, observa-se que o instituto surgiu na França segundo a doutrina mais abalizada no tema: “o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão n. 71-44 DC, de 16-7-1971, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa e foi agregada remissão à Carta do Meio Ambiente (Charte de l’environment), todos agora fazendo parte do bloco de constitucionalidade.¹⁶¹

No Brasil a doutrina divide o bloco de constitucionalidade em amplo e restrito, sendo certo que o primeiro estabelece que os tratados de direitos humanos são equivalentes à norma constitucional independente da adoção de procedimento diferenciado ante a cláusula de abertura prevista na redação originária da Constituição Federal, notadamente no art. 5º, § 2º, da CRFB, nesse sentido, Flavia Piovesan, André de Carvalho Ramos e Valerio Mazzuoli, sendo esta corrente minoritária. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento no sentido de conferir tão somente aos tratados de direitos humanos aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, introduzido pela

¹⁶⁰Mazzuoli, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público, 14ª Edição. Forense, 2021, p. 184, Disponível em: Minha Biblioteca.

¹⁶¹Ramos, André de C. Curso de Direitos Humanos, 9ª Edição. Saraiva Jur, 2022. p. 317, Disponível em: Minha Biblioteca.

Emenda Constitucional n. 45/2004, assim, adotando o modelo de bloco de constitucionalidade restrito.

Um novo parâmetro de referência se impõe as normas de hierarquia constitucional, como bem sistematiza André de Carvalho Ramos: “A filtragem constitucional do ordenamento, ou seja, a exigência de coerência de todo o ordenamento aos valores da Constituição passa a contar também com o filtro internacionalista oriundo dos valores existentes nesses tratados aprovados pelo rito especial. Consequentemente, as normas paramétricas de confronto no controle de constitucionalidade devem levar em consideração não só a Constituição, mas também os tratados celebrados pelo rito especial. Portanto, cabe acionar o controle abstrato e difuso de constitucionalidade, em todas as suas modalidades, para fazer valer as normas previstas nesses tratados.¹⁶²”

No País os dois primeiros tratados que foram aprovados de acordo com esse rito foram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo que confere o sistema de petição às vítimas de violação dos direitos previsto na Convenção ao Comitê, sendo certo que só através do Decreto Presidencial n. 6.949 de 25 de agosto de 2009 os textos foram promulgados no âmbito interno.

Após, no ano 2015 foi aprovado no Congresso Nacional o “Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto Impresso”, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI),

Por fim, o quarto tratado aprovado pelo rito especial do art. 5º, § 3º, foi a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, sendo que o Decreto nº 10.932 de 10 de janeiro de 2022 promulgou na ordem interna, desse modo, os referidos instrumentos internacionais integram o bloco de constitucionalidade, sendo, portanto, parâmetro para o controle de constitucionalidade das normas, bem como fonte para interpretação do ordenamento jurídico.

4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE MATRIZ INTERNACIONAL E NACIONAL

Pois bem. Feito as devidas digressões a despeito do bloco de constitucionalidade, passa-se a examinar o tema correlato denominado pela doutrina de controle de convencionalidade que poderá ter matriz internacional exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos denominado autêntico ou definitivo e de matriz nacional conhecido

¹⁶²Idem, 2022, p.318

como provisório ou preliminar, sendo este realizado na modalidade concentrado tão somente pelo Supremo Tribunal Federal e difuso exercido por qualquer Juiz ou Tribunal.

No sistema interamericano de direitos humanos a teoria do controle de convencionalidade apareceu num primeiro precedente junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos que foi no Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, conforme trecho da sentença retirado da obra de Valerio Mazzuoli, vejamos:

“A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.”¹⁶³

Cabe trazer à baila a definição precisa de André de Carvalho Ramos: “O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Esse controle pode ter efeito negativo ou positivo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, resultando no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), resultando em um controle construtivo de convencionalidade”.¹⁶⁴

¹⁶³Mazzuoli, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público, 14ª Edição. Forense, 2021, p. 205, Disponível em: Minha Biblioteca.

¹⁶⁴Idem, 2022, p.319

Sem embargo, o supramencionado autor explica o controle de convencionalidade internacional nos seguintes termos “O controle de convencionalidade de matriz internacional é, em geral, atribuído a órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*. Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), os comitês onusianos, entre outros”.¹⁶⁵

Na mesma linha intelectual arremata (Carvalho Ramos) quanto ao caráter compulsório das decisões internacionais nas quais o Estado seja parte: “Cabe mencionar também o controle de convencionalidade internacional compulsório, que consiste na adoção, pelo Estado, das decisões internacionais exaradas em processos internacionais de direitos humanos dos quais foi réu. Nessa hipótese, o Estado é obrigado a cumprir a interpretação internacionalista dada pelo órgão internacional prolator de decisão. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Gelman vs. Uruguai, decidiu que “quando existe uma sentença internacional ditada com caráter de coisa julgada a respeito de um Estado que tenha sido parte no caso submetido à jurisdição da Corte Interamericana, todos seus órgãos, incluídos os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, também estão submetidos ao tratado e à sentença deste Tribunal, o qual lhes obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção e, conseqüentemente, das decisões da Corte Interamericana não se vejam amesquinhas pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade ou por decisões judiciais ou administrativas” (Caso Gelman, supervisão de cumprimento de sentença, 20 de março de 2013, parágrafo 68).¹⁶⁶

Por outro lado, o controle de convencionalidade de matriz nacional caracteriza-se como o exame de compatibilidade entre o ordenamento interno e as normas internacionais incorporadas, de modo que será exercido por Juízes e Tribunais diante de casos concreto, devendo, portanto, deixar de aplicar os atos normativos que violem o tratado incorporado ao ordenamento jurídico nacional.

Outrossim, relevante mencionar que o controle de convencionalidade nacional poderá ser realizado por autoridades administrativas, na esteira do trecho retirado da obra de André de Carvalho Ramos que nos brinda com o seguinte precedente da Corte IDH: “Além dos juízes, é possível que o controle de convencionalidade nacional seja feito pelas autoridades administrativas, membros do Ministério Público e Defensoria Pública (no exercício de suas atribuições) e haja, inclusive, o controle preventivo de convencionalidade na análise de projetos de lei no Poder Legislativo. Consagra-se o controle de

¹⁶⁵Idem, 2022, p.319

¹⁶⁶Idem, 2022, p.319

convencionalidade de matriz nacional não jurisdicional (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguai, supervisão de cumprimento de sentença, decisão de 20 de março de 2013, parágrafo 69).¹⁶⁷

Não obstante, no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, julgado pela Corte IDH em 20 de outubro de 2016, ocorreu um avanço na jurisprudência obrigando todos os poderes e órgãos estatais, conforme consta na sentença, vejamos: “que os Estados têm uma obrigação que vincula todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto, os quais se encontram obrigados a exercer um controle de convencionalidade ex officio entre suas normas internas e a Convenção Americana, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes”.¹⁶⁸

Nota-se que, a Corte IDH não mais restringe o controle aos juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, passando a mencionar no precedente colacionado acima que todos os poderes e órgãos estatais poderão realizar o exame de compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, cabe trazer à colação os dizeres de (Mazzuoli) sobre o tema: “Entre esses órgãos, seguramente estão os poderes Legislativo e Executivo. Quanto ao Poder Legislativo, parece certo que – doravante – as suas Comissões de Constituição e Justiça passarão a ser, também, comissões de “Constituição, Convencionalidade e Justiça”, pois é dever institucional das comissões examinar a convencionalidade das leis que se aprovam no Parlamento; quanto ao Poder Executivo, passa a ser mister do administrador conhecer todos os tratados de direitos humanos em vigor, para não emitir atos administrativos que contrariem padrões internacionais de direitos humanos previstos em instrumentos dos quais o Brasil é parte”. ¹⁶⁹

Sem embargo, no caso concreto nem sempre os resultados do controle de convencionalidade internacional e nacional coincidirão, tendo em vista que há diferenças quanto ao parâmetro de confronto e objeto do controle, a hierarquia do tratado-parâmetro e a interpretação, inclusive tal fato já foi observado no Brasil no caso envolvendo a Lei da Anistia, em razão da decisão Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do diploma normativo ser contrária a decisão da Corte Interamericana de Direitos

¹⁶⁷Idem, 2022, p.320.

¹⁶⁸ Corte IDH, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, n.º 318, § 408.

¹⁶⁹Mazzuoli, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público, 14ª Edição. Forense, 2021, p. 210, Disponível em: Minha Biblioteca.

Humanos e todos os precedentes que foram construídos sobre a inconveniência das disposições do direito interno que concederam anistia a agentes públicos.

No que tange ao parâmetro de confronto no controle de convencionalidade, insta salientar que no internacional é o tratado, sendo que o objeto de controle será toda norma interna, inclusive as oriundas da Constituição, por outro lado, no controle de convencionalidade nacional, os juízes e tribunais não submetem as normas do Poder Constituinte Originário disposta da Carta Magna, tendo em conta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as normas originárias não podem ser objeto do controle de validade da normas.

Ainda, no que concerne ao hierarquia do tratado-parâmetro no controle de convencionalidade nacional dependerá do estatuto conferido pelo direito doméstico ao tratado de direitos humanos, como já foi analisado de forma detida na presente obra apenas destaque o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o caráter supralegal e constitucional, já no controle de convencionalidade internacional o tratado de direitos humanos sempre será a norma paramétrica superior, devendo, portanto, todo o ordenamento jurídico nacional ser subserviente.

Considerando a interpretação do que é compatível ou incompatível com o tratado-parâmetro, necessário se faz que no controle de convencionalidade nacional ocorra um diálogo com a interpretação conferida pelos órgãos internacionais, evitando com isso que as decisões nacionais sejam contrárias aos precedentes dos órgãos internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu ante a primazia dos tratados de direitos humanos e o seu caráter universal.

Nessa linha, cabe mencionar o posicionamento de André de Carvalho Ramos; "O controle nacional é importante, ainda mais se a hierarquia interna dos tratados for equivalente à norma constitucional ou quicá supraconstitucional. Deve-se evitar, contudo, a adoção de um controle de convencionalidade nacional (jurisdicional ou não jurisdicional) isolado, que não dialoga com a interpretação internacionalista dos direitos humanos, uma vez que tal conduta nega a universalidade dos direitos humanos e desrespeita o comando dos tratados celebrados pelo Brasil. Assim, o controle nacional deverá dialogar com a interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos".¹⁷⁰

5. DIÁLOGO DAS CORTES E TEORIA DO DUPLO CONTROLE

¹⁷⁰Ramos, André de C. Curso de Direitos Humanos, 9ª Edição. Saraiva Jur, 2022. p. 320, Disponível em: Minha Biblioteca.

Considerando que os tratados internacionais de direitos humanos impõe a observância por parte do poder Judiciário por ocasião da decisão de casos concretos, assim como no controle concentrado de constitucionalidade ou validade das normas jurídicas ante a hierarquia dos instrumentos internacionais, mister se faz que a interpretação seja consentânea a conferida pela Corte IDH ante o reconhecimento da jurisdição obrigatória e vinculante desta corte e dos demais órgãos de natureza convencional, visando evitar a responsabilização da República Federativa do Brasil na órbita internacional.

Por conseguinte, o resultado do controle de convencionalidade nacional deverá dialogar com os entendimentos exarados no plano internacional que o País expressamente aderiu, o que exigirá dos intérpretes e aplicadores sobretudo do Poder Judiciário um olhar mais atento para extrair a máxima eficácia das normas jurídicas e um viés mais protetivo aos direitos humanos ante a possibilidade do Brasil ser acionado, caso seja descumprido e violado um tratado internacional.

Nesse particular, cabe trazer os apontamentos de (Ramos): “Esse “Diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. Para evitar que o “Diálogo das Cortes” seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um “Diálogo” efetivo: 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal; 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.”¹⁷¹

Outrossim, a ratificação pelo Brasil dos tratados internacionais de direitos humanos conferiu a possibilidade de monitoramento por parte dos mecanismos internacionais de controle sobre o cumprimento das normas previstas nos instrumentos internacionais, desse modo, retiro da obra de André de Carvalho Ramos o panorama nacional de monitoramento, conforme segue abaixo.

“Até o momento (2021), a situação brasileira é a seguinte:”¹⁷²

¹⁷¹Idem, 2022, p.322.

¹⁷²Idem, 2022, p.321.

1) em 1998, o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos;

2) em 2002, o Brasil aderiu ao Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conferindo, então, poder ao seu Comitê para receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos nesta Convenção;

3) em 2002, o Brasil também reconheceu a competência do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de vítimas de violação de direitos protegidos pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, por ato internacional depositado junto ao Secretariado Geral da ONU;

4) em 2006, o Brasil reconheceu a competência do Comitê contra a Tortura para receber e analisar petições de vítimas contra o Brasil. Em 2007, o Brasil adotou o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que estabelece a competência, para fins preventivos, do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes do Comitê contra a Tortura;

5) o Brasil reconheceu a competência do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para receber petições de vítimas de violações desses direitos;

6) em 2009, o Brasil deu um passo adiante, após o Congresso ter aprovado a adesão brasileira ao Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; houve sua ratificação em 25 de setembro de 2009, permitindo a propositura de petições de vítimas de violações de direitos protegidos no citado Pacto ao Comitê de Direitos Humanos.

7) em 2017, o Brasil ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo aos procedimentos de comunicação.

Observo, ainda, que recentemente o Brasil promulgou no plano interno através do Decreto nº 10.932/2022 à Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, sendo certo que consta nesta convenção, especificamente no art. 15 a possibilidade de acionamento a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por parte de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental para os casos de violação dos seus termos, assim como criou um Comitê independente com atribuição para fiscalizar o cumprimento da Convenção e recomendar medidas para os Estados.

Vê-se, pois, que o País caminha para a concretização do universalismo dos direitos humanos, haja vista o acolhimento dos mecanismos de proteção, inclusive detentores de jurisdição na arena internacional para responsabilizar os Estados violadores como a Corte IDH, os quais podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento internacional

Assim, no Brasil podemos observar uma dupla garantia tendo em conta o controle de constitucionalidade nacional, o qual como discorrido ao longo desta obra inclui o controle de convencionalidade na modalidade difuso e concentrado, bem como o controle de convencionalidade internacional, de sorte que poderá ocorrer um conflito entre os dois mecanismos de controle, conforme será visto a seguir.

O processo emblemático da interpretação nacional conflitante foi no “Caso da Guerrilha do Araguaia”, tendo em vista que o STF na ADPF 153 julgada em 28 de abril de 2010, decidiu que a Lei da Anistia alcança os agentes da ditadura militar, tornando impossível a persecução criminal pelas graves violações de direitos humanos ocorridas na época dos “anos de chumbo”, em que pese a jurisprudência da Corte IDH construída em inúmeros precedentes anteriores a data do julgamento ser diametralmente oposta.

Ocorre que, em 24 de novembro de 2010, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, a Corte IDH condenou o Brasil no “Caso Gomes Lund”, determinando que fosse feita completa investigação, persecução e punição criminal aos agentes da repressão política durante a ditadura militar, inclusive que desconsiderasse a anistia conferida aos mencionados agentes públicos.

Ante o conflito existente entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos como proceder, para esta questão que se impõe, utilizo a doutrina especializada no tema (Ramos): “Como cumprir a decisão da Corte IDH? Inicialmente, parto da seguinte premissa: não há conflito insolúvel entre as decisões do STF e da Corte IDH, uma vez que ambos os tribunais têm a incumbência de proteger os direitos humanos. Adoto assim a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional)”.¹⁷³

¹⁷³Ramos, André de C. Curso de Direitos Humanos, 9ª Edição. Saraiva Jur, 2022. p. 322, Disponível em: Minha Biblioteca.

Ainda, na mesma linha intelectual sobre o conflito surgido no “Caso Gomes Lund” André de Carvalho Ramos propõe a teoria do duplo controle para solucionar a questão, nos seguintes termos extraído da sua obra:

“Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte de San José. Assim, ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados. No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade. Cabe, agora, aos órgãos internos (Ministério Público, Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) cumprirem a sentença internacional.”¹⁷⁴

Por derradeiro, o Brasil no Caso Gomes Lund opôs em sede de exceção preliminar a existência de uma decisão do STF sobre o mesmo caso, logo, caso a Corte IDH prosseguisse no julgamento acabaria se tornando uma instância revisora de julgamentos nacionais, isto é, uma “quarta instância”, o que na ótica da defesa seria proibido. Tal tese não foi aceita pela Corte Interamericana como bem observa Caio Paiva e Thimotie Aragon: “A exceção alegada pelo Estado brasileiro não foi acolhida pela Corte IDH, sob o argumento de que não há qualquer hierarquia entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte. O que deve haver é uma relação de diálogo, complementariedade e reciprocidade, mas jamais de hierarquia. Assim, a própria Corte IDH não possui o intuito de revisar as decisões das cortes internas, mas apenas de realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia brasileira em face CADH, pouco importando a decisão do STF na ADPF 153, que é enxergada pela Corte IDH como mero fato. Desse modo, a Corte IDH não pode ser rotulada como uma “quarta instância” perante a hierarquia do Judiciário, seja ele brasileiro ou de outro Estado-membro da CADH”.¹⁷⁵

6. A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL À LUZ TRATADOS INTERNACIONAIS E PRECEDENTES

Como destacado ao longo do presente trabalho os tratados internacionais de direitos humanos possuem o condão de irradiar os seus efeitos para todo o ordenamento jurídico nacional, tendo em vista a proeminência dos direitos encampados nos

¹⁷⁴Idem, 2022, p.323.

¹⁷⁵PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3ª ed. Belo Horizonte. CEI, 2020, p. 385.

instrumentos internacionais que o país promulgou, sobretudo ante o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II, CF), aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, CF), da cláusula de abertura de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros dos tratados internacionais (art. 5º, § 2º, CF) e, ainda da equivalência as emendas constitucionais caso seja adotado o rito especial (art. 5º, § 3º, CF).

Nessa toada, (Piovesan) nos brinda com a precisa reflexão: “Em relação ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do Direito interno”.¹⁷⁶

Sem embargo, cabe retomar o tema tratado anteriormente de maneira breve a despeito da teoria do ordenamento jurídico, notadamente sobre a concepção monista e dualista, tendo em vista a necessidade de ampliar o horizonte de compreensão da temática no presente trabalho, para tanto trago os ensinamentos do mestre Celso D. de Albuquerque Mello: “Encontramos, em oposição ao dualismo, a concepção denominada monismo, ou seja, a teoria que não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. O monismo sustenta, de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção tem duas posições: uma, que defende a primazia do direito interno, e outra, a primazia do direito internacional. (...) O monismo, com primazia do Direito Internacional foi desenvolvido principalmente pela escola de Viena (Kelsen, Verdross, Kunz etc.). Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tinha a sua origem e tirava a sua obrigatoriedade da norma que lhe era imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma jurídica fundamental, a norma base (Grundnorm), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Diante disso, a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influência de Verdross, Kelsen sai do seu ‘indiferentismo’ e passa a considerar a Grundnorm como sendo uma norma de Direito Internacional: a norma costumeira *pacta sunt servanda*. Em 1927, Duguit e Politis

¹⁷⁶Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 20ª Edição. Saraiva Jur, 2022. p.59. Disponível em: Minha Biblioteca.

defendem o primado do Direito Internacional e com eles toda a escola realista francesa, que apresenta em seu favor argumentos sociológicos” 177

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal acolhe a concepção dualista do ordenamento jurídico consoante o excerto colacionado, vejamos: “O decreto presidencial que sucede à aprovação congressional do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se — enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico — manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, n. 109, DJU, 13.5.1998).

Considerando a celeuma existente entre a concepção monista e dualista a solução de Antônio Augusto Cançado Trindade na perspectiva brasileira merece ser conhecida: “desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de Direito Internacional ou de Direito interno”.178

Nessa ordem de ideias, (Piovesan) disserta: “Ressalte-se que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio pro ser humano. Às regras interpretativas consagradas no art. 29 da Convenção Americana somem-se os tratados de direitos humanos do sistema global — que, por sua vez, também enunciam o princípio pro persona fundado na prevalência da norma mais benéfica, como ilustram o art. 23 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o art. 16, parágrafo 2º, da Convenção contra a Tortura e o art. 4º, parágrafo 4º, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.179

Ainda, a renomada autora supracitada propõe uma releitura ante os seguintes equívocos dogmático, vejamos “Com efeito, por mais de um século, a cultura jurídica latino-americana tem adotado um paradigma jurídico fundado em três características

177MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional, 6ª Edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 64-65.

178CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras, p. 317-318.

179Idem, 2022, p.63.

essenciais: a) a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e autorreferencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional — o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina); b) o hermetismo de um direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos “impuros” do Direito); e c) o State approach (State centered perspective), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a lente ex parte princeps, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio.”¹⁸⁰

Desse modo, (Piovesan) estabelece o paradigma que o direito latino-americano deve seguir, nos seguintes dizeres: “Testemunha-se a crise desse paradigma tradicional e a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que, por sua vez, adota como três características essenciais: a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial, destacando-se que as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade); b) a crescente abertura do direito — agora “impuro” —, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica; é a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a ressignificar o direito); e c) o human rights approach (human centered approach), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a lente ex parte populi, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio”.¹⁸¹

Verifica-se que, o entrelaçamento dos ensinamentos alhures com a ideia de Transconstitucionalismo na expressão cunhada por Marcelo Neves, conforme aponta (Martins): “Refere-se a um processo de convivência cooperativa entre as perspectivas jurídicas apresentadas por ordens jurídicas constitucionais e internacionais, um diálogo

¹⁸⁰Idem, 2022, p.65.

¹⁸¹Idem, 2022, p.65.

jurídico e cultural entre várias instâncias decisórias, de maneira que casos comuns possam ser enfrentados conjuntamente”.¹⁸²

Com efeito, a internalização dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos possui aptidão para redefinir e reconstruir o direito interno, considerando a hierarquia normativa já devidamente explorada na presente obra, assim, incumbe aos operadores do direito um estudo mais aprofundado sobre os impactos nos diversos ramos jurídicos, sendo que, este trabalho restringe-se ao impacto no direito penal, processual penal, execução e legislação especial.

Urge um giro epistemológico dos supramencionados ramos do direito de modo a conferir uma interpretação compatível com a Constituição Federal, tratados internacionais de direitos humanos, precedente internacionais de jurisdição obrigatória e vinculante para o país ante a ampliação dos direitos previsto na cláusula de abertura constitucional (art. 5º, § 2º, CRFB), tendo em vista o novo bloco de constitucionalidade na esteira do melhor entendimento.

REFERÊNCIAS

MAZZUOLI, Valerio de O. Curso de Direito Internacional Público, 14ª Edição. Forense, 2021, Disponível em: Minha Biblioteca.

BRASIL. Decreto-lei nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso: 13 de abril de 2023, às 15h e 20 min.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 20ª Edição. Saraiva Jur, 2022. Disponível em: Minha Biblioteca.

HENKIN, Louis, Constitutionalism, democracy and foreign affairs. New York: Columbia University, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª Edição. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Livraria Almeida, 1998

¹⁸²Martins, Flávio. Curso de direito Constitucional, 6ª Edição. Saraiva Jur, 2022, p.47. Disponível em: Minha Biblioteca.

RAMOS, André de C. Curso de Direitos Humanos, 9ª Edição. Saraiva Jur, 2022, Disponível em: Minha Biblioteca.

Corte IDH, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, n.º 318, § 408.

RAMOS, André de C. Curso de Direitos Humanos, 9ª Edição. Saraiva Jur, 2022, Disponível em: Minha Biblioteca.

PAIVA, Caio. HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 3ª ed. Belo Horizonte. CEI, 2020.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional, 6ª Edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras.

MARTINS, Flávio. Curso de direito Constitucional, 6ª Edição. Saraiva Jur, 2022, Disponível em: Minha Biblioteca.

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO MEIO DE PROVA: UMA ANÁLISE INTEGRADA”

GUSTAVO SILVA MAIA:

Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão¹⁸³

RESUMO: O trabalho de conclusão de curso apresentado aborda a importância do reconhecimento de pessoas como meio de prova no Direito Penal, apresentando os aspectos psicológicos e jurídicos envolvidos nesse processo. Além disso, discute a teoria do etiquetamento criminal e a seletividade penal, destacando a importância da implementação de um procedimento de reconhecimento de pessoas seguro. Para isso, são analisados os desafios desse procedimento em um estudo comparativo entre Estados Unidos e Brasil, bem como a jurisprudência do STJ sobre o reconhecimento de pessoas. O trabalho também defende a importância do reconhecimento controlado e da entrevista cognitiva na coleta de documentos, argumentando a favor de uma reforma legislativa. Por fim, aborda a estigmatização dos criminalizados e a persistência da colonialidade.

Palavras-chave: Meio de Prova. Direito Penal. Etiquetamento Criminal. Seletividade Penal.

ABSTRACT: The presented final paper addresses the importance of recognition of individuals as evidence in criminal law, presenting the psychological and legal aspects involved in this process. Additionally, it discusses the theory of criminal labeling and penal selectivity, highlighting the importance of implementing a secure procedure for recognition of individuals. To do so, the challenges of this procedure are analyzed in a comparative study between the United States and Brazil, as well as the jurisprudence of the Superior Court of Justice regarding recognition of individuals. The paper also advocates for the importance of controlled recognition and cognitive interviews in document collection, arguing in favor of legislative reform. Finally, it addresses the stigmatization of the criminalized and the persistence of colonialism.

Keywords: Means of Evidence. Criminal Law. Criminal Labeling. Penal selectivity.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda questões fundamentais relacionadas à teoria geral da prova e à teoria do etiquetamento na criminologia, com ênfase no reconhecimento de pessoas como prova no direito penal. O objetivo é analisar

183 E-mail: gustavomaia100@hotmail.com

a validade e a constitucionalidade do o reconhecimento de pessoas como meio de prova, além de explorar os aspectos psicológicos e jurídicos envolvidos nesse processo.

Nesse contexto, será abordada a teoria geral da prova, iniciando-se com o conceito e a natureza jurídica da prova, seguido do enfoque específico sobre o reconhecimento de pessoas como prova no direito penal. Serão discutidos a importância desse tipo de prova e os aspectos psicológicos e jurídicos que permeiam o reconhecimento de pessoas.

Em seguida, será apresentada a teoria do etiquetamento na criminologia, abordando sua origem, evolução e definição. Será explorado o conceito de labelling approach e sua relação com a seletividade penal.

Ainda, serão discutidos os desafios e perspectivas na implementação de um procedimento de reconhecimento de pessoas seguro, analisando os desafios enfrentados no procedimento de reconhecimento de pessoas. Além disso, será destacada a importância do reconhecimento controlado e da entrevista cognitiva na coleta de elementos de prova, apresentando argumentos para uma eventual reforma legislativa.

Ao final deste trabalho, espera-se contribuir para a compreensão e aprimoramento do reconhecimento de pessoas como meio de prova no direito penal, considerando tanto os aspectos jurídicos quanto os psicológicos envolvidos nesse processo, bem como a influência da teoria do etiquetamento na criminologia e os desafios enfrentados na implementação de um procedimento seguro de reconhecimento de pessoas.

O presente estudo utiliza como base referencial teórico as obras de autores renomados na área do Direito Penal, Criminologia e Psicologia Jurídica, buscando embasar as análises e reflexões apresentadas ao longo do trabalho.

2. CONCEITO E IMPORTÂNCIA SOBRE RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO MEIO DE PROVA DE DIREITO PENAL.

Conforme previsto no Art. 226 do CPP, o reconhecimento de pessoas como meio de prova desempenha um papel fundamental no sistema de justiça criminal. Nesse processo, a testemunha, frequentemente a vítima do crime, é solicitada a identificar a pessoa suspeita como responsável pela infração. Essa identificação pode ocorrer durante procedimentos legais, como audiências judiciais ou inquéritos policiais.

Considera-se o reconhecimento de pessoas como uma forma de prova testemunhal, capaz de influenciar a convicção do juiz ou do júri em relação à culpa ou inocência do acusado. No entanto, é fundamental reconhecer que o reconhecimento de pessoas não é infalível, apresentando desafios e limitações inerentes a essa prática.

Nesse sentido, o reconhecimento de pessoas pode ser definido como um ato em que alguém é solicitado a observar outra pessoa e, ao recordar uma experiência vivenciada anteriormente em um contexto diferente, compara as duas experiências. De acordo com o autor, o reconhecimento ocorre quando a lembrança empírica coincide com essa nova experiência que ocorre durante uma audiência judicial ou inquérito policial. (LOPES, 2016, p. 585)

Existem apenas duas categorias principais de reconhecimento: o reconhecimento de pessoas e o reconhecimento de coisas. Todas as variações ou subcategorias de reconhecimento se enquadram nessas duas categorias.

Conforme Nucci (2021, p. 124), é fundamental que o procedimento de reconhecimento seja conduzido de maneira imparcial. Para garantir essa imparcialidade, a pessoa que realizará o reconhecimento deve fornecer uma descrição antecipada da pessoa que precisa ser identificada. Somente após essa descrição é que ela poderá ser confrontada com um grupo de indivíduos, preferencialmente semelhantes, a fim de apontar o autor do delito. Durante esse processo, é importante documentar detalhadamente o procedimento em um registro, com a presença de duas testemunhas.

Em conclusão, o reconhecimento de pessoas como meio de prova desempenha um papel essencial no sistema de justiça criminal, permitindo que as testemunhas identifiquem suspeitos e contribuam para a formação de convicções sobre a culpa ou inocência dos acusados. No entanto, é importante reconhecer que o reconhecimento de pessoas possui desafios e limitações inerentes. A imparcialidade é crucial durante o procedimento de reconhecimento, exigindo que a pessoa forneça uma descrição prévia do suspeito, a fim de evitar sugestões indevidas. Além disso, é recomendado que o reconhecimento ocorra com a presença de testemunhas e que seja documentado de forma minuciosa. Ao compreender essas questões, o sistema de justiça pode buscar aprimorar os procedimentos de reconhecimento e garantir a confiabilidade dessa forma de prova testemunhal.

A prova no contexto do processo está relacionada à obtenção ou criação de evidências que possam comprovar a verdade ou conhecimento em questão. A sua finalidade é persuadir o juiz a aceitar uma determinada versão dos fatos. O termo "prova" deriva do latim *probatio*, que significa teste, análise, validação ou confirmação.

Nesse ponto, os mecanismos de busca pela verdade implicam necessariamente no modelo de Estado adotado, portanto, estudar sobre a prova no processo penal é estudar aspectos do Estado Democrático de Direito, inclusive nas garantias fundamentais dispostas no art. 5º da CF/88. Assim, as ferramentas de persecução penal encontram os limites nas garantias individuais da pessoa.

Em outras palavras, a busca pela verdade não pode ser realizada em detrimento dos demais valores e princípios que são importantes para a justiça e para a sociedade como um todo.

Nesse contexto, A Constituição Brasileira de 1988 tem como principal fundamento a valorização da dignidade humana (art. 1º, III), o que faz com que o Estado Democrático de Direito seja centrado no ser humano, que é visto como um ser digno, com propósitos próprios e não apenas como um objeto ou instrumento para atingir outros fins. (FRANCO, 2000, p.49).

Ocorre que, na prática forense, especialmente nos crimes contra o patrimônio, dentre os procedimentos utilizados em inquéritos policiais, não se encontram diferenças significativas em relação ao que sempre foi feito, em outras palavras, as investigações seguem uma lógica habitual, com o objetivo de obter confissões e depoimentos de testemunhas. No caso de crimes como roubo, a ação mais importante que garante a tranquilidade da polícia é o reconhecimento do acusado. (CRUZ, 2022, p. 567-600)

Nesse ponto, De acordo com Brito, Fabretti e Lima (2019, p. 208), se a pessoa convocada para fazer um reconhecimento tem medo de ser influenciada ou intimidada de alguma forma, a autoridade policial providenciará para que o reconhecedor não seja visto. No entanto, no tribunal, a lei não permite tal exceção, o que significa que a identidade da pessoa que faz o reconhecimento não pode ser mantida em segredo.

Ademais, no que se refere à prática forense na comarca de São Luís/MA, é possível observar comumente o procedimento de reconhecimento pessoal sendo realizado através de fotografia, em alguns casos até mesmo fotografias extraídas do SIISP (Sistema de Inteligência, Informação e Segurança Prisional) cuja a veste do sujeito da foto, é o próprio uniforme do presidiário, revelando o caráter indutivo do reconhecimento.

Nesse contexto, segundo o informativo de jurisprudência nº 730 do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal constitui mera recomendação, fora superado, de acordo com a jurisprudência atual, conclui-se pelos seguintes entendimentos:

1) O processo de reconhecimento de pessoas deve seguir as formalidades estabelecidas no artigo 226 do Código de Processo Penal, que são consideradas como uma garantia mínima para aqueles que são suspeitos de cometer um crime. 2) Considerando as consequências e os riscos de um reconhecimento malfeito, se não for seguido o procedimento descrito na norma processual, o reconhecimento da pessoa suspeita será inválido e não poderá ser usado como prova para uma possível condenação, mesmo que o reconhecimento seja confirmado em juízo.

Ainda, 3) O juiz pode realizar o ato de reconhecimento formal em juízo, desde que siga o procedimento de prova adequado. Além disso, o magistrado pode se convencer da autoria do crime com base em outras provas que não tenham relação direta com o ato de reconhecimento viciado. Por fim, 4) Quando um suspeito é reconhecido por meio de fotos mostradas ao reconhecedor, é necessário seguir o mesmo procedimento que no reconhecimento pessoal. Esse tipo de reconhecimento é visto como uma etapa anterior ao reconhecimento pessoal e, por isso, não pode ser usado como prova em um processo criminal, mesmo se o reconhecimento for confirmado em juízo.

Vale ressaltar, que em relação ao mencionado nº 4, é preciso fazer um adendo. O reconhecimento fotográfico não deve ser a prova inicialmente buscada e, se for utilizada, deve ser apoiada em outros elementos de convicção para permitir o exercício da ação penal.

Ademais, segundo o informativo referido, destaca-se que os estudos na área de epistemologia jurídica e psicologia do testemunho indicam que a prática policial do "show-up", que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita ou sua fotografia para a vítima ou testemunha reconhecer como autor do crime, é desaconselhável por aumentar o risco de erro no reconhecimento. Isso ocorre porque essa prática cria uma percepção prévia sobre quem seria o autor do crime, o que pode afetar e comprometer a memória da vítima ou testemunha. Além disso, uma vez que alguém é identificado como autor do delito, há uma tendência a confirmar essa identificação em reconhecimentos futuros, devido a um viés de confirmação e maior predisposição da memória para tal.

3. ASPECTOS PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO PROVA

A Psicologia Jurídica é uma subárea da Psicologia que se concentra em aspectos psicológicos relacionados ao sistema de justiça, como o comportamento humano no contexto legal, avaliação psicológica de indivíduos envolvidos em processos judiciais e a aplicação da psicologia em questões legais. Pode-se subdividir a psicologia Jurídica da seguinte forma: Psicologia Jurídica e o Menor; Psicologia Jurídica e o Direito de Família; Psicologia Jurídica do Trabalho; Psicologia Jurídica e o Direito Penal; Psicologia Penitenciária; Psicologia Policial e das Forças Armadas; Vitimologia; Mediação; Formação e atendimento aos juízes e promotores; Psicologia Judicial ou do Testemunho, Jurado. (FÁTIMA FRANÇA, 2004, P. 74)

Segundo a autora, com relação a este último, se tem que, a psicologia do testemunho é um ramo da psicologia jurídica que se dedica ao estudo dos relatos e depoimentos prestados por pessoas em processos criminais, acidentes ou outros eventos do cotidiano, buscando compreender como fatores psicológicos podem influenciar a qualidade e a precisão desses testemunhos.

Neste íterim, observa-se que o testemunho como meio de prova no direito processual penal é composto por uma série de elementos, dentre os quais a memória do sujeito é a essência do procedimento. Nesse contexto, A pesquisa em psicologia jurídica converge para a conclusão de que a memória é um processo de reconstrução, e não de replicação. Ao lembrar de um evento, não estamos reproduzindo a realidade, mas sim reconstruindo a partir de informações incompletas armazenadas em nossa memória. (PIRES DE SOUSA, 2020, P. 04)

Ainda, segundo o autor, o relato da testemunha se subdivide em 3 hipóteses: a) o que é relatado pode ser verdadeiro; b) o que é relatado pode ser mentira, ou seja, falso de maneira intencional; c) o que é relatado pode ser falso devido a distorções nas memórias causadas por processos cognitivos normais, sendo essas distorções de origem internas à própria testemunha ou externas a ela.

Diante o exposto, é preciso destacar que o reconhecimento de um suspeito pode ser uma prova decisiva em processos criminais, mas há o risco de um inocente ser erroneamente identificado como o autor do crime. Esse erro pode ocorrer devido a processos cognitivos normais relacionados à memória, bem como a condições do crime que dificultaram a codificação da aparência do criminoso ou à perda de informações armazenadas. Além disso, fatores como a forma como o suspeito é apresentado e as instruções fornecidas à testemunha também podem aumentar a probabilidade de um reconhecimento equivocado.

A capacidade humana de armazenar informações de experiências vividas é um fenômeno intrigante e complexo, porém a memória não é um registro exato e imutável de eventos passados. Pelo contrário, ela é facilmente influenciada e distorcida por uma série de fatores externos e internos, o que é motivo de grande preocupação. As falsas memórias surgem como um fenômeno importante e inquietante, já que podem resultar em consequências graves em diversas áreas da vida, como na justiça, terapia, educação e política.

Atualmente, é inegável que a memória não funciona como um gravador de vídeo que armazena imagens exatas de eventos passados para serem recuperadas posteriormente com total precisão. Esse mito foi desmentido graças ao avanço da neurociência. Agora, a memória é vista como um processo dinâmico e em constante mudança, como explicado pela pesquisadora Loftus (2006, p. 346), é importante entender que a memória é influenciada por diversos fatores e pode ser facilmente modificada e distorcida ao longo do tempo.

Desse modo, podemos entender que a memória das pessoas não se resume apenas ao registro dos eventos vivenciados, mas também é influenciada pelas ideias e crenças que

elas possuem. As memórias são uma composição de tudo aquilo que pensamos, nos foi dito e acreditamos. Dessa forma, quem somos e nossas experiências anteriores moldam a forma como lembramos e interpretamos novos eventos. Em resumo, nossas memórias são reflexo do que somos e do que acreditamos, e não apenas de fatos objetivos que aconteceram. (LOFTUS, 2006, p. 347).

Psicólogos que estudam a aquisição de conhecimento (cognição) afirmam que a mente humana é semelhante a um computador, e possui dois tipos essenciais de memória: uma que guarda informações a curto prazo e que são substituídas rapidamente, e outra que armazena dados por longos períodos de tempo. Nesse contexto, ressalta-se que a memória de curto prazo apresenta uma capacidade limitada para armazenar informações, sendo capaz de elaborar somente uma pequena quantidade de dados. Caso essas informações não sejam retidas de alguma maneira, como através da repetição mental ou em voz alta, elas são rapidamente esquecidas e perdidas. (LONGONI, 2003, p. 10-20).

Segundo Lilian Milnitsky (2010, p. 45-51), os primeiros estudos sobre falsas memórias se concentraram nas características da sugestibilidade da memória, que se refere à incorporação e à recordação de informações falsas, sejam elas originárias do próprio indivíduo ou do ambiente externo, que são lembradas como verdadeiras. As pesquisas pioneiras sobre a sugestão na memória e categorizou-a em dois tipos: sugestão autossugerida, que surge dos processos internos do indivíduo, e sugestão deliberadamente sugerida, que surge do ambiente. As distorções mnemônicas decorrentes desses dois processos foram posteriormente chamadas de falsas memórias espontâneas e sugeridas.

É válido mencionar ainda o estudo de Bartlett (1932, p. 186), este mostrou que a memória é um processo reconstutivo que depende de esquemas mentais e do conhecimento geral prévio das pessoas, ressaltando a importância das expectativas individuais e da influência da cultura nas lembranças. No estudo, os participantes foram expostos a uma lenda não familiar à sua cultura inglesa e, ao reproduzir por escrito a história, com variação de minutos, horas, dias e até anos depois, eles adicionaram fatos inexistentes, mas que eram relacionados à sua própria cultura.

Segundo o estudo, observou-se que os estudantes reconstruíram a história que leram com base em suas próprias expectativas e conhecimentos prévios, adicionando elementos que não estavam presentes na história original, mas que eram relevantes para a cultura deles. Em vez de lembrarem a história exatamente como havia sido apresentada, eles a recontaram de acordo com suas próprias interpretações e experiências pessoais.

Sendo assim, é possível concluir que a memória de trabalho é um tipo de memória de curto prazo que permite manter e manipular informações por um período curto de tempo. Ela é mais complexa e dinâmica que a memória a curto prazo convencional. Falsas

memórias são memórias distorcidas ou inexistentes que são criadas como resultado de sugestão ou manipulação. Estudos indicam que a memória de trabalho pode influenciar a formação de falsas memórias, ajudando a manter informações relevantes durante a codificação e recuperação da memória. A capacidade limitada da memória de trabalho pode levar a erros de memória, incluindo falsas memórias. Compreender essa relação pode ser útil para prevenir e corrigir esses erros de memória.

3. O LABELLING APPROACH E A SELETIVIDADE PENAL

A teoria do etiquetamento social, também conhecida como labelling approach, é um paradigma criminológico que surgiu nos Estados Unidos na década de 60. Essa teoria também é conhecida como teoria da rotulação social, teoria interacionista ou da reação social.

Nesse contexto, a nova criminologia adota uma perspectiva que não considera a criminalidade como um fenômeno pré-existente e imutável, mas como uma construção social que resulta das definições e reações sociais. Sob essa ótica, o criminoso não é visto como alguém com características ontológicas inerentes, mas sim como um status social atribuído a certos indivíduos selecionados pelo sistema de justiça criminal e pela sociedade, que rotulam a conduta dessas pessoas como merecedoras de intervenção do sistema penal. (BARRATA, 2014, p.11)

Nesse sentido, a perspectiva interacionista traz uma abordagem diferente para a explicação do crime, diferente da criminologia tradicional. Ela entende que as pessoas se tornam sociais através das interações com outras pessoas e que suas ações são influenciadas pelas perspectivas dos outros. O labelling approach, por sua vez, muda o foco da questão criminal da ação em si para a reação social a essa ação. Em outras palavras, essa abordagem compreende que a rotulagem social pode ser um fator determinante no processo de criminalização de um indivíduo. (SCHECARIA, 2014, p.255).

Howard S. Becker, em sua obra *Outsiders* (2008, p. 15-27), propôs que a teoria do etiquetamento social, envolve a identificação do indivíduo desviante como aquele que não segue as normas da sociedade e é estigmatizado por ela. Esse rótulo é atribuído quando o indivíduo se comporta de forma contrária às normas estabelecidas, materializando o personagem marginal, criminoso e bandido. Essa é a primeira característica da teoria do etiquetamento social: a desviação primária ou delinquência primária.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a delinquência pode ser resultado do processo de estigmatização, em que uma pessoa é rotulada como desviante pela sociedade, o que pode levá-la a passar por experiências sociais similares e mudanças em sua identidade pessoal.

A ideia é que, depois de ter comportamentos desviantes e ser rotulado como tal, a pessoa é submetida a cerimônias degradantes que reforçam sua rotulagem e a afastam cada vez mais da sociedade. Ela é inserida em um grupo de outros desviantes, o que pode levá-la a adotar comportamentos ainda mais desviantes e potencialmente criminais. A teoria do etiquetamento social descreve esse processo de rotulagem e estigmatização, que pode levar à delinquência secundária, quando o indivíduo se entrega completamente à vida criminosa.

Sendo assim, após o desvio primário, a interferência na identidade do indivíduo causada pela reação social terá um impacto significativo na forma como ele é percebido pela comunidade à qual pertence. Isso ocorre porque a reação social tem o poder de recriar a imagem e a autoimagem desse indivíduo desviante. É como afirma Shecaria (2014, p. 261): "Como os outros definem o autor e como o autor se define. De maneira bastante cruel, pode ser dito que, à medida que o mergulho no papel desviado cresce, há uma tendência para que o autor do delito defina-se como os outros o definem".

Nesse contexto, afirma Dahrendorf (1982, p.148) que a sociedade é uma estrutura composta por elementos estáveis e integrados que funcionam juntos para manter o sistema. Cada elemento tem uma função que contribui para a manutenção da sociedade como um todo. No entanto, é importante notar que a estabilidade, integração, coordenação funcional e consenso não são absolutos e podem variar em diferentes contextos e situações sociais.

É sob esse aspecto de estigmatização e reforço de identificação do criminoso pelo Estado, que não é em todo fato delinquente, que será considerado o autor do delito um criminoso. Segundo Baratta (2002, p. 189-179), o status social de delinquente está diretamente relacionado ao impacto das atividades das instituições oficiais de controle social da delinquência. Aqueles que realizam comportamentos puníveis, mas não são alcançados por essas instituições, não adquirem o status de delinquente. Em outras palavras, a determinação do status de delinquente depende da interação entre o comportamento punível e a ação das instituições de controle social.

Em suma, a teoria do etiquetamento social traz uma visão crítica sobre o sistema de justiça criminal e destaca a importância das reações sociais na formação do comportamento criminoso. Ela nos convida a questionar as noções tradicionais de crime e criminoso, e considera a influência do contexto social na definição e rotulagem dos indivíduos. Essa abordagem amplia nossa compreensão sobre as causas da criminalidade e nos convida a repensar as estratégias de controle social abordadas para a reintegração e ressocialização dos indivíduos envolvidos no sistema penal.

Em termos gerais, as funções do Direito Penal podem ser entendidas como tendo uma dupla natureza. Por um lado, busca proteger o indivíduo contra os abusos e

arbitrariedades do poder punitivo do Estado. Por outro lado, busca estabelecer um controle social que visa à manutenção da ordem e da paz coletiva. (AYRES E PESSOA, 2017, p. 40).

Nesse contexto, Queiroz (2002, p. 101) destaca que em várias ocasiões, afirmou-se que o direito penal desempenha um papel subsidiário em relação às instâncias formais e informais de controle e prevenção de crimes, sendo essencialmente voltado para a proteção de bens jurídicos por meio de seus instrumentos próprios, como a aplicação de penas e medidas de segurança. Assim, exerce uma função instrumental subsidiária de prevenção de comportamentos prejudiciais à sociedade. Sua missão é garantir a convivência social, estabelecendo níveis minimamente aceitáveis de violência, resolvendo pacificamente conflitos de interesse de acordo com regras e processos preestabelecidos. Essa é, em última análise, a própria missão do Estado, pois as funções do direito e as funções do Estado são, em última análise, indissociáveis.

Todavia, o que se observa na prática são episódios de tratamentos desiguais pelo poder do Estado, seja devido à ineficiência da estrutura dos órgãos de investigação, seja pelos vícios procedimentais que contaminam o próprio judiciário. Um exemplo disso é o procedimento de reconhecimento de pessoas, que deveria seguir uma forma estabelecida pelo direito processual penal para garantir segurança jurídica. No entanto, devido a uma série de fatores discutidos posteriormente, esse procedimento acabou se tornando uma prática de preconceito e estigmatização institucional.

Nesse contexto, Os órgãos legislativos, ao aumentarem as tipificações criminais, acabam apenas ampliando o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e fornecendo pretexto para o exercício de um maior controle e poder. A seletividade estrutural do sistema penal, que só pode exercer seu poder repressivo de maneira limitada em relação às intervenções planejadas, é a prova mais básica da falsidade da alegada legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos possuem um "espaço legal" para exercer poder repressivo sobre qualquer cidadão, mas operam quando e contra quem decidem (ZAFFARONI, 1991, p.27).

A teoria do etiquetamento social procura explicar como o poder e o controle são usados para definir o que é considerado crime, dando início a um processo seletivo no sistema de justiça penal. Esses estereótipos, que são rotulados como etiquetas sociais, permitem catalogar indivíduos seletivamente, rotulando-os como criminosos, embora nem todos aqueles que cometem crimes sejam punidos. (AYRES E PESSOA, 2017, p. 41).

Ademais, a abordagem do etiquetamento social desloca o foco da investigação sobre as "causas" do crime (incluindo o indivíduo criminoso, seu ambiente e o próprio ato criminoso) para a reação social em relação ao comportamento desviado, especialmente no sistema penal. Isso envolve o estudo dos processos de definição (criminalização primária)

e seleção (criminalização secundária), bem como o impacto que a rotulagem tem na identidade do desviante. (ANDRADE, 1997, p.207)

Desse modo, Quando os outros mecanismos de controle social falham, o sistema não hesita em criminalizar pessoas dos próprios grupos dominantes, a fim de manter e reafirmar sua posição e evitar comportamentos que possam ameaçar a hegemonia desses grupos, mesmo que isso seja menos comum (criminalização de indivíduos ou grupos contestadores das classes média e alta). Além disso, em alguns casos, a criminalização de marginalizados ou contestadores não serve a nenhum propósito em relação aos grupos a que pertencem, mas apenas proporciona uma sensação de tranquilidade aos setores dominantes, que podem se sentir inseguros por qualquer motivo (geralmente devido à manipulação dos meios de comunicação em massa)

Em relação ao sistema penal e à reprodução da realidade social, pode-se afirmar que as chances ou riscos de ser rotulado como delinquente não dependem tanto da conduta em si (o ato criminoso), mas sim da posição social do indivíduo na hierarquia social. Essa é a ideia defendida por Baratta (2002), que argumenta que o sistema educacional é o primeiro mecanismo de seleção e marginalização da sociedade. De acordo com o autor, as pesquisas sobre o sistema educacional permitem atribuir ao novo sistema global de controle social, por meio da socialização institucional, a mesma função de seleção e marginalização que antes era atribuída ao sistema penal, sem idealizar a história (BARATTA, 2002, p. 171).

Nesse contexto, ao adotar uma perspectiva alternativa para a política criminal, a posição social do indivíduo seria um critério relevante para distinguir diferentes formas de criminalidade. Os crimes cometidos pelas classes mais baixas (em geral os crimes contra o patrimônio, como o roubo) seriam interpretados como uma reação social inadequada, devido as condições sociais desfavoráveis em que se encontra o autor, evidenciando contradições nas relações de produção e distribuição. Por outro lado, os crimes praticados pelas classes superiores, como a criminalidade econômica e o crime organizado por parte dos detentores do poder, revelariam a conexão entre processos políticos e os mecanismos legais e ilegais de acumulação de capital.

Desse modo, Essa distinção basearia diferentes abordagens: por um lado, a redução do sistema punitivo através da despenalização dos crimes comuns e substituição de sanções penais por medidas de controle social não estigmatizantes; por outro lado, a ampliação do sistema punitivo para proteger os interesses individuais e comunitários em áreas como saúde, ecologia e segurança no trabalho, fortalecendo a repressão da criminalidade econômica, do poder político e do crime organizado (BARATTA, 2002, p.19).

5. A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO CONTROLADO E DA ENTREVISTA COGNITIVA NA COLETA DE DOCUMENTOS: ARGUMENTOS PARA UMA REFORMA LEGISLATIVA

Segundo a pesquisa realizada por Lilian Stein e Gustavo Ávila em 2015, identificou-se que o método mais comumente utilizado para o reconhecimento é o "show-up", que consiste em apresentar apenas um suspeito ou uma foto à pessoa carregada do reconhecimento. No entanto, a literatura científica não recomenda essa técnica, pois há uma chance maior de ocorrerem identificações falsas e de contaminar a memória da testemunha. Existem diversas práticas de reconhecimento, tais como dentro de viaturas, por meio de imagens enviadas pelo WhatsApp, em encontros pessoais, em corredores de passagem, por meio de vidros espelhados, em álbuns de fotos com apenas uma imagem, por meio da voz, por vídeo, utilizando anteparos com aberturas, por meio de retrato falado e em salas de audiência. A maioria dessas práticas adota o método do "show-up". (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 47)

Considerando que o reconhecimento de pessoas é uma prova única do ponto de vista cognitivo, é crucial realizar o processo de forma a controlar quaisquer tendências que possam levar a identificações falsas. Nesse sentido, o único procedimento adequado para o reconhecimento é o controlado, no qual o suspeito é apresentado junto com indivíduos não suspeitos semelhantes (também chamados de "fillers") (CECCONELLO; STEIN, 2020; WELLS et al., 2020, p. 410-415).

Nenhuma característica do suspeito deve torná-lo mais suscetível a ser identificado previamente, ou seja, os "fillers" devem ser semelhantes ao suspeito em termos de características físicas. No caso do uso de fotografias, é importante utilizar ângulos, observação e iluminação semelhantes, de modo que o suspeito não se destaque no acompanhamento.

Os autores Cecconello e Stein acreditam que a realização de um experimento pode ser uma abordagem eficaz para conscientizar os profissionais do sistema de justiça sobre a importância de apresentar o suspeito em um justo procedimento. Ao contrário do que é sugerido pelo artigo II do Código Penal Brasileiro, que considera a apresentação de fillers semelhantes durante um julgamento como uma mera possibilidade, pesquisas justificam que isso é uma premissa fundamental para um procedimento de reconhecimento justo. Além disso, é crucial enfatizar que os rostos apresentados como fillers devem ser inocentes e semelhantes ao suspeito, de modo que ele não se destaque dos demais. Quando esse justo é alcançado, ou seja, quando o suspeito não se destaca dos outros filler. (CECCONELLO; STEIN, 2022, p. 425-431)

Na prática, o que se observa são “show up’s”, na maioria das vezes o réu é o único suspeito apresentado à vítima para que seja realizado o reconhecimento. Vale ressaltar que é mais comum o reconhecimento fotográfico, possivelmente pela carência de infraestrutura investigativa da polícia, que não dispõe de meios suficientes para realizar o procedimento de forma mais segura,

Seguindo essa perspectiva, em um dos principais estudos sobre a prova no sistema jurídico brasileiro, Gustavo Badaró propõe um padrão de prova para a condenação em casos criminais, que requer o cumprimento dos seguintes critérios: (i) existem provas que confirmam, com uma probabilidade extremamente alta, todas as alegações factuais feitas pela acusação; (ii) não existem provas que possam sugerir a ocorrência de um evento concreto diferente de qualquer alegação factual feita pela acusação (BADARÓ, 2019, p. 154-181)

No que diz respeito a uma proposta de reforma legislativa relacionada à coleta de provas de testemunhas/vítimas por meio de seus depoimentos ou reconhecimentos, é crucial adquirir os conhecimentos da psicologia do testemunho em seu conteúdo. Para as entrevistas de coleta de depoimentos, por exemplo, seria essencial especificar o que constitui perguntas indutivas/sugestivas, juntamente com as respectivas consequências legais (como a nulidade absoluta do procedimento) no futuro Código de Processo Penal.

É fundamental incorporar técnicas científicas de entrevistas investigativas, como a entrevista cognitiva, para obter informações de melhor qualidade e em maior quantidade. Essas técnicas comprovam como chances de perguntas indutivas/sugestivas prejudicam a qualidade do depoimento. No entanto, somente por meio do registro (seja em vídeo ou apenas em áudio) é possível monitorar a implementação dessas técnicas de entrevista e avaliar sua eficácia. (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 45-51)

Ainda, segundo os autores Stein e Ávila (2015, p. 49), Um aspecto crucial a ser levado em consideração é a necessidade de treinamento especializado para os profissionais encarregados de realizar tanto o reconhecimento quanto as entrevistas investigativas para coleta de depoimentos. Diferentemente de países como o Reino Unido, Países Baixos e outros, onde programas de treinamento contínuo são adotados, no Brasil é essencial implementar esse tipo de iniciativa para reduzir as lacunas e os erros presentes nas diversas práticas atualmente utilizadas no país, tanto na coleta de depoimentos quanto no processo de reconhecimento.

O processo de reconhecimento de indivíduos é composto por variáveis que podem influenciar a resposta da testemunha, desde a forma como a identificação é apresentada até as instruções, e acompanhadas entre o profissional responsável pelo procedimento (por exemplo, um policial) a pessoa que faz o reconhecimento (ou seja, a vítima ou a testemunha). O simples registro escrito desse procedimento limita a capacidade de

observar, avaliar e considerar esse conjunto de variáveis, que envolve uma complexidade de fatores. Nesse sentido, o termo de reconhecimento escrito geralmente utilizado nas delegacias de polícia não deve ser o único registro do procedimento de identificação. (IDDD, 2019).

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) dispõe ainda que, quando o termo de reconhecimento é redigido após a conclusão do procedimento, a memória do policial se torna uma variável adicional, pois em vez de documentar o que está sendo observado, o registro profissional o que se lembra do procedimento, ficou sujeito a vieses e reservado naturais da memória humana. Nesse caso, é possível que o policial, mesmo sem intenção, misture memórias entre o reconhecimento realizado e os reconhecimentos anteriores, ou até mesmo se lembre das informações de maneira diferente do que realmente ocorreu.

6. CONCLUSÃO:

O presente trabalho abordou o reconhecimento de pessoas como meio de prova no direito penal, destacando sua importância no processo de busca da verdade e assegurando os direitos das partes envolvidas. A prova é um instrumento fundamental para persuadir o juiz a aceitar uma determinada versão dos fatos, porém, sua busca pela verdade não pode ser realizada em detrimento de outros valores e princípios importantes para a justiça e a sociedade.

O procedimento de reconhecimento de pessoas, como meio de prova no processo penal, deve seguir as formalidades investidas no Código de Processo Penal, visando garantir os direitos dos suspeitos e evitar erros. Nesse sentido, é desaconselhável o uso do reconhecimento fotográfico como prova inicial, devendo ser apoiado por outros elementos de consignação. Práticas policiais como o "show-up" também são desaconselháveis, pois aumentam o risco de erro no reconhecimento.

A Psicologia Jurídica desempenha um papel relevante no estudo do reconhecimento de pessoas como prova, especialmente no que diz respeito aos aspectos psicológicos envolvidos na memória e nos relatos de testemunhas. É importante compreender que a memória é um processo de reconstrução e está sujeita a distorções, o que pode levar a relatos imprecisos. Portanto, é fundamental considerar os fatores que podem influenciar a precisão do reconhecimento, como a forma como o suspeito é apresentado e as instruções fornecidas à testemunha.

A teoria do etiquetamento social, também conhecida como abordagem da rotulagem, trouxe uma visão crítica sobre o sistema de justiça criminal, destacando como a rotulagem e a estigmatização podem influenciar o processo de criminalização de um indivíduo. Essa teoria ressalta a importância das reações sociais na formação do

comportamento criminoso e questiona a seletividade e estigmatização presentes no sistema penal.

O sistema de justiça penal enfrenta desafios na implementação de um procedimento de reconhecimento de pessoas seguras. Uma análise de dados comparativos entre os Estados Unidos e o Brasil revela a existência de problemas no processo, como identificações equivocadas e comportamento inadequado das autoridades investigativas. Enquanto outros países promovem atualizações legislativas recomendadas em psicologia do Testemunho, o Brasil ainda segue uma norma defasada de 1941. Essas práticas recomendadas representam um obstáculo para a busca de uma decisão justa.

São necessárias ações para aprimorar o procedimento de reconhecimento de pessoas. Recomenda-se a adoção do método controlado, que envolve a apresentação de suspeitos junto com pessoas semelhantes não suspeitas, a fim de evitar identificações falsas. É importante conscientizar os profissionais do sistema de justiça sobre a importância de um procedimento justo, fornecer treinamento qualificado e utilizar técnicas científicas de entrevistas investigativas, como a entrevista cognitiva.

Além disso, é fundamental examinar os fatores sociais por trás dos comportamentos criminosos e abordar as causas subjacentes, em vez de lidar apenas com as consequências do crime. A persistência da colonialidade e a estigmatização dos criminalizados são aspectos relevantes a serem considerados, uma vez que certos grupos são alvo do sistema penal devido a preconceitos e estigmas. A compreensão viciada e discriminatória pode levar a violação do princípio do *in dubio pro reo*.

Em suma, o reconhecimento de pessoas como prova no direito penal é um tema complexo que envolve questões jurídicas, psicológicas e criminológicas. A busca por um procedimento seguro e justo deve considerar a proteção dos direitos dos suspeitos, a precisão das informações transmitidas e a necessidade de evitar estigmas e detecção. O aprimoramento desse processo contribui para a garantia de um julgamento justo e a busca da verdade no sistema de justiça penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

AYRES, Eduarda. PESSOA, Ulisses. A teoria do "labelling approach" e a sociedade brasileira: a teoria do etiquetamento social no direito penal. *Revista Legis Augustus*, 2017. Disponível em: <https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/legisaugustus/article/view/412>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014.

BARTLETT, Frederic. Remembering: A Study in Experimental and Social Psychology. [Lembrando: Um Estudo em Psicologia Experimental e Social. 30 de jun. de 1995. Reino Unido, Cambridge University Press.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. Processo penal brasileiro. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicologia Latinoamericana*, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 172–188, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>. Consultado em 27 de maio de 2023.

CECCONELLO, W. W., Fitzgerald, R. J., & Stein, L. M.. Efeitos do Alinhamento Justo e Similaridade de Rostos no Reconhecimento de Pessoas. *Psico-usf*, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-82712022270114>. Acesso em: 23 de maio de 2023.

CRUZ, Rogério Schietti. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Condenações e acusações injustas: panorama atual, causas, mecanismos de correção e reparação". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbdpp/a/whtychHSmTnRcbKMDRCbmZpG/?lang=pt#ModalTutors>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

DAHRENDORF, R. O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade. Tradução de Renato Aguiar e Marco Antônio Esteves da Rocha. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

FRANCA, Fátima. Reflexões sobre psicologia jurídica e seu panorama no Brasil. *Psicol. teor. prat.* [online]. 2004, vol.6, n.1, pp. 73-80. ISSN 1516-3687.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. São Paulo, RT, 2000, p. 49.

LOFTUS, Elizabeth. Memórias Fictícias. Trad. de Aristides Isidoro Ferreira. Lusíada, n. 3-4, 2006, Lisboa (Portugal), 2006, p. 347-348.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LONGONI, Anna M. A memória: Nós somos o que lembramos e o que esquecemos. Anna M Longoni: [tradução Euclides balacin, Debora de Souza Balancin]. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um Direito Penal Mínimo. Ed. Del Rey, 2. ed. revista e atualizada, 2002.

SOUSA, Luís Felipe Pires de. Noções de psicologia do testemunho. Biblioteca nacional de Portugal. Edições Almedia, S.A, 2020. ISBN 978-972-40-8611-8 CDU 343.

SCHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STEIN, L. M. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas – Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. [S. l.]: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59)., 2015. E-book.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ NO ÂMBITO DAS EMPRESAS: UMA LEITURA A PARTIR DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DO CASO OLIVEIRA FUENTES VS. PERÚ

LEONARDO SEEFELDT CUOGHI:

Advogado. Pós-graduando em direitos humanos.¹⁸⁴

RESUMO: Com o fortalecimento global das empresas, os principais órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos começaram a demonstrar preocupação com a proteção desses direitos no âmbito privado, iniciando a discussão sobre o papel do Estado e das empresas na promoção dos direitos humanos no ambiente empresarial. A discussão em torno do tema engloba os direitos humanos de uma forma geral, porém, reconhece-se a existência de grupos vulnerabilizados, que sofrem violações em seus direitos de forma estrutural e sistemática, demandando uma atenção e atuação específica, dentro deles, a população LGBTQIA+. O presente artigo analisou a temática a partir do *Caso Oliveira Fuentes vs. Perú*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em fevereiro de 2023, que analisou a discriminação sofrida por um casal homoafetivo praticada por funcionários de uma empresa privada, tendo sido discutido o papel do Estado na proteção dos direitos humanos no ambiente privado bem como o papel das empresas nesse sentido. A partir da análise do caso, constatou-se o diálogo feito pela Corte com diversos documentos internacionais que tratam da temática, que, de forma articulada, evidenciam como o tema vem sendo tratado e entendido pelos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. LGBTQIA+. Empresas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência internacional.

RESUMEN: Con el fortalecimiento mundial de las empresas, los principales organismos internacionales de protección de los derechos humanos comenzaron a mostrar preocupación por la protección de estos derechos en el ámbito privado, iniciando la discusión sobre el papel del Estado y de las empresas en la promoción de los derechos humanos en el entorno empresarial. La discusión en torno al tema abarca los derechos humanos en general, sin embargo, se reconoce la existencia de grupos vulnerables, los cuales sufren violaciones a sus derechos de forma estructural y sistemática, demandando atención y acción específica, dentro de ellos, la población LGBTQIA+. El presente artículo analizó el tema del Caso Oliveira Fuentes vs. Perú, juzgado por la Corte Interamericana de

184 E-mail: leonardo.s.cuoghi@gmail.com

Derechos Humanos em febrero de 2023, que analizó la discriminación sufrida por una pareja del mismo sexo por parte de empleados de una empresa privada, discutiendo el rol de Estado en la protección de los derechos humanos em em ámbito privado, como así el rol de las empresas en este sentido. A partir del análisis del caso, se constato el diálogo realizado por la Corte com varios documentos internacionales que tratan el tema, los cuales, de manera articulada, muestren como el tema há sido tratado y entendido por los órganos internacionales de protección de derechos humanos.

PALABRAS-CLAVES: Derechos humanos. LGBTQIA+. Empresas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia internacional.

1. INTRODUÇÃO

As empresas e suas relações ganharam a atenção nas últimas décadas dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, que constataram um fortalecimento a nível global dessas instituições. Os direitos humanos, com ligação histórica indissociável da luta dos indivíduos contra o arbítrio estatal, demandam, numa nova concepção de mundo, mecanismos de proteção compatíveis com os arranjos sociais que emergem, fazendo com que se reconheça, cada vez mais, ser impossível tratar da proteção e respeito dos direitos humanos sem discutir o papel das empresas nessa atividade.

O ambiente empresarial – compreendido de forma ampla - é uma faceta presente na vida de praticamente todos os indivíduos ao redor do globo, afinal, o sistema capitalista, salvo exceções pontuais, é um fenômeno global, o que propicia a relação direta das pessoas com as empresas, seja na qualidade de funcionários, de fornecedores, de consumidores, de alvos de publicidade etc. Assim, o respeito aos direitos humanos nessa dimensão da vida torna-se cada vez mais urgente.

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), por exemplo, já se trata de uma temática recorrente. Por diversas ocasiões o Tribunal se viu instado a se manifestar sobre fatos que acontecerem no âmbito privado, e partir deles discutir a responsabilidade internacional do Estado. O *Caso Oliveira Fuentes vs. Perú* é o último caso no qual a Corte debruçou-se sobre o tema, com um enfoque particular: a proteção da população LGBTQIA+.

O tema, como natural, é complexo e extenso. Os direitos humanos manifestam-se das mais variadas formas e nos mais diferentes contextos empresariais. As inúmeras facetas da vida que cada direito protege, as variadas relações que possuem um indivíduo com determinada empresa, as infinitas possibilidades de arranjos e de mecanismos de proteção

e outros inúmeros aspectos tornam o tema denso e repleto de filigranas. A partir do *Caso Oliveira Fuentes*, porém, é possível compreender alguns aspectos sobre a temática, em especial com relação à população LGBTQIA+. A análise da sentença do caso permite identificar, para além do posicionamento da Corte, como os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos estão articulando e desenvolvendo a temática.

Assim, tendo por guia o caso em questão, será realizado a análise sobre a proteção e o respeito pelos direitos humanos no ambiente empresarial, com enfoque nos direitos humanos da população LGBTQIA+, identificando-se a responsabilidade dos Estados e das empresas diretamente nessa obrigação.

2. O CASO OLIVEIRA FUENTES VS. PERÚ

O *Caso Oliveira Fuentes vs. Perú*, julgado pela Corte IDH, com sentença proferida em 4 de fevereiro de 2023, revela-se um importante referencial com relação ao tema da proteção dos direitos humanos pelas empresas, em especial com relação à população LGBTQIA+. O Tribunal interamericano teve a oportunidade de se debruçar especificamente sobre a temática e concretizar o dever das empresas (entes privados) acerca da proteção dos direitos humanos, com recorte temático específico para tal grupo.

Em síntese, o cerne do caso reside na repressão sofrida por um casal homoafetivo por parte de funcionários de uma cafeteria, em razão da demonstração pública de afeto entre eles, assim como a proteção insuficiente fornecida pelo Estado peruano.

Em 11 de agosto de 2004, Crissthian Manuel Oliveira Fuentes estava com seu companheiro em uma cafeteria, dentro de um supermercado, em Lima. Lá, haviam realizado demonstrações de afeto típico de um casal, como olhares, toques, beijos, "proximidade física" entre outros. Diante disso, um cliente reclamou a uma funcionária do estabelecimento, afirmando estar incomodado com a situação e que sua filha estaria brincando na área dos jogos, próximo à mesa em que se encontrava o casal. Diante da queixa, a funcionária intercedeu junto ao casal, pedindo que se abstivessem de praticar demonstrações de afeto em respeito aos demais clientes e às crianças próximas ou que teriam que se retirar do estabelecimento. Um agente da polícia teria acompanhado, em dado momento, o incidente.

Oliveira Fuentes insurgiu-se contra a abordagem da funcionária, apontando que se tratava de um ato discriminatório, tendo sido constrangido a se retirar. Tempos depois, como parte de uma reportagem de um programa televisivo, retornou ao local com seu companheiro, juntamente com o jornalista e sua parceira, de sexo diverso. Ambos os casais praticaram intencionalmente demonstrações de afeto, sendo que o casal homoafetivo sofreu novas reprimendas, tendo sido apontado pelos funcionários que a conduta praticada seria incompatível com a política da empresa e que seria possível que agissem assim na rua, mas não no ambiente da empresa, e, portanto, deveriam se retirar. Lado outro, o casal heterossexual não foi advertido de qualquer forma, muito embora tivessem realizado os mesmos atos. É possível encontrar a reportagem sobre o caso na internet¹⁸⁵.

A partir de então, Oliveira Fuentes teria percorrido as instâncias administrativas e judiciais. Inicialmente, apresentou denúncia perante a Comissão de Proteção do Consumidor. Nestes autos, o supermercado defendeu seu comportamento, apontando que não se tratou de ato discriminatório, mas apenas o cuidado com os demais clientes e a moral e os bons costumes. O órgão concluiu que não havia provas suficientes acerca da existência do ato discriminatório, e em razão das versões conflitantes, entendeu infundada a denúncia. Ainda no âmbito administrativo, Oliveira Fuentes interpôs recursos contra a decisão, porém não obteve sucesso (muito embora tenha havido votos divergentes, reconhecendo o ato discriminatório). Após a não resolução na via administrativa, Fuentes inaugurou a instância judicial, ingressando com diversos recursos, porém não logrou êxito em nenhum. Diante da insuficiente resposta estatal, o caso chegou à Corte IDH.

3. A ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO COMO CATEGORIAS PROTEGIDAS PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Na sentença proferida no *Caso Oliveira Fuentes*, a Corte IDH reafirmou sua jurisprudência no sentido de compreender a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas como categorias protegidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), dialogando com seus precedentes e consolidando, ainda mais, o seu entendimento.

Desde o *Caso Atala Riffo e crianças vs. Chile*, julgado em 2012, o Tribunal entende que tais categorias estão contempladas pela CADH, em especial em seu artigo 1.1, que veda qualquer tipo de discriminação em razão de qualquer condição pessoal. Ainda, o entendimento foi reforçado com as Opiniões Consultivas nº 24 e 29, que estabeleceram também o dever de proteção sobre a identidade de gênero, o qual vem sendo reiterado

¹⁸⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=vImSrc6vCBE>. Acesso em 14/06/2023.

na jurisprudência contenciosa do Tribunal, conforme se constata nos *Casos Azul Rojas Marín vs. Perú* e *Vicky Hernández e outras vs. Honduras*.

A proteção das categorias em questão é corolária dos direitos à liberdade, à vida privada e, em suma, da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente as circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias convicções (CORTE IDH, 2021a, p. 33; 2022, p. 20).

O direito à liberdade, previsto no art. 7.1 da CADH, recebe, desde o *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*, uma interpretação ampliativa do Tribunal, no sentido de compreendê-lo como a capacidade de fazer ou deixar de fazer tudo o que é lícitamente permitido, ou seja, organizar, conforme a lei, sua vida pessoal e social, de acordo com suas próprias convicções (CORTE IDH, 2023, p. 32).

O direito à vida privada, por sua vez, consagrado no art. 11.2 da Convenção, engloba aspectos sobre a identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal e o direito de se relacionar com outros seres humanos e o mundo exterior à sua maneira. Ou seja, não se limita à faceta da privacidade, pois abarca uma série de fatores relacionados com a dignidade humana, como por exemplo, a capacidade de desenvolver sua personalidade e de se relacionar, sendo que a vida afetiva é um dos principais aspectos desse âmbito da intimidade. Assim, esse espaço da vida privada caracteriza um espaço de liberdade, devendo estar imune de qualquer ingerência abusiva ou arbitrária por parte de terceiros ou das autoridades públicas (CORTE IDH, 2017, p. 44; 2023, p. 32).

Ou seja, constata-se que, para a Corte IDH, a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias ínsitas ao seres humanos, que constituem a sua própria personalidade, que dão sentido à sua existência, e que devem ser desenvolvidas e expressadas sem qualquer retaliação ou embaraço, sob pena de ofensa à própria dignidade do indivíduo, ao seu direito à liberdade e à vida privada, assim como a vedação à discriminação contida na Convenção. A Corte ressaltou que, à luz dessa perspectiva, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou de particulares, podem diminuir ou restringir, de qualquer modo, os direitos de uma pessoa em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero (CORTE IDH, 2023, p. 29).

Nesse sentido, atenta à realidade, a Corte ressaltou que as formas de discriminação contra as pessoas LGBTQIA+ se manifestam de diversas formas, tanto no âmbito privado quanto público, reconhecendo o quadro de discriminação estrutural existente contra essa população, sendo que as violências praticadas têm por efeito impedir ou anular o

reconhecimento, o gozo ou o exercício dos direitos humanos por parte das pessoas discriminadas (CORTE IDH, 2023, p. 30).

O direito à igualdade e à não discriminação, portanto, nutre indissociável vínculo com a proteção dos direitos humanos, conforme reconhece o Tribunal interamericano, uma vez ser impossível a proteção dos direitos humanos se determinado grupo populacional sofre discriminação, a qual tem por efeito prático justamente negar os direitos desse grupo. Nessa lógica, a Corte assenta que a Convenção, por meio de seus artigos 1.1 e 24 - que reconhecem a igualdade e vedam a discriminação por qualquer condição pessoal -, não permite qualquer prática que coloque determinado grupo numa posição privilegiada, e outro em situação inferior, impedido de gozar seus direitos. Ainda, destaca que o direito à igualdade possui duas dimensões, a primeira formal, que estabelece a igualdade perante a lei, e a segunda material, que exige a adoção de medidas positivas de promoção de determinados grupos, que são histórica e sistematicamente discriminados ou marginalizados; ou seja, cabe ao Estado adotar medidas positivas para corrigir a situação de exclusão e, enfim, garantir verdadeiramente o direito à igualdade, já que o mero tratamento isonômico, em tais casos, é insuficiente diante da realidade encontrada (CORTE IDH, 2023, p. 28/29).

Conclui-se, assim, que a orientação sexual e identidade de gênero são categorias protegidas pela CADH, ou, em outras palavras, são direitos humanos, devendo, portanto, ser objetos de proteção, a fim de que não funcionem como circunstâncias que dão ensejo à discriminação, de forma a impedir determinado grupo populacional de gozar livremente de seus direitos.

4. OS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA

É cediço que os tratados internacionais de direitos humanos, mormente a Convenção Americana, são firmados por Estados soberanos. São estes que se comprometem internacionalmente com a proteção dos direitos humanos, e são estes que são julgados pela Corte IDH. A partir de um caso concreto, a Corte definirá se o Estado processado vulnerou alguns dos direitos humanos aos quais havia se comprometido em proteger. Logo, não pode um indivíduo/ente particular ser réu no processo internacional perante a Corte, por falta de legitimidade. Tal entendimento foi exarado na jurisprudência da Corte já no *Caso Suárez Rosero vs. Equador*, julgado em 1997, no qual se assentou que não cabe ao Tribunal interamericano julgar um particular, sendo tal decisão de competência exclusiva dos tribunais internos do Estado (CORTE IDH, 1997, p. 16).

Não obstante, a Corte IDH expressou no *Caso Oliveira Fuentes*, reafirmando sua jurisprudência, que a obrigação dos Estados de respeitar os direitos humanos, previsto no

art. 1.1 da CADH, não se limita às relações entre os agentes estatais e os particulares, abarcando, também, o dever de proteção na esfera privada, a fim de evitar que terceiros (particulares) vulnerarem os direitos consagrados internacionalmente. Isso implica dizer, portanto, que é possível que um Estado responda internacionalmente por atos praticados por particulares, como ocorrera no caso em tela (CORTE IDH, 2023, p. 33). Vê-se que tal entendimento também foi firmado no âmbito da jurisprudência consultiva da Corte, a qual, em sua Opinião Consultiva n. 23, afirmou a possibilidade de responsabilização do Estado por atos de particulares.

Contudo, a Corte ressaltou que não é qualquer ato praticado por particular que dará ensejo à responsabilização do Estado, devendo-se analisar as circunstâncias do caso concreto. Ao ratificar a CADH, firmando o compromisso de proteção dos direitos humanos, o Estado está obrigado tanto a se abster de praticar qualquer conduta que os vulnere – e aqui tem relevância a análise da discriminação da população LGBTQIA+ -, quanto a adotar medidas afirmativas, capazes de reverter as situações discriminatórias presentes na sociedade, que impedem o gozo dos direitos por determinado grupo estigmatizado. Isto é, tal obrigação positiva reflete no dever especial de proteção que o Estado possui com relação a pratica de terceiros particulares que, com sua tolerância indevida, favoreçam situações discriminatórias (CORTE IDH, 2023, p. 33).

Quer-se dizer, assim, que cabe ao Estados, à luz do marco dos deveres de respeito aos direitos humanos e de adotar disposições de direito interno para garanti-los (previstos nos arts. 1.1 e 2, da CADH), prevenir eventuais violações produzidas por empresas privadas, adotando medidas legislativas, políticas públicas e outras medidas preventivas, assim como cumprir com a obrigação a investigar, punir e reparar violações. Ou seja, os Estados estão obrigados a adotar políticas adequadas, assim como exercer a atividade de regulamentação, monitoração e fiscalização para que as empresas adotem as medidas necessárias para eliminar todo tipo de prática e atitude discriminatórias que violam os direitos humanos, destacando-se, aqui, aqueles da população LGBTQIA+. Em outras palavras, há uma obrigação a ser cumprida pelas empresas e regulada pelo Estado (CORTE IDH, 2023, p. 34/35). É nessa perspectiva, então, quando o Estado falha em regulamentar e fiscalizar a proteção dos direitos humanos na esfera privada, que se reconhece sua responsabilidade internacional.

Um caso paradigmático com relação ao tema é o *Caso dos Buzos Miskitos (Lemoth Morris e outros) vs. Honduras*, no qual a Corte IDH, a despeito do Estado ter reconhecido internacionalmente sua responsabilidade, fez questão de discutir o mérito do caso e de

abordar as suas temáticas subjacentes, dentre elas, a relação entre Estado, empresas e direitos humanos.

Na ocasião, o Tribunal assentou a obrigação dos Estados de garantir o livre e pleno exercício dos direitos previstos na CADH, devendo, para isso, organizar todo o aparato governamental, e, em geral, toda a estrutura pela qual se manifesta o poder público, de forma a efetivamente assegurar tais direitos, tanto numa perspectiva protetiva quanto pós-violatória. Como decorrência dessa obrigação, reconheceu-se que a proteção estende-se para além das relações indivíduo-Estado, alcançando, também, as relações entre particulares, sendo dever do Estado promover políticas públicas, adotar legislações internas e todo tipo de prática que efetivamente assegure os direitos humanos, bem como efetivamente fiscalizar a atuação dos particulares (CORTE IDH, 2021b, p. 16/17).

À luz dessa compreensão, a Corte externou, tanto no *Caso Oliveira Fuentes* quanto no *Caso Buzos Miskitos*, que o Estado deve adotar medidas de forma a compelir as empresas para que a) contem com políticas internas apropriadas com a proteção dos direitos humanos; b) incorporem práticas de boa governança corporativa, que direcione a atividade empresarial para o cumprimento das normas e respeito aos direitos humanos; c) contem com processos internos adequados para identificação, prevenção e correção de violações de direitos humanos; d) contem com processos que permitam a reparação de violações em decorrência das atividades empresariais exercidas (CORTE IDH, 2023, p. 34; 2021b, p. 19).

No *Caso Oliveira Fuentes*, o Tribunal teve a oportunidade de densificar o conteúdo dessas medidas com relação especificamente à população LGBTQIA+. A partir da premissa de que a orientação sexual e identidade de gênero são categorias protegidas pela CADH e da existência de uma discriminação estrutural contra essa população, que a impede de gozar os direitos humanos com igualdade, a Corte reforça o dever do Estado e de toda a sociedade, especialmente das empresas, de combater os atos discriminatórios, a fim de assegurar a efetiva igualdade material, superando a mera igualdade formal (perante a lei). Com esse recorte temático, a Corte acentua que os Estados devem adotar as medidas de regulação, monitoração e fiscalização com o fim de que as empresas assegurem os direitos da população LGBTQIA+, adotando: a) políticas internas de respeito aos direitos humanos incluindo expressamente essa população vulnerável; b) práticas para identificar, prevenir e mitigar todas as violações dos direitos humanos dessa população, relacionadas com suas operações, produtos, serviços e relações comerciais; c) medidas reparatórias eficazes para eventuais violações (CORTE IDH, 2023, p. 35/36).

A partir dos argumentos lançados pela Corte IDH em tais casos, portanto, é possível concluir o papel do Estado com relação à proteção dos direitos humanos na esfera privada. Compreendendo que determinados direitos humanos são expressados também na esfera privada – como a orientação sexual e identidade de gênero -, não basta que o Estado forneça proteção no âmbito de suas relações (indivíduo-Estado). Conforme a melhor exegese da CADH, segundo o Tribunal interamericano, o dever de proteção estende-se ao âmbito particular, sobretudo das empresas, de forma a exigir que os Estados adotem uma postura ativa, articulando uma série de mecanismos internos que possibilitem a tutela desses direitos também neste âmbito, tais como leis, políticas públicas, mecanismos de fiscalização, apuração de responsabilidade etc. A omissão nesse dever positivo, a insuficiente proteção conferida no âmbito particular, a deficiente fiscalização e regulamentação, se presentes diante de uma violação aos direitos humanos, darão ensejo à responsabilização internacional do Estado¹⁸⁶.

6. O PAPEL DAS EMPRESAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Corte IDH, no *Caso Oliveira Fuentes*, articulou o conteúdo de alguns documentos internacionais que abordam a temática da promoção e proteção dos direitos humanos pelas empresas privadas, assentando, a partir deles, os deveres das empresas e a responsabilidade do Estado peruano no caso concreto. Porém, a análise destes documentos permite compreender, para além do caso julgado, a forma com que o tema está sendo tratado atualmente pelo Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, tanto no âmbito interamericano quanto no âmbito global. Destacam-se, entre as referências da Corte, os seguintes documentos a) Os princípios reitores sobre as empresas e os direitos humanos, adotados pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU (Princípios de Ruggie); b) Empresas e direitos humanos: Estandartes interamericanos, documento produzido pela Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); c) Normas de conduta para as empresas: contra a discriminação das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

6.1. Os Princípios de Ruggie: Os Princípios Reitores

¹⁸⁶ Vale a menção que no *Caso Trabalhadores da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e familiares vs. Brasil*, o Estado brasileiro foi responsabilizado internacionalmente justamente em razão da sua omissão na fiscalização da atividade privada, que gerou a ofensa de inúmeros direitos humanos consagrados no sistema interamericano.

A participação das empresas no processo de promoção e proteção dos direitos humanos é tema que ganhou relevância nas últimas décadas por diversos fatores, sobretudo diante das novas configurações empresariais, das empresas multinacionais e sua enorme força econômica e da economia cada vez mais globalizada. A preocupação crescente com o tema fez a ONU se movimentasse para debater o tema, sendo que, após décadas de discussões, movimentos, operações, realidades, a Comissão de Direitos Humanos (hoje Conselho de Direitos Humanos), em 21 de março de 2011, adotou o documento final apresentado por John Ruggie, quem havia sido nomeado pelo Secretário-Geral da ONU como representante especial para o tema de direitos humanos e empresas transnacionais (BENACCHIO; RIBEIRO, 2022, p. 6).

Consoante extrai-se do documento da Comissão e da análise de Benacchio e Ribeiro (2022), o documento apresentado e endossado pelo Conselho de Direitos Humanos traz trinta e um princípios reitores sobre as empresas e os direitos humanos, assentados em três premissas básicas, das quais decorrem a sistematização dos princípios: proteger, respeitar e reparar. A partir dessa lógica, os princípios são divididos em três pilares: a) O dever do Estado de proteger os direitos humanos; b) A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos; c) Acesso a mecanismos de reparação. Cada tópico, por sua vez, é dividido entre princípios fundamentais e princípios operacionais.

Quanto ao dever do Estado de proteger os direitos humanos, o documento traz dois princípios fundamentais (ONU, 2011, p. 7/8)187:

- 1) Os Estados devem proteger contra as violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive as empresas. Para isso devem adotar as medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar os abusos mediante políticas adequadas, atividade de regulamentação e submissão à justiça.
- 2) Os Estados devem declarar claramente que todas as empresas sediadas em seu território e/ou jurisdição devem respeitar os direitos humanos em todas as suas atividades.

Sobre o primeiro princípio fundamental, os comentários contidos no documento assentam que o dever de proteção do Estado é uma norma de conduta, assim, embora não sejam os Estados responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas por agentes privados por si só, podem responder por estarem descumprindo com suas obrigações internacionais de adotar medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e reparar os

187 Tradução livre

abusos cometidos (ONU, 2011, p. 8). Nota-se, pois, que o entendimento da Corte IDH encontra-se em completa harmonia com o posicionamento da ONU sobre o tema, reconhecendo a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por atos de particulares, uma vez caracterizado uma proteção insuficiente neste âmbito – seja por falta de regulamentação, fiscalização, reparação etc.

Nos princípios operacionais, o documento explicita obrigações mais concretas dos Estados, tais como o dever de fazer cumprir as leis que tenham por objeto a proteção de direitos humanos nas empresas, de assessorar as empresas; dever de adotar medidas de proteção; dever de fomentar o respeito aos direitos humanos, dentre outros.

Já com relação a responsabilidade direta das empresas acerca do dever de respeitar os direitos humanos, o documento traz como princípios fundamentais (ONU, 2011, p. 15/17)188:

- 1) As empresas devem respeitar os direitos humanos. Isso significa que devem abster-se de infringir os direitos humanos de terceiro e fazer frente às consequências negativas sobre os direitos humanos que tenham alguma participação.
- 2) A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos reconhecido internacionalmente – abrangendo, no mínimo, os direitos enunciados na Carta Internacional de Direito Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativo aos princípios e direitos fundamentais no trabalho.
- 3) A responsabilidade de respeitar os direitos humanos exige que as empresas: a) Evitem que suas próprias atividades provoquem ou contribuam a provocar consequências negativas sobre os direitos humanos e façam frente a essas consequências quando se produzam; b) Tratem de prevenir ou mitigar as consequências negativas sobre os direitos humanos diretamente relacionadas com operações, produtos ou serviços prestados em suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gera-los;
- 4) A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos aplica-se a todas as empresas, independentemente de seu tamanho, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura. Sem embargo, a magnitude e a

188 Tradução livre.

complexidade dos meios dispostos pelas empresas para assumir essa responsabilidade podem variar em função desses fatores e da gravidade das consequências negativas das atividades da empresa sobre os direitos humanos.

- 5) Para cumprir com sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as empresas devem contar com políticas e procedimentos apropriados em função de seu tamanho e circunstâncias, a saber: a) um compromisso política de assumir sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos; b) um processo de diligência adequada em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos; c) processo que permitam reparar todas as consequências negativas sobre os direitos humanos que tenham provocado ou contribuído a provocar.

Interessante notar, a partir de tais princípios, que se reconhece obrigações diretas das empresas em respeitar os direitos humanos. Os comentários tecidos sobre o primeiro princípio evidenciam a questão (ONU, 2011, p. 15)¹⁸⁹:

A responsabilidade de respeitar os direitos humanos constituem um norma de conduta mundial aplicável a todas as empresas, em qualquer lugar que operem. Existe independentemente da capacidade e/ou voluntariedade dos Estados de cumprir com suas próprias obrigações de direitos humanos e não reduz essas obrigações. Trata-se de uma responsabilidade adicional a de cumprir as leis e regulamentos nacionais para a proteção dos direitos humanos.

Da mesma forma, os princípios operacionais trazidos neste tópico do documento tratam aspectos concretos das obrigações das empresas, como assumir o compromisso político de cumprir os direitos humanos, aprovado pelo mais alto nível diretivo da empresa; obrigação de agir com eficiência para identificar, prevenir e mitigar as consequências negativas de violações dos direitos humanos; obrigação de avaliar os riscos de suas atividade, dentre outros.

Por fim, quanto ao tópico atinente ao acesso de mecanismos de reparação, o documento traz um princípio fundamental (ONU, 2011, p. 25):

- 1) Como parte do dever de proteção contra as violações de direitos humanos relacionadas com atividades empresarias, os Estados devem tomar medidas apropriadas para garantir, pelas vias judiciais, administrativas, legislativas ou de

¹⁸⁹ Tradução livre.

outro tipo que equivalem, que quando se produzam esse tipo de abuso em seu território e/ou jurisdição os afetados possam acessar mecanismo de reparação eficazes.

Os princípios operacionais sobre esse aspecto evidenciam o dever de garantir mecanismos judiciais, extrajudiciais, não estatais, bem como outras obrigações. Esse aspecto reforça a obrigação do Estado de garantir a proteção dos direitos humanos, seja numa perspectiva pré ou pós-violatória.

Retornado ao âmbito interamericano, a Corte IDH, tanto no *Caso dos Buzos Miskitos* quanto no *Caso Oliveira Fuentes*, dialogou com os Princípios de Ruggie, de forma a assentar a responsabilidade das empresas sobre a proteção dos direitos humanos assim como a obrigação dos Estados em garantir, através de um postura ativa, essa âmbito de proteção no ambiente privado.

6.2. Normas de conduta para as empresas: contra a discriminação das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais

Um segundo documento que a Corte IDH dialoga no *Caso Oliveira Fuentes* foi produzido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em setembro de 2017, que dialoga e decorre diretamente dos Princípios de Ruggie e tem por escopo trazer normas de conduta às empresas para que façam frente à discriminação que sofre a população LGBTQIA+.

Segundo consta no resumo do documento, cada vez mais cria-se consciência sobre a importância das empresas para a redução da discriminação e para a promoção da diversidades, sendo que muitas delas já vem tomando medidas para levar a cabo seu compromisso com o respeito aos direitos humanos da população LGBTQIA+. As normas de conduta previstas consistem numa orientação prática às empresas sobre como respeitar e apoiar os direitos humanos da população em questão, tanto no lugar de trabalho, no mercado e na comunidade, que se apoiam no direito internacional dos direitos humanos e estão de acordo com os Princípios Reitores sobre as empresas e os direitos humanos (Princípios de Ruggie) (ONU, 2017, p. 10).

O documento traz cinco normas, especificando o seu âmbito de alcance. Em todo o momento, as empresas devem 1) respeitar os direitos humanos. No ambiente de trabalho, as empresas devem 2) eliminar a discriminação e 3) prestar apoio à população LGBTQIA+, adotando medidas de inclusão. No mercado, devem 4) prevenir outras violações de direitos humanos. E na comunidade, devem 5) atuar na esfera pública. A partir do conjunto destas

normas, ter-se-á um conjunto de elementos de referência para guiar a atuação das empresas. Cada norma, ainda, é densificada pelo próprio documento.

Quanto ao dever de respeito dos direitos humanos, devem as empresas formular políticas que atendam sua responsabilidade, prevendo expressamente o direito da população LGBTQIA+; devem exercer fiscalização diligente para detectar, prevenir e mitigar qualquer repercussão negativa de violações ocorridas relacionadas a suas operações, produtos, serviços e relações comerciais; e devem reparar todas as violações ocorridas.

No tocante à eliminação da discriminação, as empresas devem adotar medidas para que orientação sexual, a identidade ou expressão de gênero não gerem qualquer tipo de discriminação em suas atividades, internas e externas, devendo criar a consciência entre seus empregados sobre a diversidade, sobre o problemas que enfrentam essa população e sobre o dever de respeito, bem como respeitar a intimidade e fornecer as mesmas prestações a todos.

Com relação às obrigações de prestar apoio, as empresas devem adotar medidas proativas para criar um ambiente positivo e afirmativo que garanta a dignidade da população LGBTQIA+, inclusive apoiando a criação de grupos informais por parte dos próprios funcionários dessa população, garantindo-lhe as mesmas oportunidades de participar em atividades fora do trabalho.

Como forma de prevenir outras violações de direitos humanos, as empresas devem detectar, prevenir e mitigar outros riscos para os direitos humanos que podem ser específicos em seu setor ou contexto local. Devem, para isso, possuir mecanismos em que os funcionários e outros interessados possam apresentar denúncias com segurança.

Já na esfera pública, reconhece-se que as empresas não podem mudar a sociedade por si sós, o que faz importante sua participação na sociedade, devendo comunicar de forma clara sua política de respeito aos direitos humanos, promover ações coletivas, dentre outros.

Vê-se, assim, que o documento traz normas de conduta para as empresas e diversos aspectos práticos de sua aplicação, especificando, em diversas dimensões, seus desdobramentos. Ademais, é possível extrair das dimensões para as quais as obrigações se espraiam, que o dever das empresas exorbita o seu próprio âmbito interno; ou seja, o respeito com os direitos humanos de uma forma geral e especificamente da população LGBTQIA+ não se limita à relação funcionário-empresa, expandindo-se, também, para as relações comerciais como um todo, a relação com os fornecedores, consumidores e comunidade em geral.

Por fim, a título de arremate, é oportuno transcrever um trecho do documento que responde a uma questão central da temática: a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos é uma obrigação jurídica? (ONU, 2017, p. 24):

Os Princípios Reitores sobre as Empresas e Direitos Humanos não são um instrumento internacional do qual emanam obrigações jurídicas para as empresas. De acordo com eles, a responsabilidade de respeitar os direitos humanos é uma norma porque se espera que as empresas firmem-se sobre a base do direito internacional e das convenções vigentes.

Sem embargo, isso não implica que essa responsabilidade não está relacionada com nenhuma obrigação jurídica, porque é possível que esteja reconhecida na legislação nacional que rege as atividades empresariais ou os acordo vinculantes celebrados entre as empresas e seus clientes e fornecedores, empresariais ou privados, razão pela qual poderia ser aplicada pelos meios judiciais. Ademais, em algumas circunstâncias as empresas também podem ter obrigações decorrentes do direito internacional humanitário e do direito penal internacional.¹⁹⁰

6.3. Empresas e direitos humanos: Estandartes interamericanos

Por fim, um terceiro documento trabalhado pela Corte IDH é oriundo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), realizado através de sua Relatoria Especial sobre os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA), aprovado em 1º de novembro de 2019, o qual analisa a relação entre empresas e direitos humanos a partir, sobretudo, de parâmetros interamericanos.

Logo na introdução do documento, a CIDH e a REDESCA evidenciam a importância que o tema “empresas e direitos humanos” vem ganhando no cenário internacional, indicando ser indispensável assentar a responsabilidade dos Estados acerca da temática. Ainda, destacam a importância das empresas e do comércio no processo de geração de riqueza, empregos e maior bem-estar da sociedade, que atuam como atores impulsionadores da economia e do desenvolvimento dos povos do continente americano, porém ressaltam que não existe desenvolvimento efetivo sem o respeito pleno aos direitos humanos, uma vez que este não pode ocorrer senão de forma sustentável, justa e igualitária, buscando crescimento econômico com equidade e consolidação da

¹⁹⁰ Tradução livre.

democracia. Assim, cabe aos Estados assegurar que as atividades empresarias não sejam desenvolvidas às custas dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, mormente dos grupos vulnerabilizados, sendo inadmissível a tolerância de violação de direitos humanos para justificar benefícios econômicos individuais ou gerais (CIDH, 2019, p. 13/14).

O documento em questão traz uma abordagem ampla sobre a temática, dialogando com seus mais variados aspectos. Porém, por uma questão metodológica, cabe a análise de pontos centrais para a temática ora estudada.

A partir da análise da normativa interamericana, em especial da (CADH), bem como da normativa internacional a nível global, em especial os Princípios de Ruggie, a Comissão assenta, assim como a Corte IDH, a obrigação dos Estados em proteger e promover os direitos humanos na esfera privada, devendo adotar as medidas apropriadas para tanto. Reconhece-se, assim, a obrigação positiva que impõe a normativa internacional aos Estados, de forma a reconhecer que não basta não violar os direitos humanos, devendo-se, também, dispensar uma proteção efetiva sobre eles, adotando-se medidas afirmativas, tanto no âmbito público ou particular (CIDH, 2019, p. 53/54).

Tais medidas afirmativas, ainda, ganham especial relevo quando se identifica uma situação de especial vulnerabilidade de um grupo, acentuando o dever de garantia do Estado, dada a situação de discriminação e violência estrutural e histórica que acomete tal população (CIDH, 2019, p. 54). Entre tais grupos, identifica-se a população LGBTQIA+.

Nesse contexto, a Comissão e a Relatoria Especial apontam quatro deveres estatais claros que identificam como obrigação para dar cumprimento a garantia de proteção dos direitos humanos no contexto de atividades empresarias: a) dever de regular e adotar normativa interna; b) dever de prevenir violações; c) dever de fiscalizar tais atividades; d) dever de investigar, sancionar e assegurar o acesso a reparações integrais para as vítimas (CIDH, 2019, p. 55).

Interessante notar, ainda, o destaque que o documento faz com relação à evolução dos direitos humanos no âmbito internacional. Com efeito, as obrigações em matéria de direitos humanos são histórica e primordialmente estatais, porém a evolução da matéria vem revelando que outros atores também podem ter obrigações em tal regime. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência, por exemplo, prevê a possibilidade de certas organizações internacionais firmarem e aderirem ao dito tratado – ou seja, não apenas Estados podem ratificá-lo. O art. 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua vez, dispõe que nenhum Estado, grupo ou pessoa, pode interpretar suas disposições de forma a destruir quaisquer dos direitos e liberdades ali previstas – o que evidencia a importância de atores não estatais. E nesse prisma, o próprio

Pilar II dos Princípios de Ruggie evidencia a obrigação direta das empresas de respeitar os direitos humanos, sendo tal uma norma de conduta mundial, aplicável independentemente de normas internas e das obrigações internacionais assumidas pelo Estado (CIDH, 2019, p. 93/94).

Não obstante o reconhecimento das obrigações das empresas, a Comissão ressalta o limite de competência, tanto sua quanto da Corte IDH, para o conhecimento de casos em que se aponta entes privados como violadores diretos de direitos humanos, porém frisa que a ausência de uma mecanismo internacional de controle não implica dizer que as normas internacionais de direitos humanos não se aplicam às empresas. Reconhece-se que, a partir das obrigações de garantia e proteção dos Estados, as empresas podem impedir ou favorecer a realização dos direitos humanos (CIDH, 2019, p. 95).

A Comissão, ainda, faz uma constatação precisa: parte-se do reconhecimento da dignidade humana como fundamento para os direitos humanos internacional reconhecidos; essa dignidade é incondicional e, em consequência, sua proteção e respeito não podem depender de fatores extrínsecos, incluindo a identidade do agressor (CIDH, 2019, p. 96).

À luz desse contexto, a CIDH assenta, portanto, a responsabilidade dos Estados em efetivamente proteger os direitos humanos no âmbito privado, por meio de medidas adequadas, bem como o dever das empresas de respeitá-los em todas as suas atividades, de forma a promover um desenvolvimento econômico e social dos países de forma consentânea com a proteção da dignidade humana.

Após uma análise ampla sobre a responsabilidade dos Estados e das empresas sobre a proteção e respeito dos direitos humanos, a Comissão e sua REDESCA avançam para uma análise das especificidades que determinados grupos populacionais vulnerabilizados ostentam no âmbito empresarial, dada a situação de violência e discriminação estrutural e histórica que enfrentam. Dentre os diversos grupos identificados, pertine a este artigo a análise feita do grupo LGBTQIA+.

De uma forma geral, a Comissão relembra o dever especial dos Estados de proteger os grupos vulnerabilizados, uma vez que, para além da proteção geral que deve ser dispensada a todos os indivíduos, tais grupos possuem particularidades e contexto sociais que demandam uma atenção especial, a exigir medidas imediatas e socioculturalmente adequadas para prevenir, reduzir e eliminar as condições e atitudes que geram a perpetuação das violações de direitos humanos (CIDH, 2019, p. 155).

A REDESCA observa, a partir dos dados colhidos, que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias que geram discriminação e violência no ambiente de trabalho, em especial diante dos padrões culturais que constituem e formaram historicamente as sociedades no continente Americano, como a heteronormatividade, a cisnormatividade, a hierarquia social, a binariedade do sexo e gênero e a misoginia. Tais padrões culturais combinados com a intolerância quase generalizada faz com que as pessoas com orientação sexual, identidade e expressão de gênero não normativas (“padrão”) sofram violações em seus direitos (CIDH, 2019, p. 181/182).

Nesse contexto de violação, destaca que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já identificou diversos casos discriminatórios: as pessoas LGBTQIA+ são alvos de perguntas invasivas sobre sua vida privada, devem ajustar-se às exigências da noção binária de masculinidade e feminidade para lograr aceitação no ambiente profissional e em muitos casos esconder, negar ou manter em segredo sua orientação sexual ou identidade de gênero para conseguir uma vaga de emprego, não perdê-lo, não sofrer represálias ou ridicularizações. As pessoas trans, ainda, sofrem de maneira acentuada com tal situação, como a impossibilidade de obter documentação que reflita seu nome e gênero, desrespeito ao seu nome e a sua forma de se vestir, impossibilidade de utilizar banheiros públicos de acordo com sua identidade e maior hostilidade de seus colegas de trabalhos; tal contexto faz com que tais pessoas sejam expostas ao trabalho sexual, única estratégia de sobrevivência que lhes resta, o que reforça sua vulnerabilidade (CIDH, 2019, p. 182).

Além desse cenário hostil encontrado pela população LGBTQIA+ no ambiente laboral, o documento demonstra preocupação com a abordagem pública sobre ela pelas empresas de comunicação. A partir da análise de casos concretos, a Comissão ressalta que os meios de comunicação tendem a ignorar por completo os assuntos que afetam tal população, ou mesmo, quando abordam, o fazem de maneira sensacionalista e pejorativa, reforçando estereótipos e contribuindo para a realidade social que viola os direitos humanos desse grupo (CIDH, 2019, p. 184).

Tal realidade de discriminação produz um ciclo de exclusão, que tende a culminar na pobreza, na falta de acessos a serviços, oportunidades e prestações sociais, vulnerabilizando de forma mais acentuada a população LGBTQIA+ (CIDH, 2019, p. 184/185).

A CIDH e sua REDESCA, assim, reconhecem o papel importante que as empresas no geral cumprem em transformar concepções estereotipadas sobre essa população, podendo assim, por meio da inclusão, fomentar o respeito dos princípios da não discriminação e efetivamente transformar a realidade social. Nessa compreensão, exortam

aos Estados para redobrar os esforços para que se faça garantir os direitos das pessoas LGBTQIA+, em particular assegurando que as empresas cumpram com suas responsabilidades de respeitar os direitos humanos (CIDH, 2019, p. 183).

7. CONCLUSÃO

O reconhecimento da importância das empresas no papel de proteção e respeito dos direitos humanos já é dado nos órgãos internacionais de proteção desses direitos. Tanto no âmbito global quanto interamericano, há robusta discussão sobre o tema, revelando sua relevância e sua indispensabilidade para efetivamente se conseguir uma proteção ampla dos direitos humanos, em todas as sociedades e em todas as dimensões da vida dos indivíduos, da pública à privada.

A discussão permite reconhecer diferentes enfoques temáticos. Ao passo em que se busca a proteção e promoção de todos os direitos humanos, reconhece-se que grupos vulnerabilizados demandam uma atenção especial e medidas específicas, a fim de que seus direitos sejam efetivamente cumpridos. Tal exigência revela-se a medida em que se percebe uma realidade de violência e discriminação estrutural e histórica, que sistematicamente nega direitos a esses grupos em todas as suas dimensões de vida; dentre eles, a população LGBTQIA+. Essa constatação leva a Corte IDH a assentar que é impossível a proteção dos direitos humanos sem a promoção da igualdade e da não discriminação – categorias protegidas pela CADH –, uma vez que atos discriminatórios tem por condão justamente obstaculizar ou efetivamente negar o gozo de direitos por parte do indivíduo discriminado; logo, somente com o tratamento isonômico, tanto numa perspectiva formal quanto material (que impõe medidas afirmativas), com a garantia de que todos os indivíduos poderão gozar de seus direitos da mesma forma e com a mesma intensidade, é que se pode promover de forma efetiva a dignidade humana.

Com uma análise da temática tendo por guia o *Caso Oliveira Fuentes vs. Perú*, julgado pela Corte IDH, é possível conhecer, para além da jurisprudência do Tribunal, as articulações que faz o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos sobre o tema. A partir da análise dos fatos do caso, a Corte chega a conclusões importantes, que consolidam sua jurisprudência e dialogam com o Sistema Internacional de Proteção de uma forma ampla.

O Tribunal assenta a possibilidade de um Estado ser responsabilizado internacionalmente por um ato de particular, isso porque emerge da CADH os deveres de proteção dos direitos humanos, que compreende, além do respeito devido por eles por parte dos agentes estatais, o dever de organizar todo o aparato governamental, e, em

geral, toda a estrutura pela qual se manifesta o poder público, de forma a efetivamente assegurar tais direitos, tanto numa perspectiva protetiva quanto pós-violatória, seja nos espaços públicos ou privados da vida. Ou seja, é preciso existir legislações e políticas públicas que exijam e incentivem a observância dos direitos humanos no âmbito empresarial, bem como efetiva regularização e fiscalização dos entes privados, punindo-se quando necessário. A deficiência nesse dever de proteção – positivo – implica a ofensa à CADH e, por consequência, a responsabilização internacional do Estado. Em outras palavras, é obrigação do Estado promover a proteção dos direitos humanos no âmbito privado, adotando as medidas necessárias e possíveis para tanto.

Ainda, a Corte reconhece a importância do papel das empresas diretamente na promoção e respeito dos direitos humanos, mormente com relação aos grupos vulnerabilizados, com destaque à população LGBTQIA+. No caso concreto reconheceu-se os atos discriminatórios praticados contra o casal homoafetivo, o que evidencia que os direitos humanos podem ser violados nos ambientes privados, tendo por agressor diretamente as empresas.

Nesse contexto, dialoga com documentos internacionais centrais sobre o tema; no presente artigo destacou-se os três principais. O primeiro se trata dos Princípios Reitores das Empresas e Direitos Humanos (Princípios de Ruggie), principal documento no âmbito da ONU que dispõe acerca do dever das empresas de proteção e respeito dos direitos humanos, o qual prevê uma séria de princípios aplicáveis tanto aos Estados quanto às empresas. O segundo trata-se de um manual de condutas produzidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, corolário dos Princípios de Ruggie, que especifica os deveres das empresas, trazendo normas de conduta em diferentes dimensões da atividade empresarial que são compatíveis e são aptas à promoção dos direitos humanos. Por fim, destacou-se um documento produzido pela CIDH e sua Relatoria Especial para os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, que analisa, com enfoque no continente Americano, o papel do Estado e das empresas na promoção dos direitos humanos no ambiente privado e empresarial, trazendo diversos aspectos da temática e destaques com relação a grupos vulnerabilizados, dentre deles a população LGBTQIA+.

Conforme analisado, todos os documentos se inter-relacionam e nutrem mútua conexão. Na sentença do *Caso Oliveira Fuentes*, a Corte promove um diálogo construtivo entre eles, de forma a assentar postulados sólidos sobre o tema, analisados ao longo do artigo, o quais podem ser assim sistematizados: a) a orientação sexual e identidade de gênero como categorias protegidas pela CADH; b) a indispensabilidade da igualdade e não discriminação como fatores de promoção dos direitos humanos; c) o dever dos Estados de

garantir o respeito dos direitos humanos no ambiente privado e empresarial, devendo adotar as medidas pertinentes e adequadas para tanto; d) a possibilidade de responsabilização internacional do Estado caso não cumpra de forma satisfatória esse dever positivo de proteção; d) a importância das empresas no papel de promoção dos direitos humanos, devendo comprometer-se com os direitos humanos e criar mecanismos internos que garantam sua efetiva promoção, tais como políticas internas, canais de denúncias, capacitação de funcionários dentre outros.

REFERÊNCIAS

BENHACCHIO, Marcelo; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. **As empresas transnacionais e os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos da Organização das Nações Unidas**. Revista.unicuritiba.edu.br, 2022. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/download/5894/371373865>. Acesso em 22/05/2023.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos**, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 18/06/2023.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso dos Buzos Miskitos (Lemonth Morris e outros) vs. Honduras**, 31 de agosto de 2021b. Série C No. 432. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf. Acesso em: 16/06/2023.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Oliveira Fuentes vs. Perú**, 4 de fevereiro de 2023. Série C No. 484. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_484_esp.pdf. Acesso em: 15/06/2023.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva nº 24**, 24 de novembro de 2017. Série A No. 24. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 15/06/2023.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Pavez Pavez vs. Chile**, 4 de fevereiro de 2022. Série C No. 449. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf. Acesso em: 15/06/2023.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Suárez Rosero vs. Ecuador**, 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Disponible em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf. Acesso em: 14/06/2023.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Vicky Hernandez vs. Honduras**, 26 de março de 2021a. Serie C No. 442. Disponible em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Acesso em: 15/06/2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales: normas de conducta para las empresas**, 2017. Disponible em: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/04/Principios-mundiales-para-las-empresas.pdf>. Acesso em: 17/06/2023.

_____. Organização das Nações Unidas. **Principios Recortes sobre las empresas y los derechos humanos: puesta em práctica del marco da las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"**, 2011. Disponible em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/121/93/PDF/G1112193.pdf?OpenElement>. Acesso em: 17/06/2023.

A GUARDA COMPARTILHADA COMO ELEMENTO INIBIDOR DA ALIENAÇÃO PARENTAL

NATALIA CRISTINA DA SILVA ROVOLI:
graduanda em Direito pela Universidade
Brasil. Campus Fernandópolis.

ARIANE DE CARVALHO PORTELA VATANABE
(orientadora)

*“O direito é realidade universal. Onde quer
que exista o homem, aí existe o direito
como expressão da vida e de convivência.”*
(MIGUEL REALE, 2002)

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que a determinação da guarda compartilhada é capaz de prevenir e inibir a prática da alienação parental. Pretende-se, à luz da literatura recente e do nosso ordenamento jurídico, analisar, apresentar e discutir os principais aspectos teóricos acerca do tema. Deste modo, buscou-se apresentar, a importância da família na formação dos filhos, bem como o direito de convivência familiar, que se destaca como um dos mais importantes direitos derivados do poder familiar. Aliado a isso, buscou-se conceituar o poder familiar antes e após o rompimento da relação conjugal. Além disso, buscou-se apresentar o instituto da guarda compartilhada como mecanismo propulsor da igualdade do poder de família, a partir da análise da Lei nº 13.058/2014. Também buscou-se apresentar o conceito de alienação parental e seus principais aspectos, a partir da análise da Lei nº 12.318/2010. E por fim, considerando os efeitos emocionais e psicológicos que a alienação parental pode ocasionar aos filhos menores e ao genitor alienado, buscou-se demonstrar que, a guarda compartilhada é um elemento capaz de prevenir e inibir, o desenvolvimento da alienação parental, sendo essa a conclusão deste estudo em que se utilizou o método da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Inibir. Alienação Parental.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate that the determination of shared custody is capable of preventing and inhibiting the practice of parental alienation. It is intended, in the light of recent literature and our legal system, to analyze, present and discuss the main theoretical aspects about the subject. In this way, we sought to present the importance of the family in the upbringing of children, as well as the right to family life, which stands out as one of the most important rights derived from family power. Allied to

this, we sought to conceptualize family power before and after the breakup of the marital relationship. In addition, we sought to present the institute of shared custody as a driving mechanism for the equality of family power, based on the analysis of Law nº 13.058/2014. We also sought to present the concept of parental alienation and its main aspects, based on the analysis of Law nº 12.318/2010. And finally, considering the emotional and psychological effects that parental alienation can cause to minor children and the alienated parent, we sought to demonstrate that shared custody is an element capable of preventing and inhibiting the development of parental alienation, which is the conclusion of this study in which the bibliographic research method is used.

Key words: Shared Custody. Inhibit. Parental Alienation.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, a prática da alienação parental é um dos temas mais delicados, abordado pelo Direito de Família, considerando que, a referida prática tem sido recorrente após o rompimento das relações conjugais.

Para a Constituição Federal, a família é a base da sociedade, cabendo ao Estado, a família e a sociedade promover a sua proteção e garantir-lhe o exercício efetivo de seus direitos fundamentais, a fim de assegurar o seu desenvolvimento.

Evidente que a família é de suma importância na formação dos filhos e ciente disso, nosso ordenamento jurídico como um todo, busca estabelecer normas legais que garantam os direitos da criança e do adolescente relacionado a convivência familiar, que se destaca como um dos mais importantes direitos derivados do poder familiar, senão o mais importante.

Como é cediço, o término de uma relação conjugal, enseja uma série de consequências ao menor e aos pais, que nesta etapa deverão fixar o regime de guarda do filho.

Entretendo, mesmo com o rompimento da relação conjugal, o poder familiar sobrevém, tendo em vista ser um poder indelegável e que possui como pretexto salvaguardar a estrutura do Estado e da sociedade.

É nesse contexto que surge a alienação parental, consistente em uma prática que implica negativamente no desenvolvimento emocional e psicológico da criança ou do adolescente, utilizada na maioria dos casos com o objetivo de prejudicar o vínculo existente entre o menor e o genitor alienado, o que acaba por ferir um direito fundamental da criança, qual seja, o da convivência com o genitor alienado.

Entretanto, difere-se da alienação parental a síndrome de alienação parental. A alienação parental é a prática do ato em si, enquanto que, a síndrome de alienação parental é a consequência psicológica causada pela alienação.

Por sua vez, a opção pela guarda compartilhada, permite que ambos os genitores participem da vida do menor de forma igualitária e exerça igualmente o poder de família, compartilhando todas as responsabilidades e tomando decisões conjuntamente.

Nesse diapasão, a doutrina majoritária defende que, a modalidade de guarda compartilhada é a mais favorável, sobretudo, no tocante ao bem-estar dos filhos, vez que, a escolha desta modalidade proporciona a redução da ocorrência da alienação parental.

Desse modo, o presente trabalho visa demonstrar o valor social da guarda compartilhada como um elemento extremamente eficaz e capaz de prevenir e inibir os atos da alienação parental, devendo ser implementada sempre que possível, com o intuito de resguardar os direitos fundamentais da criança ou do adolescente.

A escolha do tema se justifica, primeiramente, pela contribuição científica do estudo, tendo em vista se tratar de assuntos instigantes para o Direito de Família, bem como pela contribuição social, considerando que o tratamento do atual tema prioriza o melhor interesse do menor.

Por fim, a metodologia adotada para a elaboração deste artigo científico foi a pesquisa bibliográfica, realizada em doutrinas, artigos científicos, bem como legislações pertinentes ao objeto deste estudo.

2 FAMÍLIA NA ERA CONTEMPORÂNEA

Desde os tempos passados até os dias atuais, houveram grandes modificações na instituição familiar, principalmente no tocante ao modelo tradicional de família.

Para a doutrina, a família não é formada apenas a partir da união entre o homem e a mulher, atualmente ela representa uma significação muito mais abrangente, conforme preceitua:

[...] o conceito de família reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo-nos um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de não correremos o risco de cair no *lugar-comum* da retórica vazia ou no exacerbado tecnicismo desprovido de aplicabilidade técnica (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2022, p. 51).

Com efeito, a instituição familiar, interfere na formação e desenvolvimento dos filhos, visto que, a convivência com a família é o principal espaço de socialização do menor.

A esse propósito, a doutrina assevera o seguinte: “Assim sendo, considerando que todo homem, desde o nascimento, torna-se membro de uma família e a ela pertence unido por toda a sua existência, mesmo que venha formar outra...” (MALUF, C. e MALUF, A., 2021, p. 26).

Não é à toa que famílias estruturadas apresentam melhores condições para a criação e o desenvolvimento integral dos filhos, enquanto que famílias desestruturadas tendem a prejudicar o seu efetivo desenvolvimento.

Desse modo, conclui-se que, a família é de suma importância na formação dos filhos e ciente disso, nosso ordenamento jurídico como um todo, busca estabelecer normas legais que garantam os direitos da criança e do adolescente relacionado a convivência familiar.

2.1 A proteção da família na Constituição Federal e a defesa da convivência familiar como direito fundamental do menor

A proteção familiar encontra respaldo na legislação pátria, especialmente prevista no art. 226, *caput*, que estabelece ser a família a base da sociedade, gozando de especial proteção do Estado.

Acerca do tema, a doutrina defende que:

A família passou por grande evolução constitucional, podendo ser consignado que “um dos maiores avanços ocorridos no direito brasileiro, após a Constituição de 1988, foi a consagração normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, pois sua eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que clamavam por sua inserção constitucional” (MALUF, C. e MALUF, A., 2021, p. 105).

Além disso, a normatização constitucional acerca da proteção familiar preconiza de forma bastante clara, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, em seu art. 227, *in verbis*:

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, à 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.

Não só isso, além da Constituição Federal, foram criadas outras normas seguindo o mesmo caráter normativo e principiológico, a fim de assegurar os direitos do menor, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei nº 8069/90, o que demonstra ainda mais que nosso ordenamento jurídico prioriza o melhor interesse do menor e a sua convivência familiar.

3 PODER FAMILIAR

A princípio, o poder familiar consiste no conjunto de direitos e deveres dos pais, em razão e nos limites da autoridade que desempenham em face dos filhos, enquanto estes, ainda não atingiram a plena capacidade civil.

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento doutrinário, que preconiza:

O poder familiar pode ser entendido como o conjunto de direitos e obrigações, atribuídos igualmente ao pai e à mãe, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores, com o intuito de proporcionar o desenvolvimento de sua personalidade e potencialidades (MALUF, C. e MALUF, A., 2021, p.1.205).

Também é possível definir, que o poder familiar constitui um conjunto de prerrogativas legais concedidas aos pais para a criação, orientação e proteção dos filhos menores de 18 (dezoito) anos (RAMOS, 2016).

O Código Civil de 2002, aperfeiçoando a matéria, em seu art. 1.631, dispõe que, durante o casamento ou união estável, o poder familiar compete aos pais, sendo que, na falta ou no impedimento de algum deles, o outro poderá exercê-lo com exclusividade.

Complementarmente, a fim de disciplinar o conteúdo acerca dos poderes conferidos aos pais, o Código Civil, determina que seu art. 1.634, o seguinte:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Outrossim, impende destacar, a previsão contida nos arts. 227 e 229 da Constituição Federal, que determinam que os detentores do poder familiar possuem a obrigação de assistir, zelar pela saúde, vida, alimentação, educação, respeito, lazer, dignidade, liberdade, cultura, além de garantir proteção de qualquer forma de discriminação, exploração, crueldade, negligência e opressão.

3.1 O poder familiar após dissolução da sociedade conjugal

Notadamente, a família sempre desempenhou um papel primordial na vida dos filhos, razão pela qual a formação familiar é definida como um direito fundamental.

Não obstante, o seu desfazimento também possui respaldo legal, devido a proteção dos direitos humanos e dos direitos da personalidade.

Quanto ao instituto do casamento, impende destacar o seguinte entendimento:

[...] o casamento é um instituto de amplo alcance, que regula a vida dos cônjuges, suas obrigações e relações recíprocas, de âmbito moral, social e material, instituindo deveres para com a estrutura familiar e com a prole. Cria um vínculo jurídico entre os cônjuges,

constituindo a sociedade conjugal, que, a seu turno, engloba a vida das partes em sua ampla dimensão (MALUF, C. e MALUF, A., 2021, p.511).

Inicialmente, a família era constituída pelo casamento válido, entretanto, com o passar dos tempos também a união estável e a monoparentalidade passaram a ter proteção constitucional como formadora de família, nos termos do art. 226 e seus parágrafos, da Constituição Federal.

Durante o casamento ou união estável, o poder familiar é de responsabilidade de ambos os pais, portanto, quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, o vínculo entre genitores e a prole não se dissolve, cabendo a ambos os pais permanecerem no exercício do poder familiar.

Sucedo, pois, que o poder familiar sobrevém mesmo após a separação dos pais, tendo em vista ser um poder indelegável e que possui o objetivo de salvaguardar a estrutura do Estado e da sociedade.

Outrossim, não se confunde guarda com poder familiar, vez que, o poder familiar existirá independentemente da existência da guarda, salvo nos casos de sua perda, na forma do art. 1.638, do Código Civil.

Ainda, acerca do tema, o Código Civil, em seu art. 1.589 leciona que, o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, bem como fiscalizar a sua manutenção e educação.

Outro ponto importante, é que, apesar da dissolução da sociedade conjugal, é irrelevante a culpa no desenlace conjugal com a determinação da guarda de filhos ou mesmo com relação a partilha de bens.

É o que entende Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 1.099), ao explicar:

Isso porque, no primeiro caso, interessa, tão somente, a busca do interesse existencial da criança ou do adolescente, pouco importando quem fora o "culpado" na separação ou no divórcio e, no segundo, porque a divisão patrimonial opera-se mediante a aplicação das normas do regime adotado, independentemente de quem haja sido o responsável pelo fim da união.

Por fim, vale ressaltar que, conforme prevê o art. 1.636, do Código Civil, na hipótese de um dos genitores estabelecer um novo casamento, o poder familiar não será transferido ao novo cônjuge.

Isto posto, o poder familiar é um dever recíproco dos genitores a ser praticado no interesse dos filhos e da família, inclusive quanto ao sustento, a alimentação, a saúde e a educação, mesmo após o rompimento da relação conjugal.

4 GUARDA COMPARTILHADA

A separação dos cônjuges não deve significar o rompimento do vínculo entre pais e filhos, o princípio do melhor interesse da criança deve sempre ser observado, sendo essencial após o rompimento da relação conjugal, a fixação da guarda.

Consoante a isso, é importante trazer a definição de guarda, que consiste em uma das medidas jurídicas que legaliza a situação de crianças ou adolescentes menores, qual, quem a detém, possui o dever de cuidado, vigilância e proteção.

Outrossim, importante esclarecer que existem outras modalidades de guarda, mas no presente trabalho, será abordado apenas o instituto da guarda compartilhada.

A princípio, o instituto da guarda compartilhada passou por diversas modificações supervenientes à edição do atual Código Civil, mas o tema encontra-se previsto inicialmente no art. 1.583 do referido compilado legal.

Primeiramente, foi editada a Lei nº 11.698/2008, com o fim de instituir e disciplinar a guarda compartilhada como uma das modalidades a ser adotadas em nosso ordenamento jurídico.

Posteriormente, foi criada a Lei nº 13.058/2014, a fim de determinar o conceito legal de guarda compartilhada, sobretudo, acerca de sua aplicação e instituir a preferência por tal modalidade no ordenamento jurídico brasileiro, que somente deve ser afastada a fim de atender o melhor interesse do menor.

Portanto, atualmente, a guarda compartilhada é a regra em nosso ordenamento jurídico, devido a repercussão psicológica na prole, além da promoção da igualdade de exercício do poder familiar, responsabilização conjunta dos genitores e tempo de convívio equilibrado.

Dentre as vantagens que a adoção desta modalidade de guarda proporciona, Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 1105), aponta o seguinte:

Isso porque as suas vantagens, como já ficou claro acima, são manifestas, mormente em se levando em conta *não existir* a danosa “exclusividade” típica da guarda unilateral, com resultado positivo na dimensão psíquica da criança ou do adolescente que passa a sofrer em menor escala o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os genitores.

Também, por este prisma é o entendimento de Ramos (2016, p. 149), ao asseverar que:

A guarda compartilhada pode revelar, muitas vezes, um poder de conseguir que os pais sejam mais próximos e participativos da vida dos filhos do que eram antes da separação do casal, validando o papel parental de ambos com igualdade de importância e de relevância, incentivando-os ao envolvimento próximo, contínuo e estável com a vida e o bem-estar dos filhos.

Logo, a guarda compartilhada tem se mostrado de suma importância para a criança, tendo em vista o objetivo preservador do vínculo afetivo com os pais e a igualdade do poder familiar no tocante ao desenvolvimento e bem-estar dos filhos.

4.1 Análise da Lei nº 13.058/2014

Como analisado anteriormente, apesar de terem sido criadas diversas legislações a fim de regulamentar o instituto da guarda compartilhada, o grande avanço ocorreu a partir da entrada em vigor da Lei 13.058/2014.

A primeira alteração feita pela Lei nº 13.058/2014, é revelada no art. 1.583, especialmente nos §§ 2º, 3º e 5º, do Código Civil, dispondo o seguinte:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Ainda, a Lei nº 13.058/2014, trouxe inovação ao art. 1.584, §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, do Código Civil, que abaixo segue transcrito:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Em análise ao supracitado artigo, estando ambos os pais aptos ao exercício do poder familiar, a guarda compartilhada deverá ser adotada a fim de atender ao melhor interesse do menor (RAMOS, 2016).

O terceiro artigo alterado pela Lei nº 13.058/2014, foi o art. 1.585, do Código Civil, dispondo o seguinte:

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.

Por fim, alterou o art. 1634, do Código Civil, quanto ao pleno exercício de ambos os pais ao poder familiar, independentemente da situação conjugal.

Desse modo, pode-se dizer que, a criação da Lei nº 13.058/2014, inovou alguns aspectos relevante para a guarda compartilhada, sobretudo, acerca da igualdade do poder de família e dos direitos e deveres dos genitores perante a prole.

4.2 A guarda compartilhada como mecanismo propulsor da igualdade do poder de família

A proteção dos filhos é um dever conferido aos pais, próprio da parentalidade, introduzido desde o nascimento do filho e que se traduz em uma série de direitos e deveres.

A guarda, por sua vez, é definida como:

[...] um direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidade, zelando pela sua educação, alimentação, moradia, e, representa inda um elemento constitutivo do poder familiar, exercido por ambos os genitores, para a proteção dos filhos menores de 18 anos, na constância do casamento ou da união estável, ou ainda sob a forma de guarda compartilhada ou por um deles, em face da dissolução da sociedade conjugal ou da união estável (MALUF, C. e MALUF, A., 2021, p.1.149).

É um dos elementos do poder familiar, todavia não se confunde com este, vez que, a perda da guarda não pressupõe a perda do poder familiar, por outro lado, limita o seu exercício.

Dentre as espécies de guarda previstas no ordenamento jurídico, a guarda compartilhada é uma modalidade de cunho sociológico em que ambos pais possuem a guarda legal da prole e que mantêm preservada a essência do poder familiar.

Desse modo, pode-se dizer que, a guarda compartilhada é um mecanismo propulsor da igualdade do poder de família, pois nesta modalidade, os genitores participam de forma equilibrada na educação dos filhos e adquirem com isto os mesmos direitos e deveres perante a prole.

5 ALIENAÇÃO PARENTAL

O fim de uma relação conjugal de forma litigiosa, não gera boas consequências aos filhos provenientes da relação corrompida, tendo em vista que, na maioria dos casos, o convívio com o genitor que não detém a sua guarda é dificultado.

Nesse viés, surge a alienação parental, que consiste em uma prática que influencia negativamente no desenvolvimento emocional e psicológico da criança ou do adolescente, estimulada por um dos genitores, pelos avós ou por quem detenha a guarda do menor sob a sua autoridade, com o fim de prejudicar o vínculo existente entre o menor e o genitor alienado.

Na maioria dos casos, a alienação parental ocorre quando um dos pais ou ambos, começam a exercitar a sua prole para suspender os laços afetivos com o outro genitor, fazendo com que o filho, por meio da campanha denegritória promovida pelo alienador, se afaste do genitor alienado.

Sendo assim, a prática da alienação parental fere direito fundamental de convivência familiar do menor, além de prejudicar a realização de afeto nas relações com o genitor, constituindo abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres decorrentes da tutela ou guarda (RAMOS, 2016).

Por essa razão, a fim de inibir a prática da alienação parental, criou-se a Lei nº 12.318/2010, que será abordada no próximo tópico.

5.1 Análise da Lei nº 12.318/2010

De acordo com a Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, em seu art. 2º, parágrafo único, as condutas que caracterizam a alienação parental são:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância

para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Trata-se, portanto, de uma prática que sujeita a criança ou adolescente, a falsas percepções e/ou falsas memórias em prejuízo de algum dos genitores.

Sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o entendimento de Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 84) que diz:

De qualquer forma, qualquer que seja a defesa que se busca diante de uma potencialidade de ocorrência da alienação parental, acima de tudo, mostra-se imprescindível o olhar da questão sobre o prisma da proteção dos interesses do menor, que não pode ser privado, de forma absoluta, do convívio de qualquer um dos genitores.

Como forma de minimizar a recorrência da prática da alienação parental, o art. 6º, da Lei nº 12.318/2010, dispõe que:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

Ainda, como é de conhecimento, a dissolução da relação conjugal, enseja a fixação da guarda e a fim de atender ao princípio do melhor interesse do menor, o art. 7º e 8º, da Lei nº 12.318/2010, prevê a possibilidade de alteração da guarda, que se dará preferencialmente ao genitor que viabiliza a efetiva convivência do menor com o outro genitor, determinando inclusive a aplicação de tal possibilidade no caso de inviabilidade da opção pela guarda compartilhada.

Disso, é possível depreender que, a Lei nº 12.318/2010, adotou medidas a fim de inibir ou atenuar os efeitos da prática da alienação parental, por sua vez, de extrema importância para o ordenamento jurídico brasileiro.

5.2 Diferença entre alienação parental e a síndrome da alienação parental

Com o rompimento conjugal, o genitor afetado emocionalmente, acaba por desenvolver um sentimento de vingança pelo outro genitor e para isso, utiliza-se dos filhos como meio para alcançar os seus objetivos.

A prática da alienação parental, por sua vez, ocorre com a desmoralização da figura do genitor que não tem a guarda da sua prole, ocasionando conseqüentemente o afastamento do menor.

Conforme preceitua Figueiredo e Alexandridis (2014, p. 75):

Assim, o *alienador*, aproveitando a deficiência de julgamento do menor, bem como da confiança que lhe deposita, acaba por transferir, por meio de “pílulas negativas”, com o passar do tempo, sentimentos destrutivos quanto a figura do *vitimado*, que irão acarretar no seu repúdio pelo menor, fim do último objetivado pelo alienador.

Já a Síndrome da Alienação Parental, trata-se do resultado da alienação parental, que afeta o lado emocional e psíquico da criança ou do adolescente causando prejuízos ao seu desenvolvimento mental e até mesmo social.

Portanto, importante e indispensável salientar, que a Alienação Parental se difere da Síndrome da Alienação Parental, posto que a síndrome é uma consequência da alienação parental.

Nesse diapasão, uma das formas de corrigir as sequelas emocionais causadas pela alienação parental, seria por meio da reaproximação dos filhos com o genitor que foi vítima, bem como o desenvolvimento de uma relação de respeito mútuo entre os próprios genitores, passando assim, uma imagem de conforto e segurança para os filhos.

Diante o exposto, conclui-se que, a Síndrome da Alienação Parental decorre da prática da alienação, sobretudo, posterior ao afastamento do menor ao genitor alienado de forma injusta, mas que pode ser evitada com a adoção da guarda compartilhada.

6 O VALOR SOCIAL DA GUARDA COMPARTILHADA COMO ELEMENTO PREVENTIVO E INIBIDOR DA PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Como é cediço, diversos são os efeitos traumáticos provocados pela dissolução da sociedade conjugal ao filho proveniente de tal relação, principalmente em decorrência do distanciamento afetivo entre o menor e o genitor que não detém a sua guarda.

Diferentemente da guarda compartilhada, a guarda unilateral conduz ao afastamento do filho com o genitor não guardião, fazendo surgir assim, a alienação parental.

Acerca disso, tem-se que a guarda compartilhada é um mecanismo extremamente capaz de prevenir e inibir a prática da alienação parental, visto que, a mesma promove proteção à criança de prováveis prejuízos que a guarda unilateral pode trazer.

Sobre esse aspecto, Ramos (2016, p. 114) defende, que a escolha da guarda compartilhada proporciona a possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos, isto porque: "Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, como também de conviver com esses filhos em igualdade de condições. "

Ainda, acerca da guarda compartilhada, Ramos (2016, p. 118) preconiza que:

A criança e o adolescente são sujeitos de direito com prioridade em relação aos demais. Os seus interesses estão acima dos interesses dos pais. A responsabilidade conjunta e o carinho com o filho devem ser exercidos por ambos os genitores. Presumiu o legislador que a guarda compartilhada é a guarda que melhor atende aos interesses da criança.

Ao reconhecer o direito à felicidade individual nas relações afetivas, permitindo-se o divórcio desvinculado de qualquer noção de culpa, assegurados direitos iguais a todos os filhos, sejam eles oriundos ou não do casamento, e igualdade entre o homem e a mulher, o cuidado na criação dos filhos pressupôs-se dever de ambos os pais, casados ou não, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Portanto, a guarda compartilhada pretende evitar o distanciamento entre o menor e seus genitores, incentivando, ao máximo, a manutenção dos laços afetivos, afinal, a responsabilidade conjunta dos pais, após o fim do relacionamento amoroso, permite a igualdade de direitos e deveres com relação aos filhos.

Reforça a ideia Azevedo (2019, p. 540), ao dizer: "Os filhos sentir-se-ão mais seguros, sentindo a pouca hostilidade de seus pais que devem ser menos egoístas exercendo não só o direito de estar com seus filhos, mas o dever de viver e participar da vida deles. "

Logo, o compartilhamento da guarda, visa minimizar o distanciamento entre o menor e seus genitores, para assim, garantir o convívio equilibrado.

Daí a importância da escolha da guarda compartilhada mesmo quando não há um consenso entre os pais, pois a criança não deve sofrer com as consequências provenientes da separação dos mesmos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O rompimento de uma relação conjugal nem sempre é amigável, e devido aos conflitos decorrentes de tal ruptura, o genitor detentor da guarda desenvolve um sentimento de vingança em face de seu antigo companheiro, promovendo a manipulação dos filhos para atingi-lo.

A opção pela guarda compartilhada, por sua vez, evita a ocorrência da chamada “exclusividade”, que condiz a uma característica da guarda unilateral, promovendo resultado positivo na formação psíquica da criança ou do adolescente, que passa a sofrer em menor proporção os efeitos provenientes do fim da relação de afeto que unia seus genitores.

Por isso, a adoção da modalidade de guarda compartilhada é a mais viável, haja vista que, nesta modalidade, os pais de maneira igualitária participam ativamente na educação e desenvolvimento dos filhos, colocando acima de qualquer questão entre eles o melhor interesse do menor.

Outrossim, além de a guarda compartilhada ser a modalidade adotada como regra em nosso ordenamento jurídico, também se mostra a mais indicada pela doutrina, tendo em vista sua capacidade de conservar a saúde mental da criança e do adolescente.

Sendo assim, diante de todo o tema abordado, o presente trabalho visa demonstrar que a determinação da guarda compartilhada é um elemento extremamente capaz de prevenir e inibir a prática da alienação parental, tendo em vista a priorização do melhor interesse do menor, por meio da abordagem de temas de grande relevância para o Direito de Família.

REFERÊNCIAS

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL: direito de família**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL: direito de família**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 14 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Alienação parental**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2022.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AQUISIÇÃO E PORTE DE SPRAYS DE PIMENTA E ARMAS DE ELETROCHOQUE PARA DEFESA PESSOAL DA MULHER

JADY DE PAULA LOPES:
graduanda em direito pela universidade brasil. Campus Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
Orientador.

*"A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à
Justiça por toda a parte."*

(Martin Luther King Jr., 1960)

RESUMO: O presente projeto pretende abordar a necessidade de aprovação de lei para a aquisição e porte de sprays de pimenta e armas de eletrochoque para defesa pessoal da mulher. Assim, demonstrando inicialmente o contexto histórico patriarcal e machista que contribuiu ao longo de toda a história da humanidade para que a mulher fosse vista como servidora do homem e de seus desejos, se tornando vítima das práticas de violência doméstica e de todos os outros meios de violências diárias dos quais mulheres de todas e quaisquer idades são vítimas a todo momento. Pretende-se ainda, demonstrar a insegurança perante o Estado em suas atuais e falhas tentativas de combater tais violências e garantir a segurança das mulheres, o que faz com que instintivamente surja na população feminina a necessidade de se proteger sozinha, já que a todo momento existe a insegurança e o medo de se tornar mais uma em meio as extensas estatísticas de violência e feminicídio.

Palavras-chave: Defesa Pessoal da Mulher; Aquisição e Porte; Sprays de Pimenta; Armas de Eletrochoque.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um dos principais obstáculos para ultrapassar a desigualdade de gênero em todas as esferas da vida. Sendo um dos graves problemas sociais no Brasil e no mundo. Embora exista fortemente uma luta feminista pelas causas das mulheres, são poucos ou avanços ao longo do tempo.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) desde 1990 já reconhecia a violência contra a mulher como um problema de saúde pública, tendo ainda em 2013 ligado o alerta

vermelho para a violência contra mulher ser uma “epidemia global”, onde segundo dados estatísticos, mais de um terço (38%) de todas as mulheres do mundo, são vítimas de violência sexual ou física (BERNARDO, 2020).

O Brasil encontra-se em quinto lugar no ranking de violência contra a mulher, estando atrás somente de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia. No Brasil, registra-se que uma mulher é agredida a cada quatro minutos e uma morta a cada oito horas (BERNARDO, 2020).

O evidente problema de saúde pública exige dos governantes políticas públicas mais eficientes no combate e prevenção da violência contra a mulher.

Entende-se que a segurança pública é um dever do Estado, entretanto, diariamente a população feminina vive uma constante sensação de insegurança. Convivendo dia após dia com inúmeros estupros, assaltos e homicídios, mostrando que o Estado não tem capacidade total de garantir a segurança do povo.

Tais fatos afloram nas mulheres a necessidade de se defender sozinha através de instrumentos como armas de fogo, mas tal aquisição pode se demonstrar ineficaz ao se voltar a um novo problema, tornando a vítima mais vulnerável as violências.

A solução menos letal para tal proteção, está na regulamentação de aquisição e porte de sprays de pimenta com volume máximo de 50 ml (cinquenta mililitros) e armas de eletrochoque, possuindo tais objetos uma menor probabilidade de causa mortis.

2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO PATRIARCADO

Atualmente, ao tentar entender o papel da mulher na sociedade precisa-se voltar ao início da formação das sociedades, dos sujeitos e do papel que cada um exercia.

O papel de homens e mulheres ao longo da história sempre foram distintos, e por vários séculos a mulher viveu em uma sociedade patriarcal e machista, onde seu principal papel era voltado para a família, para serviços domésticos e a ser submissa ao homem e a sociedade, de forma que as mulheres não possuíam direitos, apenas deveres.

A autora Arilda Inês Miranda Ribeiro, no texto “Mulheres Educadas na Colônia”, em sua obra “500 anos de Educação no Brasil”, afirma que as mulheres eram enxergadas, da mesma forma que as crianças e os doentes mentais, como o *“imbecilitus sexus”*, isto é, o sexo imbecil (SANTOS, 2021).

Governadas por simplesmente serem mulheres, se perdurou por anos e anos a imagem da mulher submissa e escrava na época em que ser livre significava ser homem.

Em um marco da Idade Média, as mulheres que agiam contra o “tradicional” e questionavam o sistema que viviam, eram vistas como “bruxas”, para que assim existisse um motivo para estas serem agredidas e caladas (BARONI, et. al., 2020).

Assim, em determinado momento as mulheres passaram a assumir um papel maior no desenvolvimento econômico social. Com as revoluções industriais e o capitalismo, houve a redução do salário dos homens e uma maior necessidade de mão de obra nas fábricas, desta forma, a mulher precisou deixar o lar para ajudar a manter a família.

Ainda assim, as mulheres continuaram sendo vistas como inferiores, recebendo menores salários, sendo vítimas de diferentes violências e ainda mantendo a responsabilidade dos serviços domésticos.

Devido ao escasso tratamento dado as mulheres, estas começaram a contestar a desigualdade de gênero no que diz respeito ao acesso ao trabalho e à educação. A escritora *Olympe de GOUGES*, indignada com a sujeição das mulheres à sociedade machista, propôs a “Declaração dos Direitos da Mulher”, comparável à “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, pretendendo assim, acabar com os privilégios dos homens. Este foi o grande marco dessa luta feminina pela igualdade, tendo Olympe sido sentenciada à morte, guilhotinada em 1739, sob a acusação de ter deixado de lado os benefícios do seu gênero e tentar ser um homem de Estado (BARONI, et. al., 2020).

Em geral, a violência contra a mulher é a história de um homem que, num dado momento, se sente autorizado a praticar esta violência, não importando se ela é sua mãe, mulher ou irmã.

3 AS CONQUISTAS FEMININAS NO BRASIL AO LONGO DO TEMPO

Atualmente as mulheres brasileiras são a maioria quando se fala em formação superior, segundo o relatório *Education of Glance 2019*, 25% das mulheres no país ingressam nas Universidades, já os homens preenchem um percentual de 18%. Tal fato, torna difícil acreditar que a educação básica foi negada às jovens por muitos anos, sendo apenas em 1827 que a Lei Geral de 15 de outubro autorizou as mulheres a ingressarem nos colégios e começaram um estudo além do primário (NOSSA CAUSA, 2020).

Já em 1832, Nísia Floresta foi a primeira mulher brasileira a denunciar em seu livro *Direitos das Mulheres e Injustiças dos Homens* a superioridade do homem e a defender as mulheres como pessoas igualmente merecedoras de direitos igualitários. Nísia é considerada a pioneira do feminismo brasileiro (NOSSA CAUSA, 2020).

Em 1879, as mulheres conseguiram acesso as universidades, embora tal fato não tenha impedido a sociedade e seu machismo estrutural de oprimir aquelas que buscavam tal direito. Embora autorizadas a fazer um ensino superior, as mulheres da época precisavam combater o preconceito dia após dia (NOSSA CAUSA, 2020).

Em 1910, vinte anos após a proclamação da república, criou-se o Partido Republicano Feminino, defendendo o direito ao voto e a emancipação das mulheres perante a sociedade. A luta foi grande e em 1932, as mulheres conquistaram o direito ao voto no primeira Código Eleitoral brasileiro (NOSSA CAUSA, 2020).

A Lei 4.212/62 permitiu que as mulheres casadas não mais precisassem da autorização dos maridos para trabalhar, fazendo com que estas passassem a ter direito à herança e guarda dos filhos. Em 1974 foi aprovada a Lei de Igualdade de Oportunidade de Crédito, concedendo a mulher o que antes era apenas era um direito dos homens, de ter cartão de crédito próprio (NOSSA CAUSA, 2020).

Até 1977 as mulheres que viviam em casamentos abusivos e infelizes era legalmente presa a este relacionamento, apenas com a Lei nº 6.515/77 que o divórcio legalmente se tornou uma opção no Brasil, muito embora as mulheres que escolhessem este caminho se tornavam malvistas perante a sociedade (NOSSA CAUSA, 2020).

Em 1985, foi criada na cidade de São Paulo a primeira Delegacia da Mulher que realizam ações de proteção e investigação dos crimes de violência doméstica e violência sexual contra as mulheres (NOSSA CAUSA, 2020).

Uma das maiores conquistas das mulheres e do Brasil propriamente dito, é a conhecida Constituição Cidadã de 1988, que passou a reconhecer igualdade entre os gêneros, tendo em 2002 a "falta de virgindade" por parte da mulher, deixado de ser um motivo para anulação do casamento (NOSSA CAUSA, 2020).

Sancionada em 07 de agosto de 2006, o marco na história brasileira, da luta pela igualdade, da luta pela vida das mulheres foi sancionado a Lei nº 11.340/06 ou Lei Maria da Penha:

Com 46 artigos distribuídos em sete títulos, ela cria mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Constituição Federal (art. 226, § 8º) e os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro (Convenção de Belém do Pará, Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher). (IMP, online)

Já em 2015 foi reconhecido pela Lei nº 13.104/2015 o feminicídio como um crime de homicídio qualificado. Em 2018 a importunação sexual feminina também passa a ser considerada crime e pôr fim a mais recente criação da Lei nº 14.188/2021 que tange sobre o crime de violência psicológica contra a mulher (NOSSA CAUSA, 2020).

4 TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Qualquer ato de violência injusta visivelmente deve ser visto com repugnância e deve ser considerado como uma violação dos direitos humanos, a violência contra a mulher não é diferente.

O site oficial IMP – Instituto Maria da Penha, descreve os tipos de violência previstos contra a mulher no Capítulo II, art. 7º, incisos I, II, III, IV, e V da Lei Maria da Penha, como sendo a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

4.1 VIOLÊNCIA FÍSICA

A violência física é entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, podendo ser: espancamento; atirar objetos; sacudir; apertar os braços; estrangulamento ou sufocamento; lesões com objetos cortantes ou perfurantes; ferimentos causados por queimaduras ou armas de fogo e tortura (ACS – TJDFT, 2017).

4.2 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

A violência psicológica é considerada qualquer conduta que causa dano emocional e diminuição da autoestima, prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento da mulher, ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões.

Podendo ser: ameaças; constrangimento; humilhação; manipulação; isolamento; vigilância constante; perseguição contumaz; insultos; chantagem; exploração; limitação do direito de ir e vir; ridicularização; tirar a liberdade de crença e distorcer e omitir fatos para deixar a mulher em dúvida sobre a sua memória e sanidade, também conhecido como *gaslighting* (ACS – TJDFT, 2017).

4.3 VIOLÊNCIA SEXUAL

A violência sexual é uma conduta que constranja a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força (ACS – TJDFT, 2017).

Podendo ser: estupro; obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa; impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a

abortar; forçar matrimônio, gravidez ou prostituição por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação ou limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

4.4 VIOLÊNCIA PATRIMONIAL

A violência patrimonial se refere a qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (ACS – TJDFT, 2017).

Podendo ser: o controle do dinheiro; deixar de pagar pensão alimentícia; destruição de documentos pessoais; furto; extorsão; dano; estelionato; privar bens, valores ou recursos econômicos ou causar danos propositais a objetos da mulher ou dos quais ela goste.

4.5 VIOLÊNCIA MORAL

Violência moral se refere a qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Podendo ser: acusar a mulher de traição; emitir juízos morais sobre a conduta; fazer críticas mentirosas; expor a vida íntima; rebaixar a mulher por meio de xingamentos que incidem sobre a sua índole ou desvalorizar a vítima pelo seu modo de se vestir (ACS – TJDFT, 2017).

5 A INEFICIÊNCIA DO ESTADO NO COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Diariamente, vemos por todos os meios de comunicação mulheres de todas as idades sendo vítimas de situações lamentáveis de diversos tipos de agressões. Mas dentre grande parte destas histórias a um padrão comum que não está relacionado a mulher, mas sim ao agressor.

Este geralmente detém histórico, seja por passagem de violência doméstica ou outros tipos de violência fora do âmbito familiar, grande parte dos agressores sempre possuem um antecedente relacionado.

Exatamente neste ponto que gravemente o estado, principalmente o poder judiciário falha na proteção ao combate a violência contra a mulher, já que se este agressor tivesse sido preso e/ou afastado do convívio familiar, logo nas primeiras ocorrências em que as vítimas procuraram ajuda, a uma autoridade policial, ou ainda, se a vítima fosse conduzida a uma orientação profissional psicológica, como previsto na Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, para que não retornasse ao ambiente hostil e violento do relacionamento, será que o desfecho para esta vítima não seria diferente? (PEREIRA, 2022).

6 REGULAMENTAÇÃO DE LEI PARA AQUISIÇÃO E PORTE DE SPRAYS DE PIMENTA E ARMAS DE ELETROCHOQUE PARA DEFESA PESSOAL DA MULHER – PL Nº 1.928, DE 2021

Apesar de toas as tentativas do Estado em proteger as mulheres de serem vítimas de uma sociedade que a vê como um objeto, ainda existe a necessidade que medidas de autodefesa sejam implementadas.

Tramita no Senado Federal o projeto de Lei nº 1.928, de 2021 proposto pela senadora Soraya Thronicke (PSL-MS) que visa a comercialização, a aquisição, a posse e o porte de sprays de pimenta e armas de eletrochoque para defesa pessoal em todo território nacional.

Esta lei visa aprovar a compra de até 50 ml de gás de pimenta e gás de oleoresina de capsicum (OC), como uma forma de promover a segurança pública para a população, tal medida exigiria que os estabelecimentos mantivessem um banco de dados cadastrais para o rastreamento dos produtos, além de maioria e atestado de aptidão psicológico (Borges, 2021).

Entretanto ao generalizar como público alvo “população em geral”, acaba por correr o risco de pôr as vítimas mulheres em situação de maior perigo, sendo necessário que tal projeto vise exclusivamente a população feminina, com as mesmas regras inicialmente propostas, principalmente a permissão as mulheres com histórico de vítimas de violência doméstica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do todo demonstrada entende-se que a ineficiência do Estado atingiu um nível tão alarmante, que faz com que as mulheres sozinhas, precisem defender sua vida de forma tão letal que acabam por se tornarem réis perante o Judiciário, causando mais e mais danos principalmente psicológicos.

Uma reparação das normais legais não é o suficiente para garantir a proteção das mulheres já que quando se fala na execução destas normas, o Estado falha miseravelmente.

Logo, um paço mais drástico precisa ser tomado, anos e anos de histórias que se repetem sem que nada seja realmente feito para mudar, uma das possibilidades imediatas mais necessárias seria a regulamentação de lei para aquisição e porte de sprays de pimenta e armas de eletrochoque para defesa pessoal da mulher, sendo esta uma forma não letal que irá auxiliar a mulher em sua própria defesa, em momentos em que o Estado não se mostram presentes.

REFERÊNCIAS

ACS. **Formas de violência doméstica contra a mulher.** TJDFT, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/formas-de-violencia-domestica-contr-a-mulher>. Acesso em: 14 mai. 2023.

BARONI, A; CABRAL, F. K. B.; CARVALHO, L. R. **Uma análise da história da mulher na sociedade.** Direito Familiar, 2020. Disponível em: <https://direitofamiliar.com.br/uma-analise-da-historia-da-mulher-na-sociedade/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

BERNARDO, A. **Violência doméstica contra a mulher: um problema de saúde pública.** Veja Saúde, 2020. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/coluna/saude-e-pop/violencia-domestica-contr-a-mulher-um-problema-de-saude-publica/>. Acesso em: 10 set. 2022.

BORGES, L. **Senadora apresenta PL para liberar Spray de pimenta como 'arma' para mulheres. Enfoque MS. 2021.** Disponível em: <https://www.enfoquems.com.br/senadora-dems-apresenta-pl-para-liberar-spray-de-pimenta-como-arma-de-mulheres/>. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. **PL nº 1.928, de 2021.** Senadora Soraya Thronicke (PSL/MS). Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8973597&ts=1674178618267&disposition=inline&_gl=1*17bxrjn*_ga*MjgzMTEyMjk0LjE2Nzc5NjA3Mzk.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NDA5NTUwNS4zLjEuMTY4NDA5NjIxMy4wLjAuMA.. Acesso em: 14 mai. 2023.

DIAS, M. B. **A efetividade da Lei Maria da Penha.** 2009. Disponível em: <https://berenedias.com.br/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 06 mai. 2009.

IMP. **Resumo Da Lei.** IMP – Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da-penha.html>. Acesso em: 22 abr. 2023.

IMP. **Tipos de Violência.** IMP – Instituto Maria da Penha. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>. Acesso em: 22 abr. 2023.

NEWSLETTER. **O legado de Martin Luther King para a juventude.** 2021. Disponível em: <https://www.fundacaotelefonicaoativo.org.br/noticias/martin-luther-king->

juventude/#:~:text=%E2%80%9CA%20injusti%C3%A7a%20em%20qualquer%20lugar,seg
regados%20da%20d%C3%A9cada%20de%201960. Acesso em: 09 mai. 2023.

NOSSA CAUSA. **Conquistas do feminismo no Brasil: uma linha do tempo.** Nossa Causa, 2020. Disponível em: https://nossacausa.com/conquistas-do-feminismo-no-brasil/?gclid=CjwKCAjw8JKbBhBYEiwAs3sxN2rtFYzxE2K3MIRKI-wRsPpum2zizlrfYmCzxDDXfi5JZ30-t1tDBRoCZoQQA_vD_BwE%3E. Acesso em: 10 set. 2022.

PEREIRA, M. S. **Ineficiência do Estado Brasileiro na Proteção à Mulher: Excludente de culpabilidade para homicídios praticados por mulheres vítima de violência doméstica contra seus agressores.** Anima Educação, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/28177?mode=full>. Acesso em: 06 mai. 2023.

SAFFIOTI, H. I. B. **Gênero, patriarcado, violência.** 1º ed. 2º reimpressão. São Paulo. Fundação Perseu Abramo, 2011.

SANTOS, L. C. do N. **A evolução da mulher na sociedade.** Hoje em Dia, 2021. Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/opiniao/opiniao/a-evoluc-o-da-mulher-na-sociedade-1.827030>. Acesso em: 10 set. 2022.

AS CONSEQUÊNCIAS DA NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA AS EMPREGADAS DOMÉSTICAS

MARCELO AUGUSTO FERREIRA:

Graduando em Direito pelo
Centro Universitário de Jales
(UNIJALES)¹⁹¹

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: A Lei Complementar 150/15, mais conhecida como Lei das Domésticas, representa um marco na história dos direitos trabalhistas no Brasil. Ela foi criada para garantir uma série de direitos para as empregadas domésticas, como horas extras, adicional noturno, seguro-desemprego, entre outros. Essa lei, representou um importante avanço para a categoria, que por muito tempo foi desvalorizada e sem proteção legal. No entanto, ainda há muitas dúvidas sobre a sua aplicação e como ela funciona na prática. O trabalho doméstico é uma ocupação muito difundida no Brasil. Em nenhum outro país há mais trabalhadoras domésticas do que no Brasil, atualmente são sete milhões. Esse número representa 8% de todas as relações de trabalho. Entretanto, os trabalhadores da categoria doméstica, não raro, tem os direitos subestimados, apesar da evolução gradativa de seus direitos em relação aos empregados de outras categorias, como horas extras pagas e melhor proteção contra demissão. O objetivo desse estudo é avaliar quais as principais consequências causadas pela evolução da legislação trabalhista para o empregado doméstico, e como objetivos específicos verificar os principais benefícios e malefícios trazidos, bem como reflexo e consequência dessa nova lei. Conclui-se que as conquistas dos trabalhadores domésticos foram grandes quando da publicação da Emenda Constitucional n. 72/2013, que por sua vez aproximou-se os direitos dos colaboradores da classe doméstica aos colabores urbanos e rurais, cominando direitos, que proporcionam uma maior flexibilidade na afinidade doméstica entre empregado e empregador. Todavia, trouxe também, malefícios como, por exemplo, um exorbitante aumento no número de demissões.

Palavras chave: Doméstica. Lei Complementar. Desemprego. Tabalhador.

ABSTRACT: Complementary Law 150/15, better known as the Maid's Law, represents a milestone in the history of labor rights in Brazil. It was created to guarantee a series of rights for domestic workers, such as overtime, additional night shifts, unemployment insurance, among others. This law represented an important advance for the category,

191 E-mail: escroyal@hotmail.com

which for a long time was devalued and without legal protection. However, there are still many questions about its application and how it works in practice. Domestic work is a widespread occupation in Brazil. In no other country are there more domestic workers than in Brazil, currently seven million. That number represents 8% of all employment relationships. However, workers in the domestic category often have their rights underestimated, despite the gradual evolution of their rights in relation to employees in other categories, such as paid overtime and better protection against dismissal. The objective of this study is to evaluate the main consequences caused by the evolution of labor legislation for the domestic employee, and as specific objectives to verify the main benefits and harms brought, as well as the reflection and impact of this new law. It is concluded that the achievements of domestic workers were great when the publication of Constitutional Amendment n. 72/2013, which in turn brought the rights of domestic class employees closer to urban and rural workers, combining rights, which provide greater flexibility in the domestic affinity between employee and employer. However, it also brought harm, such as, for example, an exorbitant increase in the number of dismissals.

Keywords: Domestic. Complementary law. Unemployment. Worker.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é o país com a maior população de empregados domésticos do mundo, cerca de 7 milhões, segundo dados do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), O trabalho doméstico está historicamente ligado à escravidão, mesmo havendo tantos trabalhadores exercendo essa atividade, ela ainda é considerada precária, tendo baixos salários e sofrendo discriminação. Isso ocorre porque assim que foi aprovada a Lei Áurea, as escravas ainda faziam os serviços de natureza doméstica, pois não fora estabelecido nenhum tipo de inclusão social para que os mesmos pudessem se estabelecer em novos empregos. (PEREIRA, 2011)

O trabalho doméstico é tão digno como qualquer outro, mas até hoje ainda é muito discriminado e visto como de pouca importância para grande parte da sociedade. A legislação trabalhista também discriminou os mesmos, uma vez que seus direitos sempre foram mínimos, vivenciando longos processos de evolução legislativa.

A primeira lei a tratar especificamente dos empregados domésticos foi a Lei 5859/72, apesar de ser um grande avanço para a época, ainda assegurava pouquíssimos direitos. De acordo com Delgado (2011), foi com ela que a categoria adquiriu um mínimo de cidadania jurídica.

A Lei Complementar nº 150, mais conhecida como a Lei das Domésticas, foi sancionada em 2013 e é considerada um marco na regulamentação dos direitos

trabalhistas das empregadas domésticas no Brasil. A lei ampliou os direitos trabalhistas desses profissionais, que antes eram excluídos de muitas das proteções estabelecidas pela legislação trabalhista brasileira.

Antes da promulgação da Lei das Domésticas, as trabalhadoras domésticas não tinham acesso a diversos direitos trabalhistas, como o FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), o seguro-desemprego e o adicional de horas extras. Além disso, muitas vezes trabalhavam sem carteira assinada e sem qualquer tipo de proteção social.

Com a entrada em vigor da Lei das Domésticas, essas trabalhadoras passaram a ter direito a uma série de benefícios e proteções. A legislação estabeleceu que todo trabalhador doméstico deve ter carteira assinada e, portanto, acesso ao FGTS, ao seguro-desemprego e ao salário-família. Além disso, a lei prevê o pagamento de horas extras, adicional noturno, férias e décimo terceiro salário.

Outro importante conquista trazida pela Lei das Domésticas foi a equiparação dos direitos trabalhistas dos empregados domésticos aos demais trabalhadores. Com isso, esses profissionais passaram a ter o mesmo tratamento legal que qualquer outro trabalhador, independentemente da natureza do trabalho.

Nesse contexto, levando-se em consideração a evolução dos direitos dos empregados domésticos, passa-se à análise das consequências causadas pela nova legislação trabalhista, tanto para os empregados como para os empregadores. Com isso, passa-se ao seguinte problema de pesquisa: quais as principais consequências causadas pela evolução da legislação trabalhista para a empregada doméstica?

Sendo assim, o objetivo deste estudo é verificar os principais benefícios trazidos para os trabalhadores, bem como os malefícios, analisando tanto o ponto de vista do empregado quanto do empregador. Será verificado também o reflexo dessa nova lei, a fim de verificar se o número de empregados aumentou ou diminuiu em razão da ampliação de seus direitos.

O estudo se justifica devido ao grande número de empregadas domésticas existentes no Brasil e à necessidade de condições de emprego melhores aos mesmos, buscando fazer uma análise de como se encontram atualmente em decorrência das mudanças legislativas.

Logo, esse estudo mostra sua importância buscando apresentar os aspectos relevantes relacionados ao tema, podendo servir de base para o desenvolvimento de outras pesquisas, bem como para consulta e leitura aos alunos deste curso que tenham interesse nessa área em questão.

2- EMPREGADO DOMÉSTICO: CONCEITO

O empregado doméstico, nos termos do artigo 1º da Lei n. 5859/72 (Lei do empregado doméstico) pode ser definido da seguinte forma:

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei.

Com base nessa definição, verifica-se que o legislador omitiu os elementos inerentes a qualquer relação de emprego, porém a relação doméstica possui os elementos fático-jurídicos próprios a qualquer relação empregatícia, quais sejam, pessoa física, personalidade, onerosidade, subordinação e continuidade.

Os elementos específicos à relação do emprego doméstico são: a finalidade não lucrativa dos serviços, a prestação apenas à pessoa ou família, e a prestação dos serviços no âmbito residencial dos empregadores (DELGADO, 2011).

Neste sentido, Miranda (2013, p.08), conceitua empregado doméstico da seguinte forma:

Inicialmente deve-se definir o conceito de empregado doméstico como o tipo de emprego que é caracterizado pelo trabalho do empregado sem qualquer produção de lucro para o seu empregador – finalidade não lucrativa – ou seja, doméstico é aquele que trabalha desenvolvendo uma atividade laboral e o fruto dessa atividade não gera qualquer contraprestação financeira para o empregador.

Os empregados domésticos são todos aqueles que trabalham para uma determinada pessoa, sem fins lucrativos, na residência. São Exemplos de empregados domésticos, mordomo, motorista, governanta, babá, jardineiro, copeira, arrumador, acompanhante de idoso, dentre outros. Com isso, percebe-se que não é o cargo exercido pelo trabalhador que caracteriza como empregado doméstico, mas sim a inexistência de lucratividade da pessoa ou família para qual o empregado presta serviços (MASSON, 2013).

Dessa forma, se um cozinheiro presta seus serviços na residência da família, é considerado empregado doméstico. Logo, se o mesmo trabalha no restaurante da família, por exemplo, é enquadrado como empregado comum, tendo seus direitos regidos pela CLT.

Outra peculiaridade para a caracterização do emprego doméstico é a idade, não podendo ser contratados como empregados domésticos pessoas que tenham menos de 18 anos de idade. Isso ocorre porque o trabalho doméstico está inserido no rol da Lista TIP (Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil) que é regulamentada pelo decreto nº 6481 de 2008, sendo considerada uma atividade que pode ser prejudicial à saúde e segurança dos menores (MACIEL, 2016).

3- QUAIS CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELA LEI DAS DOMÉSTICAS NO BRASIL?

A primeira lei a tratar sobre empregados domésticos foi regulamentada a mais de 70 anos. Isso porque, em 1941, foi editado o decreto lei 3.078 que versava sobre empregados domésticos.

O artigo 1º do referido decreto diz que “são considerados empregados domésticos todos aqueles que, de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestem serviços em residências particulares ou a benefício destas”. Este decreto tratava do contrato de locação de serviço doméstico.

No dizeres de Delgado (2014), o decreto 3.078, possuía regulamentação inferior.

Um antigo diploma fez referência a esses trabalhadores (Decreto-lei n. 3.078, de 1941), com o fito de lhes atribuir determinados direitos. Porém impôs, expressamente, para sua vigência, a necessidade de regulamentação inferior – a qual jamais foi procedida (DELGADO, 2014, p. 393).

Nesse sentido, com mínimos direitos resguardados aos empregados domésticos, houve a promulgação da Constituição Federal de 1988, que criou um rol significativo de direitos para o trabalhador doméstico, a fim de salvaguardar essa classe.

Apesar de terem todos esses direitos acrescentados pela Constituição Federal de 1988, os empregados ainda não foram equiparados juridicamente aos empregados urbanos e rurais. Nesse sentido, Ferraz e Rangel (2010) entendem que “a Constituição Federal de 1988 plasmou em seu texto o apartheid sociocultural que estigmatiza o trabalho doméstico”. Assim, esclarecem:

Sustenta-se que o parágrafo único do art. 7º constitucional, ao seletivamente apontar os direitos do empregado doméstico, apenas chancelou uma injustiça jurídica histórica quanto a essa categoria. A referida norma tratou desigualmente os desiguais, mas longe de igualá-los, apenas manteve ou diminuiu superficialmente o fosso existente entre o empregado doméstico e os demais empregados

regidos pela CLT. Nesse sentido, diz-se que não atentou para os valores sociais do trabalho e a isonomia, princípios cardeais da Constituição Federal de 1988. (FERRAZ; RANGEL, 2010, p.8648)

Em sequência, a Lei das Domésticas, também conhecida como PEC das Domésticas, foi promulgada em 2013 e trouxe importantes mudanças para os direitos trabalhistas das pessoas que trabalham em residências particulares, como empregadas domésticas, cuidadores de idosos, babás, entre outros.

A principal consequência da lei foi a equiparação dos direitos trabalhistas das domésticas aos demais trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), incluindo a jornada de trabalho de 44 horas semanais, o direito a horas extras, FGTS, seguro-desemprego, adicional noturno, entre outros.

Antes da lei, as domésticas não tinham esses direitos garantidos e muitas vezes sofriam com jornadas excessivas de trabalho, baixos salários e falta de proteção social. Com a mudança, houve uma melhora significativa nas condições de trabalho desses profissionais e uma maior valorização da profissão.

Dessa forma, nota-se que a Emenda Constitucional trouxe aos empregados domésticos uma segurança maior, para que os mesmos possam exercer seus direitos como os demais trabalhadores. Com a Emenda Constitucional 72/2013, os empregados domésticos passaram a se sentir mais seguros com relação aos seus empregos, uma vez que não possuíam certos direitos e eram discriminados diante dessa realidade.

No entanto, a implementação da lei ainda enfrenta desafios, como a informalidade no setor, a falta de fiscalização e a resistência de alguns empregadores em cumprir as obrigações trabalhistas. Além disso, a pandemia de COVID-19 trouxe novos desafios para as domésticas, que muitas vezes tiveram que continuar trabalhando sem as devidas proteções sanitárias e com a dificuldade de manter a renda devido à suspensão de contratos de trabalho.

Com base nessa perspectiva, a EC 72/2013 trouxe a classe doméstica certa segurança e estabilidade trabalhista, contudo o legislador cominou alguns direitos que ainda devem ser regulamentados, como por exemplo, assistência da relação de emprego contra dispensada arbitrária ou sem justa causa, no qual precisa de uma melhor regulamentação para os trabalhadores de maneira geral, conferindo o pagamento da multa de 40% do FGTS em seu lugar, e a obrigatoriedade do Fundo de Garantia por tempo de serviço.

4- O DIREITO A IGUALDADE SALARIAL DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS

A igualdade de direitos dos empregados domésticos com os demais empregados ocorreu com a ascensão da Lei Complementar 150, de 2015 (BRASIL, 2015). Nessa Lei, são previstos o contrato de trabalho doméstico, salientando os direitos inerentes aos domésticos, bem como a legislação previdenciária e tributária correspondente.

Com essa lei, foi instituído em seu artigo 31, o chamado Simples Doméstico, regime unificado de pagamento de tributos, de contribuições e dos demais encargos do empregador doméstico, que é feito por meio do eSocial (ALVES; COSTA; SILVEIRA; ROSSI, 2016).

Atualmente, é devido o recolhimento dos seguintes impostos e encargos sociais recolhidos em única guia DAE do eSocial:

- FGTS – equivalente a 8% do salário do trabalhador;
- FGTS – Reserva indenizatória da perda de emprego – 3,2% do salário do trabalhador;
- Seguro contra Acidentes de Trabalho – 0,8% do salário;
- INSS devido pelo empregador – 8% do salário;
- INSS devido pelo trabalhador – de 8% a 11%, dependendo do salário;
- Imposto de Renda Pessoa Física – se o trabalhador receber acima de R\$ 1.903,98.

Diante de tantos impostos devidos pelo empregador, o custo para manter um empregado doméstico é bem alto. Na tabela a seguir, será demonstrado os encargos trabalhistas devidos para se manter um empregado doméstico com carteira de trabalho assinada, levando-se em consideração uma remuneração líquida no valor do salário mínimo vigente.

Tabela 1: Tabela exemplificativa dos gastos do empregador com um empregado doméstico que recebe salário líquido de R\$

Evento	Referência	Desconto
Salário Bruto (registrado na carteira)	30	R\$ 1.302,00
Desconto do INSS	8%	R\$ 104,16
Desconto do IRPF		R\$ -

Salário Líquido		R\$	1.197,84
INSS Empregador	8%	R\$	104,16
Seguro Acidente de Trabalho	0,80%	R\$	99,35
FGTS	8%	R\$	104,16
Antecipação da Multa de 40% FGTS	3,30%	R\$	96,84
Custo Mensal Total		R\$	1.706,51

Fonte: Elaborado pelo aluno com base em pesquisas no site eSocial.

5- POSSÍVEIS MALEFÍCIOS DA NOVA LEGISLAÇÃO

A Emenda Constitucional n. 72/2013 resolveu parcialmente um problema de longa data, diminuindo a discriminação sofrida pela classe doméstica. Pois esse grupo de profissionais, segundo Castanho e Pavelskie (2015), não tinham estudos e que por não ter outras esperanças de vida, acabam por se submeter a este tipo de atividade, que ao oposto do que necessitaria ser, era tão desvalorizada pela sociedade.

Contudo, apesar da EC 72/2013 ter vindo com objetivo de estender vários direitos a classe doméstica e resolver alguns impasses de maneira parcial, ainda existe direitos que acabou ficando de fora como, por exemplo: o direito ao piso salarial adequado à extensão e à complexidade do trabalho; jornada de seis horas para o trabalho efetivado em turnos contínuos de revezamento, salvo negociação coletiva; assistência ao mercado de trabalho da mulher; adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; e participação nos lucros, ou resultados, desvinculada de remuneração, e participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; proteção em face da automação, na forma da lei; proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, sendo estes quatro últimos já inaplicáveis à categoria.

Para Castanho e Pavelski (2015), quando a EC 72/ 2013 foi aprovada não se levou em consideração os possíveis efeitos das alterações na sociedade, haja vista, que em nosso país, na maioria das vezes o patrão doméstico é trabalhador de classe média e não entende as possíveis e reais consequências, e antes mesmo de se dar conta, começa um processo de dispensa dos colaboradores e passa a contratar diaristas, a procura de um serviço mais em conta e ainda assim, vindo a fugir dos vínculos e encargos exigidos pela lei. Além disso, surgem outras incógnitas provindas da falta de normas regulamentadoras, como por

exemplo: como o empregador fará para controlar a jornada para a contagem de horas extraordinárias de um trabalhador que dorme na residência onde presta seus serviços? Como no caso de uma babá ou de um doméstico que cuida de idosos. Haverá sobreaviso? A partir de que horas o trabalhador será considerado à disposição do empregador?

De acordo com Coelho Junior (2013, p. 195-196), muitos dos “direitos” estendidos aos “domésticos”, severa e concretamente, não terão efeito, tais como empenho de redução dos riscos próprios ao trabalho por meio de regulamentos de saúde, higiene e segurança, se expressa acondicionamento no texto constitucional o ambiente doméstico está excluído da possibilidade de inspeção pelo Ministério Público do Trabalho; e em relação ao aprendiz a partir dos 14 anos, é nítida que não há aprendizado na profissão, assim no mesmo dispositivo a lei veda a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menor de 16 anos, deixando uma brecha na regra para contratação do doméstico à partir desta idade.

Mediante a essa emenda, onde o principal foco era estabelecer direitos a classe dos domésticos, hoje evidencia a existência de um viés estratégico politicamente, visto que no momento em que se procurou conceder direitos a esta categoria, antes desamparada, trouxe aos empregados a dura realidade da necessidade de vários pagamentos e encargos sociais. O que segundo Rossés e Montoito (2013), teve como consequência a dispensa dos empregados domésticos por muitas famílias, uma vez que não compensaria a permanência deste tipo de relação de trabalho com tantas despesas a serem realizadas, dando liberdade aos empregadores de trocar os serviços deste profissional, pelos serviços de uma diarista que exerça sua função por uma ou duas vezes na semana, e como decorrência, não possua vínculos empregatícios o que baratearia os custos do patrão.

Diante desse cenário, fica mais evidente que nem todos os pontos dessa nova emenda foram analisados com cautela. O empregador por sua vez, não teve benefícios, portanto, após sua aprovação, o que era estimado é que aconteceria uma quantidade relevante de demissões em massa dos empregados domésticos a fim de reduzir os custos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os empregados domésticos sempre foram discriminados, remetendo a um passado escravocrata, em que a maioria das domésticas eram negras ou pardas. Essa discriminação perdurou por muito tempo e até hoje existe, pois atualmente a maioria desses trabalhadores são negros. No campo jurídico, tal discriminação também se fez presente. Os empregados domésticos possuíam menos direitos que os demais trabalhadores.

A EC 72/2013, vem colocar fim a discriminações passadas pela classe dos trabalhadores domésticos, outorgando direitos e obrigações que já faziam jus, porém sem regulamentação.

Com base na análise dos dados apresentados nesse estudo, pode-se concluir que grandes foram as conquistas dos trabalhadores domésticos, a partir da publicação da Emenda Constitucional n. 72/2013, que por sua vez aproximou-se, os direitos dos colaboradores da classe doméstica aos colaboradores urbanos e rurais, cominando direitos, que proporcional uma maior flexibilidade na afinidade doméstica entre empregado e empregador. Porém trouxe também malefícios como, por exemplo, um aumento no número de demissões e conseqüentemente na demanda por profissionais diaristas.

Para os empregadores, essa lei também trouxe diversas alterações, sendo que o maior impacto foi na área financeira. Pois agora os empregadores devem arcar com o recolhimento de 20% de encargos sobre a folha de pagamento dos empregados domésticos enquanto, que antes da reformulação da lei, o valor previsto para recolhimento era de apenas 12%. Ressalta-se, ainda, que esse acréscimo de gastos se deu em razão da necessidade de conferir aos trabalhadores domésticos direitos básicos que antes lhes eram negados.

Como sugestão para futuras pesquisas acredita-se que seria interessando a elaboração de trabalhos relacionados ao mesmo tema, como pesquisas de campo, com o objetivo de analisar a percepção sobre essa nova lei, tanto para empregados como para empregadores domésticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC NEWS, 2017. O que faz o Brasil ter a maior população de domésticas do mundo. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/o-que-faz-o-brasil-ter-a-maior-populacao-de-domesticas-do-mundo.ghtml>

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa da Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008. Trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm.

FERRAZ, Fernando Basto e RANGEL, Helano Márcio Vieira. A discriminação sociojurídica ao empregado doméstico na sociedade brasileira contemporânea: uma projeção ao passado

colonial. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3832.pdf>.

BGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Base de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Tabulações especiais. 2017. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua>

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 12.ed. São Paulo: Ltr, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13 ed. São Paulo: LTr, 2014.

COELHO JÚNIOR, Hélio Gomes. Trabalho doméstico: a emenda que piorou o soneto. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 17, p. 188-198, abr. 2013.

CASTANHO, Felipe Botter. PALVESKI, Ana Paula. Emenda Constitucional 72/2013 do Empregado Doméstico e seus Efeitos: Benefícios e Problemas. 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/emenda-constitucional-722013-do-empregado-dom-%C3%A9stico-e-seus-efeitos-benef%C3%ADcios-e-problemas>

BOSKOVIC, Alessandra Barrichello; VILLATORE, Marco Antônio César. Trabalho decente doméstico e a necessidade de mais legislação para o Brasil ratificar a convenção n. 189 da Organização Internacional do Trabalho e suas consequências sociais e econômicas. Disponível em: www.trt9.jus.br

BRASIL. Lei n. 5.959, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 11 dez. 1972. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5859.htm.

BRASIL. Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1º jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm.