

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1038

(Ano XIII)

(18/09/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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.

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, 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: Bacharelada 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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



A atribuição do Ministério Público para firmar acordos de leniência

Leandro Bastos Nunes, 07.

ARTIGOS

Responsabilidade civil na internet

Karina Menezes Santos, 15.

A vacância celerial dos processos físicos de interdição no carácter de urgência, frente ao desenvolvimento do processo judicial eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco PJE – TJPE, na cidade de Petrolina

Isaque Silva de Souza, 79.

A execução de alimentos face a reforma processual civil de 2005 atinente as execuções: uma importante análise histórica

Rhuan Carlos Duarte Martins, 93.

Alienação parental e as consequências jurídicas a partir da Lei 12.318/2010

Ivan Jose da Silva Franco, 102.

Breve comentário dos princípios constitucionais específicos aplicáveis a seguridade social

Arquimedes Torres de Melo Revoredo, 117.

LGPD e os processos indenizatórios

Williann Rudolfo Georgi, 130.

Método contábil de apuração de haveres de sociedade limitada quando não há previsão no contrato social

Guilherme Rauen Silva Jardim, 132.

A desconsideração da personalidade jurídica utilizada em favor da sociedade empresarial

Rhuan Carlos Duarte Martins, 148

Divórcio e as demais opções jurídicas ao fim do matrimônio

Williann Rudolfo Georgi, 155.

Invasão de dispositivo informático, furto eletrônico, estelionato eletrônico e competência – Lei 14.155/21

Eduardo Luiz Santos Cabette, 157.

O discurso oficial da teoria da pena

Alixandre Barroso Vieira, 188.

Crimes virtuais: uma abordagem jurídica acerca das limitações no combate aos crimes cibernéticos

Justino Soares dos Santos Filho, 199.

O contrato de trabalho da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico pátrio: inclusão social e acessibilidade

Matheus de Lima Silva, 214.

Usucapião de Imóvel Público no Município de Antônio Dias, Minas Gerais: Um Estudo Sobre a (Im)possibilidade Jurídica do Caso

Luiz Henrique Murici, 229.

Mediação e constelação familiar: ferramentas para solução de conflitos

Almeida Jr, 254.

Pensão alimentícia: prisão civil do devedor em tempos de pandemia

Ronaldo Alves De Oliveira, 265.

O Fim da Eireli e a sociedade Limitada Unipessoal

Williann Rudolfo Georgi, 281.

A ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FIRMAR ACORDOS DE LENIÊNCIA

LEANDRO BASTOS NUNES: Procurador da República, especialista em direito penal e processo penal, professor de cursos de atualização para servidores públicos do Ministério Público Federal (MPF), articulista, palestrante, e autor da obra "evasão de divisas"(editora juspodivm).

INTRODUÇÃO

O acordo de leniência é uma espécie de colaboração premiada relacionada a empresas. Nesse sentido, as companhias se comprometeriam a revelar fatos ilícitos apurados nas investigações internas relacionadas a ilicitudes praticadas no âmbito empresarial ou de pessoas jurídicas envolvidas com atos de corrupção considerados lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

A avença permite que as pessoas jurídicas continuem suas atividades – inclusive participando de contratos com o poder público – no intuito de proporcionar os valores necessários à reparação dos atos ilícitos praticados. O pacto também estabelece mecanismos destinados a assegurar a adequação e a efetividade das práticas de integridade das empresas, à medida que previne a ocorrência de novas irregularidades e destaca-se, em grau prioritário, a ética e a transparência na condução de seus negócios.

Conquanto o artigo 16 da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa) não tenha expressamente conferido poderes ao MP para firmar acordo de leniência, a referida atribuição decorre dos poderes conferidos pela própria Constituição Federal e leis de regência.

O art. 129, IX, da Lei Maior expressamente trouxe a previsão de competência constitucional para que o Ministério Público exerça "outras funções", desde que tenham pertinência temática com as suas finalidades institucionais. Com efeito, o MP é o Órgão responsável pela fiscalização da correta aplicação da lei e do combate efetivo à corrupção e formas de burla ao sistema legal e normativo.

Nesse ponto, considerando que o acordo de leniência tem por finalidades identificar os demais envolvidos na infração, a fim de serem obtidos – de forma célere e eficaz – informações e documentos comprobatórios da ilicitude, ao passo que se proporciona o adiantamento da reparação do dano. Nesse contexto, exsurge a respectiva atribuição do *Parquet* para firmar os compromissos contidos no pacto de leniência.

A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

A teoria dos poderes implícitos pode ser explicada, em linhas gerais, pelo famigerado adágio “quem pode o mais, pode o menos”. Assim, se o Ministério Público detém ampla atribuição para determinada ação (exemplo: propor a ação penal), possuirá – como decorrência lógica – a atribuição para realizar investigações tendentes a colher provas necessárias ao processo criminal (realização de investigações criminais, de acordo com o procedimento previsto e regulado pela Resolução n.º 13/2006 do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público).

No mesmo sentido, a teoria dos poderes implícitos fundamenta que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, confere-lhe, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. Desse modo, não seria lógico conferir competência ao Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores públicos – verificando a legalidade e economicidade dos gestores ou responsáveis pelo emprego dos recursos públicos (artigo 71 da Constituição Federal) – e não permitir a adoção de medidas acautelatórias (poder geral de cautela), visando suspender ilegalidades com potencial lesivo ao erário.

Em suma, a indigitada teoria aduz que, em decorrência de a Constituição atribuir uma competência expressa a determinado órgão, conferiria, na forma de poderes implícitos, ao respectivo Órgão estatal, os meios necessários à integral realização de tais fins, que lhe foram outorgados, ficando sujeitas às proibições e limitações estruturais da Constituição Federal. Como exemplo, tem-se que a Constituição Federal atribuiu ao Tribunal de Contas da União (TCU), em seu artigo 71, diversas competências. Assim, o TCU disporia de poderes implícitos para imprimir efetivo cumprimento às suas funções institucionais expressamente previstas pela CF/88.

Nesse sentido, colaciona-se a seguinte ementa de decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RJ PARA DETERMINAR A PRESENTE MEDIDA CAUTELAR. Quando a Corte de Contas se vale do poder geral de cautela, isso não implica substituição da função jurisdicional. Constitui-se, em verdade, no instrumento que se destina a conferir eficácia final às manifestações estatais e encontra-se em consonância com a própria razão *de* existir daquele órgão, a fim *de* zelar pelos interesses do Erário estadual. O STF já reconheceu a atribuição de *poderes explícitos e implícitos ao Tribunal de Contas* para legitimar a incumbência *de* índole cautelar que permite à mesma Corte adotar as medidas necessárias ao fiel

cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências estabelecidas nos artigos 33, § 2º, 70, 71, 72, § 1º, 74, § 2º, e 161, parágrafo único, todos da Constituição Federal de 1988. (MS 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19/11/2003; Ministro Luiz Fux MS 30.924; MS 33.092, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Processo eletrônico DJE-160, publicado 17/8/2015; MS 25.481-AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Data de julgamento 4/10/2011). O STF, em caso similar, entendeu que os Tribunais de Contas têm atribuição para determinar a retenção *de* valores, cautelarmente, como no julgamento do MS 30.924, Rel. Min. Luiz Fux, data *de* julgamento 20/10/2011. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. O art. 75 da CF/1988 determina explicitamente que o mesmo formato do TCU também deve ser aplicado, no que couber, aos *Tribunais de Contas* no âmbito estadual e no municipal [...]**[1]**.

Além disso, outros precedentes na jurisprudência pátria respaldam as decisões emanadas da teoria em tela, destacando-se o da Ministra Relatora Ellen Gracie, *in verbis*: “se ao CNJ foi concedida a faculdade de avocar processos disciplinares em curso, fase seguinte à sindicância administrativa e mais completa, nada o impede de obstar o processamento de uma sindicância, que é mero procedimento preparatório”**[2]**.

Na mesma direção, em outra oportunidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia**[3]**.

Com efeito, se o MP é o detentor exclusivo da promoção da ação penal segundo a constituição (atividade-fim), implicitamente teria poderes para a respectiva investigação criminal (meios para se chegar na atividade-fim). Referido entendimento também foi defendido pelo Ministro Marco Aurélio no RE 593727 e pela Ministra Ellen Gracie no RE 535478.

O tema voltou ao debate com a proposta de emenda constitucional número 37, a popularmente chamada “PEC da impunidade”, na qual o poder investigatório seria retirado do MP e ficaria a cargo somente da polícia federal e civil, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, a qual, porém, não foi objeto de aprovação pelo Parlamento.

De outra parte, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal outorga os fins, confere os meios para atingir o desiderato. Nesse sentido, se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* privativamente, não se cogita em não lhe oportunizar a colheita de provas para tanto, porquanto o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia[4].

O entendimento doutrinário reforça a tese ora defendida. Nesse ponto, conforme lições de Alexandre de Moraes, ‘a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda’[5].

Vale salientar que, se cabe ao MP propor ações penais para combater crimes contra a ordem econômica, e que envolvam atos de corrupção passiva, fraudes em licitações, e ações civis públicas (artigo 129, III, da Carta Magna), decorre, pela teoria dos poderes implícitos, sua atribuição para conduzir investigações em inquéritos civis ou procedimentos criminais, que tenham por objetivo investigar, reprimir, e reparar condutas lesivas ao interesse público, e que decorram de suas atribuições legais previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público– Lei n.º 8.625/93, e na Lei Complementar 75/93 (estatuto do Ministério Público da União), incluindo, ainda, a competência administrativa para firmar os acordos de leniências necessários à proteção do respectivo bem jurídico que lhe foi conferido pela Lei Maior.

Nesse sentido, é o que consta da Nota Técnica n.º 02/2020 oriunda da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª CCR), ao analisar o Acordo de Cooperação Técnica subscrito pela AGU, CGU, TCU e MJSP, em 06.08.2020, com a participação do STF, em matéria de combate à corrupção no Brasil, sobretudo em relação aos Acordos de Leniência da Lei nº 12.846/2013:

[...] qualquer “ação sistêmica” ou “ação operacional”, no marco de uma cooperação interinstitucional no contexto de acordos de leniência, não podem ser estabelecidas de encontro a legitimidade do MPF para a proteção da probidade administrativa e proteção do patrimônio público e social, como disposto no artigo 129, inciso III e artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Sendo Instituição essencial ao funcionamento e à efetividade do enfrentamento à corrupção, mesmo que o legislador não tenha expressamente contemplado sua referência no artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, o MPF não pode ser aliado do acordo de leniência [...][6].

Sob outro prisma, porém, deve-se afastar a invocação de ‘poderes implícitos’, de ‘poderes resultantes’ ou de ‘poderes inerentes’ como formas autônomas de competência, sendo admissível uma complementação de competências constitucionais, por intermédio da aplicação de instrumentos doutrinários de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, resulta-se em duas hipóteses de competência complementares implícitas, conforme preleciona a abalizada doutrina:

(1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão);

(2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.^[7]

Nota-se, portanto, que o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, afigura-se incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência do STF deve ser interpretada de forma restritiva^[8].

A PREVISÃO LEGAL PARA A PROPOSITURA DO PACTO DE LENIÊNCIA PELO MP

No plano da legalidade, destaque-se o teor do artigo 6º, da Lei Complementar 75/93, XIV, o qual atribui ao Ministério Público a missão de promover “outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, especialmente quanto:

- a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas;
- b) à ordem econômica e financeira;
- c) à ordem social;
- d) ao patrimônio cultural brasileiro;
- e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação;
- f) à probidade administrativa;**

g) ao meio ambiente;

As “ações” aqui compreendida devem ser interpretadas em seu sentido amplo, a fim de abranger não só as ações judiciais, mas também as medidas necessárias para instrumentalizar e embasar os processos que serão movidos pelo *Parquet*, como guardião do interesse público e fiscal da correta aplicação da Lei, com fundamento, inclusive, na teoria dos poderes implícitos.

Demais disso, decorre do texto Constitucional, mais precisamente do art. 129, IX, da Lei Maior, o qual conferiu ao MP a atribuição para “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”, ou seja, atribui expressamente o *munus* de exercer funções que atendam ao interesse público decorrente de sua missão constitucional.

Não obstante, o pacto de leniência – a fim de conferir segurança jurídica às partes signatárias e evitar futuros questionamentos acerca de sua extensão e validade – deve ser firmado pelo Ministério Público, conjuntamente com os órgãos do Poder Público, que tenham pertinência temática com os fatos (*v.g.*, CGU, TCU, CADE, CVM, BACEN, dentre outros).

Referida providência, além de atender aos imperativos de segurança jurídica, responde aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública – como a eficiência, legalidade, e a supremacia do interesse público – conferindo ampla legitimidade e qualidade técnica ao aludido instrumento legal.

CONCLUSÃO

Diante do evidenciado, nota-se que o acordo de leniência deve ser firmado – preferencialmente – de forma conjunta, pelo Ministério Público e os demais Órgãos do Poder Público, a fim de que haja segurança jurídica e legitimidade na repressão aos atos ilícitos, em consonância com os princípios da eficiência e da prevalência do interesse público.

Contudo, ainda que firmado exclusivamente pelo MP, foi observado que não se pode alegar nulidade, ou ausência de atribuição legal ou constitucional, ante a teoria dos poderes implícitos, e da correta exegese oriunda do texto Constitucional (artigo 129, IX, da Lei Maior), assim como diante das cláusulas gerais de atribuições ligadas à pertinência temática do *Parquet* previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e na Lei Complementar n.º 75/93.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75/93**. Brasília. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2012/3/pdf/00239413.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRUM, Francisco Valle. Reclamação no TRF: Competência Constitucional Implícita. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3117, 13 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20847>>. Acesso em: 18 set. 2020.

CANOTILHO J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5 ed., Coimbra: Almedina. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. 2007. São Paulo: Saraiva.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Nota Técnica 02/2020 – 5ª CCR**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf>>. Acesso em 18 de set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **RMS 59078/RJ**, 2ª Turma, Rel. Herman Benjamin, DJe 18/10/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **MS 29925/DF**, 2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, 13/10/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE 441004/PR**, Rel. Joaquim Barbosa, 17/12/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE 441004/PR**, 2ª Turma, Rel. Joaquim Barbosa, 19/12/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Petição 3433/DF**.

[1] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), **RMS 59078/RJ**, 2ª Turma, Rel. Herman Benjamin, DJe 18/10/2019.

[2] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), **MS 29925/DF**, 2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, 13/10/2010.

[3] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), **RE 441004/PR**, Rel. Joaquim Barbosa, 17/12/2009.

[4] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), **RE 441004/PR**, 2ª Turma, Rel. Joaquim Barbosa, 19/12/2009.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. 2007. São Paulo: Saraiva, p. 10.

[6] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Nota técnica 02/2020** – 5ª CCR. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf>>. Acesso em 18 de set. 2020.

[7] CANOTILHO J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5 ed., Coimbra: Almedina. 2003, p. 543.

[8] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Petição 3433/DF**.

RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET

KARINA MENEZES SANTOS:
Bacharelanda em Direito pelo –
ILES/ULBRA

CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA GONTIJO

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho se utilizou como método de abordagem, uma pesquisa exploratória de forma qualitativa, através do procedimento bibliográfico e fontes interdisciplinares, se utilizando como método de abordagem a análise dedutiva sobre a responsabilidade civil na Internet. Pretende-se também responder a problemática que ensejou este trabalho, qual seja, na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, qual a modalidade de responsabilidade civil aplicável aos entes públicos e privados no âmbito do tratamento de dados: objetiva ou subjetiva? Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo geral discorrer sobre o contexto histórico da internet, adentrando no tema da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico pátrio; fazendo uma breve análise sobre essa temática, sobre a ótica do diálogo das fontes, contextualizando esse grande avanço em nossa sociedade atual, com base no surgimento de novas leis no decorrer de nossa história, de modo a aprofundar com maior afinco, nos ditames da Lei Geral de Proteção de Dados. Também visa analisar os impactos gerados pela sua entrada no cenário brasileiro, considerando o momento que o país enfrenta, sob a ótica da responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico vigente. Salienta-se, que a tarefa do intérprete, torna-se, além de árdua, delicada, diante da constatação, para alguns perturbadora, da colossal magnitude do poder que os agentes de tratamento de dados exercem sobre os mais variados aspectos das vidas de muitos, em se tratando, não só dos órgãos privados, mas principalmente de órgãos públicos. De todo modo, conclui-se que embora a lei aborde expressamente acerca da responsabilidade dos atos praticados por particulares, é silente com relação à responsabilidade dos entes públicos, se objetiva ou se subjetiva. Para satisfação dessa dicotomia, aplica-se o recurso hermenêutico do artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, designando como objetiva a responsabilidade civil desses entes.

Palavras chave: Consentimento. Dialogo da Fontes. Internet. Proteção de dados pessoais. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: The present work was used as a method of approach, an exploratory research in a qualitative way, through the bibliographical procedure and interdisciplinary sources, using as a method of approach the deductive analysis of civil liability on the Internet. It is also intended to answer the problem that gave rise to this work, namely, in the Brazilian

General Data Protection Law, what is the modality of civil liability applicable to public and private entities in the context of data processing: objective or subjective? Thus, the present work has as general objective to discuss the historical context of the internet, entering into the theme of civil liability in our national legal system; making a brief analysis on this theme, from the perspective of the dialogue of sources, contextualizing this great advance in our current society, based on the emergence of new laws throughout our history, in order to deepen with greater determination, the dictates of the Law Data Protection General. It also aims to analyze the impacts generated by its entry into the Brazilian scenario, considering the moment the country is facing, from the perspective of civil liability in our current legal system. It should be noted that the interpreter's task becomes, in addition to being arduous, delicate, given the fact, for some, disturbing, the colossal magnitude of the power that data processing agents exert on the most varied aspects of the lives of many, when it comes not only to private bodies, but mainly to public bodies. In any case, it is concluded that although the law expressly addresses the responsibility for acts performed by individuals, it is silent with regard to the responsibility of public entities, whether objective or subjective. To satisfy this dichotomy, the hermeneutic resource of article 37, § 6 of the Federal Constitution of 1988 is applied, designating the civil liability of these entities as objective.

Keywords: Consent. Sources dialog. Internet. Protection of personal data. Civil responsibility.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONTEXTO HISTÓRICO DA INTERNET. 2.1 O impulso comercial na Internet. 2.2 Mercado financeiro e Internet. 2.3 A responsabilidade decorrente da Internet. 2.4 O desenvolvimento da internet no Brasil. 2.5 As redes sociais digitais. 2.5.1 A privacidade nas redes sociais na internet. 3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E MARCO CIVIL DA INTERNET. 3.1 Conceito de responsabilidade civil. 3.2 Breves considerações sobre os elementos da responsabilidade civil. 3.2.1 Conduta culposa. 3.2.2 Dano. 3.2.3 Nexo de causalidade. 3.3 Quantificação e reparação do dano. 3.4 Breves considerações sobre o marco civil da internet e a responsabilidade civil dos provedores de internet. 4. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUAS NUANCES SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 4.1 Impactos imediatos no cenário brasileiro. 4.2 Fundamentos e princípios. 4.3 Percepções acerca do consentimento na LGPD. 4.4 Consentimento em legislações esparsas e sua relação com a LGPD: um necessário diálogo das fontes. 4.5 LGPD e responsabilidade civil. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em 1958, um ano após o lançamento do primeiro satélite artificial da história, o Sputnik 1, pela URSS, os EUA criaram a DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*) Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa, em português). A DARPA é fundamental na história da Internet, uma vez que foi responsável pela pesquisa e

desenvolvimento de novas tecnologias para fins defensivos e militares, entre elas, a rede de computadores (ROCK CONTENT, 2000).

A Internet é, sem dúvida, uma das maiores invenções do século XX. Desde que surgiu, abriu as portas para novos desenvolvimentos tecnológicos que continuam avançando até hoje, transformando o modo como a sociedade vive e se relaciona. Atualmente, viver sem a Internet é simplesmente impensável. Por esse motivo, faz-se necessário percorrer a linha do tempo da história da Internet, de modo a explorar suas origens e passando pelos momentos principais de sua evolução para entender seus efeitos no mundo globalizado e na transformação digital que marca o século XXI.

Os avanços vertiginosos da tecnologia e da comunicação elevaram o papel da rede mundial de computadores que se tornou (e continua a se tornar cada vez mais) um propício ambiente para ofertas, anúncios e transações. Situações e realidades que permitiram que a famigerada publicidade em massa ganhasse companhia da publicidade dirigida. De fato, o notório aumento da conectividade fomenta o acesso aos dados sobre potenciais consumidores, posto que se permite uma reunião de variados dados pessoais.

A construção e caracterização de nossa organização social fundamentada cada vez mais sobre a acumulação e circulação de informações elenca novos desafios para as ciências, em especial o Direito. o poder fundado na informação, a dificuldade de individualizar certos tipos de informações acerca das quais o cidadão consente em cedê-las e a construção da privacidade ganham uma tônica neste cenário. O tratamento de dados passa a permitir novas concentrações de poder e fortalecimento dos já existentes. Com a substancial intenção de frear, ou pelo menos criar obstáculos a esse cenário, surgem as legislações destinadas à tutela e proteção dos dados pessoais na sociedade em rede (CASTELLS, 2017). Uma das primeiras e com maior patente foi a Diretiva 95/46/CE da União Europeia (1995), que inaugurou um regulamento já na década de 1990 para o crescimento das necessidades de proteção aos escassos normativos destinados à proteção da privacidade dos sujeitos em rede, salvaguardando-se o frágil tecido dos direitos civis da personalidade.

Aproximadamente 20 anos após a Diretiva Europeia estar alargando as possibilidades protetivas da privacidade, ela assume um caráter mais completo e atualizado. O regulamento 2016/679, conhecido como *General Data Protection Regulation* (GDPR) insere na sociedade europeia um rico normativo frente ao seu antecessor. Tecnologias interativas que realizam a coleta e o tratamento de dados dos titulares que a utilizam passam a ser objeto de controle destes. O verdadeiro potencial e a temática passam a ser a construção do papel do cidadão na sociedade informatizada, distribuindo contingências para delimitar a aplicação do *Big Brother* de Orwell.

No Brasil (2018) a temática surgiu com o mesmo espectro, mas tardiamente. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira propõe soluções às consequências negativas da tecnologia através das disposições da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Aqui existem inúmeras normas mantendo uma nova temática dentro dos esquemas privatísticos tradicionais seguindo uma lógica protetiva de direitos da personalidade. A defesa da privacidade no sistema jurídico brasileiro alargou-se em uma perspectiva institucional e social, superando a lógica puramente proprietária e possibilitou a integração de controles individuais para com os titulares dos dados coletados e tratados.

Nos dias atuais é notável o grande crescimento e desenvolvimento da era digital, sendo assim informações que antes demoravam dias para serem distribuídas para população, agora com apenas um *click* é possível acessar as mais variadas e complexas informações. A LGPD coloca o indivíduo (a quem denomina de "titular"), como protagonista das relações jurídicas que envolvam o tratamento de dados, não só porque regula a proteção de dados pessoais, mas, principalmente, elege como fundamento em seu art. 2º, II, a "autodeterminação informativa", que consiste no direito de escolher quais dados serão usados, bem como os limites e o prazo dessa utilização (CAPANEMA, 2020). Diante disso, apresenta-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, qual a modalidade de responsabilidade civil aplicável aos entes públicos e privados no âmbito do tratamento de dados: objetiva ou subjetiva?

A hipótese mais imediata a ser posta para satisfação dos requisitos metodológicos é a aplicação da responsabilidade objetiva, conforme disposição legal. Porém, frisa-se, que serão encontradas algumas peculiaridades no decorrer da construção deste trabalho. Define-se, portanto, uma abordagem mais técnica e pragmática próxima ao empirismo do direito, típico das novas tecnologias.

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo geral discorrer sobre a responsabilidade civil pelos atos cometidos por agentes públicos e privados no âmbito do tratamento de dados, nos ditames da recém aprovada Lei Geral de Proteção de Dados.

O primeiro objetivo específico, visa contextualizar o surgimento da internet no mundo e no Brasil. O segundo objetivo específico, visa realizar breves considerações sobre a Responsabilidade Civil e o Marco Civil da Internet. Já o terceiro e último objetivo específico, visa analisar e adentrar com maior ênfase nos ditames da Lei Geral de Proteção de Dados.

Este trabalho se justifica, pela necessidade de provocar um questionamento e reflexão sobre alguns aspectos estruturantes do pensamento jurídico, por uma parte, e histórico e sociológico por outra, de modo a gerar um debate crítico sobre a

responsabilidade civil na internet e suas facetas na atualidade, tendo em vista as constantes variáveis na interpretação normativo-constitucional.

Este trabalho realizar-se-á através de uma pesquisa exploratória de forma qualitativa, através do procedimento bibliográfico e fontes interdisciplinares, se utilizando como método de abordagem a análise dedutiva sobre o surgimento da internet, responsabilidade civil, e leis conexas ao tema.

No primeiro capítulo, visa-se discorrer sobre o surgimento da internet no mundo, o seu desenvolvimento, sua relação com o mercado financeiro, fazendo um breve relato sobre a responsabilidade decorrente da Internet, e o desenvolvimento da Internet no Brasil, até chegarmos nas redes sociais digitais

Partindo para o segundo capítulo, faz-se oportuno, portanto, falar sobre a responsabilidade civil, seu conceito e elementos (culpa, dano e nexos de causalidade), a quantificação do dano, bem como tecer breves considerações sobre o marco civil da internet e a responsabilidade civil dos provedores de Internet.

Por fim, no terceiro e último capítulo, é absolutamente imprescindível falar sobre a Lei Geral de Proteção de Dados e suas nuances sob a ótica da responsabilidade civil, realizando uma análise sobre seus impactos no cenário brasileiro, discorrendo sobre seus fundamentos e princípios, bem como sobre a percepção acerca do termo consentimento, e o necessário diálogo das fontes, e seus efeitos no cenário atual.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DA INTERNET

Antes do surgimento da internet já existiam alguns meios de comunicação, como tv, rádio e telefone. Para Jack Goldsmith e Tim Wu (2006, p. 11), desde os primórdios existiam computadores, porém não havia uma comunicação através deles. Para facilitar a comunicação em razão da guerra fria em 1960, alguns pesquisadores da defesa pessoal dos EUA, formularam um conceito de comunicação mais centralizado. O qual permitiu que os computadores não se tornassem dependentes de uma comunicação centralizada, permitindo que uma vez que o conteúdo fosse enviado, a destruição de um computador não impediria o tráfego da informação, uma vez que já foi lançada.

O nascimento da Internet está diretamente relacionado ao trabalho de peritos militares norte-americanos que desenvolveram a ARPANET, rede da Agência de Investigação de Projetos Avançados dos Estados Unidos, durante a disputa do poder mundial com a URSS. A Força Armada dos Estados Unidos, em 1962, segundo Turner e Muñoz (2002, p. 27), "encomendou um estudo para avaliar como suas linhas de comunicação poderiam ser estruturadas de forma que permanecessem intactas ou pudessem ser recuperadas em caso de um ataque nuclear".

O apoio financeiro do governo norte-americano através da pesquisa promovida pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos por meio da ARPA - Administração dos Projetos de Pesquisa Avançada, já em 1968, foi o impulso para a implantação do sistema de informação em rede (BEZERRA, [s.d.]). Iniciada com objetivos militares, propondo uma sobrevivência aos elementos partícipes por não estarem conectados de modo hierárquico, característica marcante daquele setor, a disposição em rede permitia a não ameaça ao cabeça do programa, caso fosse atacada. Era crucial que a arquitetura do sistema fosse diferente daquela apresentada pela rede de telefonia norte-americana (FAPESP, 2017).

O processo de funcionamento da comunicação em rede estabelecia, segundo relatam Briggs e Burke (2006, p. 301), que "qualquer computador podia se ligar à Net de qualquer lugar, e a informação era trocada imediatamente em 'fatias' dentro de 'pacotes". A noção da quebra de mensagens em "pacotes de informação", é, conforme os autores Briggs e Burke (2006), uma ideia mais antiga, presente nas pesquisas de computação desde os anos finais da década de 1960. Era importante, para efetuar tais "trocas" de informações entre as máquinas que houvesse interfaces que possibilitassem o processo codificação, decodificação e recodificação entre os microcomputadores que utilizassem "faces diferentes e linguagens distintas". Surgem, então, os IMP's, processadores de mensagens "interfaces" (BEZERRA, [s.d.]).

2.1 O impulso comercial na Internet

A importância da Internet, além dos espaços militares e universitários dependia, segundo Briggs e Burke (2006, p. 301), da "ampliação da consciência de suas possibilidades comerciais". *CompuServe* foi o primeiro provedor de serviços comerciais on-line, iniciou suas operações em 1979, nos Estados Unidos e tendo como sócio o Grupo *Time/Warner*. Grupos alemães e franceses perceberam o "novo negócio" e ligaram-se à *American OnLine* (AOL), fazendo surgir o segundo provedor (ABREU, 2009). Na sequência, *Prodigy* surge como um novo provedor dos serviços comerciais online no mercado norte-americano. Contam Briggs e Burke (2006, p. 301), que "os três rivais (...) tinham um conjunto de assinantes, em 1993, que havia duplicado em dois anos, até os 3,5 milhões".

Ao perceber o "ciberespaço" como uma oportunidade de novos negócios, Briggs e Burke (2006, p. 302), afirmam que "uma nova fase se abriu quando a Net atraiu interesses comerciais e seu uso se ampliou". Nas montanhas suíças, mais precisamente nos laboratórios do CERN, um instituto europeu de pesquisa, Tim Berners-Lee, um pesquisador inglês imaginou, relatam Briggs e Burke (2006, p. 302), "o que chamou de '*World Wide Web*', em 1989". Berners-Lee imaginava a possibilidade de integrar seu computador numa rede mundial onde cada computador fosse um arquivo desta mesma rede, podendo ser acessado por qualquer computador ligado à Net, possibilitando, que "(...) toda a informação arquivada nos computadores de todos os lugares estivesse interligada. Essa hipótese era notável, porém não fazia parte do que a Arpanet tinha em mente. (...) Para

Berners-Lee, 'tecer' a rede não era inicialmente uma tarefa lucrativa" (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 302).

Ainda conforme Brings e Burke (2006, p. 302), "a maioria dos primeiros provedores de software considerava que a Internet liberava e dava poder aos indivíduos, oferecendo vantagens sem precedentes à sociedade". Mais pessoas se filiavam a essa percepção. Winston (1995, apud, Brings e Burke, 2006, p. 302), argumentava, "que com a convergência tecnológica, alcançaríamos 'maior liberdade humana', 'mais poder para o povo' e mais cooperação internacional".

2.2 Mercado financeiro e Internet

No fim do século XX (2000), começaram a surgir os colapsos nas empresas pontocom. Economicamente, as empresas pontocom haviam recebido uma supervalorização financeira. Ao ver a aproximação do ano 2000, por ser representado resumidamente pelos dígitos 00, disseminou-se a informação de que poderia haver um bug no sistema de computadores que não estavam projetados para reconhecer a dezena 00 como 2000 e, reconheceriam, então, essa informação representada por 00 como referência ao ano de 1900. Esse desacerto traria cem anos de diferença, atrasando e comprometendo as informações do sistema financeiro, em especial (FAPESP, 2017).

Um dos primeiros colapsos foi o da empresa sueca Boo.com, no verão de 2000¹, seguido de uma notável diminuição no valor das ações da Amazon, uma das empresas mais conhecidas na Internet, que negocia com livros: ela perdeu um quinto de seu valor na Wall Street em um dia. Em um guia da e-conomy, em abril de 2000, *The Economist* falava não em flutuações, mas em "rodopios" (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 304).

Esses problemas foram seguidos, inclusive pela Amazon.com, que, contam Briggs e Burke (2006, p. 304), obteve "uma notável diminuição no valor das (suas) ações, (...) uma das empresas mais conhecidas da Internet, que negocia com livros: ela perdeu um quinto de seu valor na *Wall Street* em um dia". Contrariando os corretores da bolsa de valores norte-americana, que aguardavam uma ressaca da Amazon.com, em julho daquele mesmo ano, a empresa bateu todas as expectativas e fechou o pregão em alta. Conforme Briggs e Burke (2006), foi em razão desses altos e baixos das ações *high-tech* da Nasdaq que as empresas *pontocom* foram classificadas em um grupo econômico diferente das demais empresas S.A. nos Estados Unidos, a partir de 1993 (ABREU, 2009).

¹ Cabe lembrar que o verão norte-americano ocorre entre julho e setembro de cada ano. (N. da A.).

2.3 A reponsabilidade decorrente da Internet

Sabe-se que a Internet, como nova forma de tecnologia, alterou velhos conceitos e deu origem a novos danos. A chamada rede mundial (*World Wide Net*), notável forma de comunicação com o uso de computadores pessoais, aproximando pessoas e permitindo infinitas transmissões de conhecimentos, notícias, cultura e diversões, também serve aos maus usuários, que buscam prejudicar terceiros.

Inicialmente, apareceram os técnicos que testavam apenas a vulnerabilidade, com o intuito de proteger os dados das empresas, como bancos, e que se chamam de *hackers*. Depois vieram os maus elementos, que buscam invadir os dados de empresas ou particulares, com o intuito de causar danos, os chamados *crackers*. Os primeiros são contratados para testar a segurança dos *softwares* e ver se os dados armazenados podem ou não ser descobertos; os segundos tentam retirar os créditos bancários, ou espalham os chamados "vírus", com o intuito de danificar programas ou funcionamento dos computadores.

Montenegro (2003, p. 141) afirma que, "o computador torna-se sobremodo uma máquina perigosa porque o proprietário pode facilmente perder o seu comando ou direção, por ação de terceiro, sem que ele sequer perca a sua posse física". Mas não só a máquina. Há invasões de contas bancárias, diretamente ou pela Internet, cada vez mais resguardadas pela criptografia, que é um processo informático de camuflar ou cifrar os dados remetidos pela Internet e que são decifrados pelo destinatário, sendo, em princípio, difícil que um terceiro, invasor, possa descobrir o significado dos caracteres enviados. Assim, muitos negócios bancários são realizados diretamente pelos computadores. O meio de garantir o sigilo é a chamada senha, que alguns reforçam com dupla forma, como a de uma frase que são o usuário conhece, além do número ou combinação de letras e números, tudo para dificultar que os dados sejam captados indevidamente. Alguns destes programas são tidos como seguros, mas nem todos (GLANZ, 2004).

Há vários estudos sobre a matéria, como o do Desembargador Newton de Lucca, e do Professor Adalberto Simão Filho. O primeiro analisa Títulos e Contratos Eletrônicos, enfocando o direito comparado e a proteção aos consumidores da Internet; o segundo disserta sobre Dano ao Consumidor por Invasão do Site ou da Rede, concluindo que não favorecem ao provedor as excludentes de caso fortuito ou força maior (LUCCA; SIMÃO FILHO, 2000).

Por outro lado, Montenegro (2003, p. 141) estuda a Responsabilidade do Provedor segundo a Natureza do Serviço Prestado, e, embora dizendo que só existem dois tipos de provedores, de acesso e de serviços ou conteúdo, afirma que as funções podem ser desdobradas em quatro classes: de acesso, de hospedagem, de conteúdo e de e-mail. Veja-se:

O primeiro responde pelos danos da deficiência dos serviços; o segundo, de hospedagem, responde contratualmente perante o cliente e extra contratualmente perante terceiros lesados. No caso do terceiro, provedor de e-mail, deve manter o sigilo da correspondência e evitar o chamado *spam*, propaganda indesejada, e o vírus informático, que é programa para danificar o *software*, com evidentes danos. Finalmente, o provedor de conteúdo ou de serviços deve controlar seus programas, de modo a evitar danos, podendo exonerar-se, caso prove a culpa exclusiva do usuário (MONTENEGRO, 2003, p. 141).

Diante do exposto, é possível verificar que com o passar dos anos as informações enviadas pelos computadores, não eram supervisionadas, permitindo que a expansão da internet ultrapassasse as finalidades acadêmicas e militares do século XX. Notando o número de indivíduos acessando a internet as pessoas passaram a se telecomunicar do meio físico para o virtual, o que trouxe como consequência que a presença física fosse gradualmente substituída pela presença virtual através das redes sociais, outra consequência que esse crescimento trouxe foi que as pessoas passaram a expor suas vidas, localização nas redes sócias (GOLDSMITH; WU, 2006 p. 12).

Desta forma nota-se, que se está diante do nascimento de uma nova Internet, com barreiras delineadas e onde as leis territoriais, o poder do Estado e as relações internacionais importam tanto quanto a invenção tecnológica. A experiência da Internet nos últimos anos demonstrou que técnicas de tecnologia da informação e pressões governamentais exercem fundamental importância no controle do espaço (MADALENA, 2019, p. 8).

2.4 O desenvolvimento da internet no Brasil

No Brasil, a grande Rede começou a desenvolver-se ainda no ano de 1988, a partir da criação da denominada Rede Nacional de Pesquisa (RNP), fruto da atuação conjunta dos Ministérios da Comunicação e da Ciência e Tecnologia, que tinha por objetivo constituir-se em uma infraestrutura básica, de abrangência nacional, para serviços de internet (SANTOS, 2013, p. 20).

Neste momento inicial, cumpre ressaltar que o acesso à internet disponibilizado pelo *backbone* da RNP era exclusivo para fins de educação e pesquisa, servindo de ligação entre Universidades e Centros de Estudos das cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre a instituições de ensino norte-americanas. Em 1995, o Governo brasileiro decidiu liberar o uso do *backbone* RNP, antes adstrito à utilização da comunidade acadêmica das universidades, por provedores de acesso comercial, iniciando-se, a partir de então uma

nova fase na internet brasileira, caracterizada pelo aumento expressivo de acessos, por pessoas naturais e sociedades empresárias (SANTOS, 2013, p. 21).

No mesmo ano, o Ministério das Comunicações (MC), juntamente com Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), fez publicar uma Nota Conjunta, em maio de 1995, com o objetivo de lançar oficialmente a internet como serviço essencial no Brasil, dispondo em seu item 1.1 que "O Governo considera de importância estratégica para o País tornar a Internet disponível a toda a Sociedade, com vistas à inserção do Brasil na era da informação" (BRASIL, 1995).

A referida Nota Conjunta, em seu item 2.1, define a internet como:

[...] um conjunto de redes interligadas, de abrangência mundial. Através da Internet estão disponíveis serviços como correio eletrônico, transferência de arquivos, acesso remoto a computadores, acesso a bases de dados e diversos tipos de serviços de informação, cobrindo praticamente todas as áreas de interesse da Sociedade (BRASIL, 1995).

Ainda no ano de 1995, é instituído pela Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI), o qual teria por objetivo promover a participação efetiva da sociedade nas decisões concernentes à implantação, administração e uso da internet no Brasil. 32 Conforme o art. 1º da referida portaria, o CGI tem por incumbência (BRASIL, 1995).

Entre os anos de 1996 e 1998, a infraestrutura da RNP foi melhorada, de modo a ampliar a capilaridade e a velocidade de suas linhas. A partir da evolução da internet pública no Brasil, com a multiplicação dos provedores comerciais, a RNP foi novamente dedicada para uso da área acadêmica. Em outubro de 1997, tendo em vista a carência de infraestrutura de fibras ópticas de alcance nacional, iniciou-se o desenvolvimento da RNP2, concebida com o objetivo de interligar todo o País em uma rede de alto desempenho, conectada a outras redes avançadas ao redor do mundo, bem como incentivar o surgimento de uma nova geração de redes nacionais (REDE NACIONAL DE PESQUISA, 2009).

No transcurso dos últimos anos da década de 1990, as operadoras de telecomunicações foram ampliando suas infraestruturas de fibras ópticas, de feita que os links do *backbone* com o exterior, que ao fim da referida década alcançavam velocidade de 8 MBps (*MegaBytes* por segundo), tonaram-se insuficientes. Nesse contexto, em maio de 2000, o ministério da Ciência e Tecnologia inaugurou o *backbone* RNP2, o qual interligou os 26 estados da federação e o Distrito Federal em uma rede cuja velocidade,

após ulteriores melhoramentos implementados no ano de 2004, chegou à incrível velocidade de 622 MBps.

É importante destacar que as pessoas estão cada vez mais habituadas com as redes sociais, as crianças já crescem tendo contato com elas, nos dias de hoje a internet se tornou necessidade e faz parte do cotidiano das pessoas. Além de tornar mais fácil o acesso à informação, as redes possibilitam que as pessoas possam ter em suas mãos a liberdade de expressar suas ideias, pois a rede de comunicação tornou mais fácil a comunicação entre as pessoas (MULOLO, 2014, p. 4). E, é, justamente, diante de tais fatores, que emergiram pressões governamentais, no intuito de colocar barreiras legais, como é o caso do Marco Civil da Internet, e recentemente, com a criação e entrada em vigo da Lei Geral de Proteção de Dados, assuntos estes que será abordado no decorrer deste trabalho.

2.5 As redes sociais digitais

O conceito de redes é abordado por diversos estudiosos em variadas vertentes. Segundo Pierre Musso (2004), a ideia de rede existe na mitologia através do imaginário da tecelagem e do labirinto. Na Antiguidade, Hipócrates, em sua Medicina, a associa à metáfora do organismo em que “[...] todas as veias se comunicam e se escoam de umas para as outras; com efeito, umas entram em contato com elas mesmas, outras estão em comunicação pelas vênulas, que partem das veias e que nutrem as carnes”. (MUSSO, 2004, p. 17-18).

Assim como essa trama, esse emaranhado que dá forma à malhagem, observa-se que a forma organizacional da sociedade se perpetua desta maneira, em torno das redes sociais. Ou, como defende o sociólogo alemão Georg Simmel, é feita de agregações, separações, coletividade e individualidade, sucessivas e simultâneas. Essa dinâmica social é descrita pelo sociólogo em seu ensaio A ponte e a porta, de 1909, por meio da metáfora da ponte e da porta. A ponte, para o pesquisador, provê a realidade visível da distância em relação ao outro, instaurando o desejo de perpetuar o elo de ligação com este. Esta seria a imagem do desejo dessa ligação, dessa agregação, que é próprio da vida em sociedade (SOUZA; CARDOSO, 2011).

A porta, segundo Simmel (1909), seria aquela que separa, que mantém a interioridade, a individualidade, que não quer contato profundo com o outro, que fecha o homem em si mesmo, evitando a socialização. Entretanto, ela seria essa socialização que mantém essas distâncias que compõem o indivíduo. Para o sociólogo, a vida social se estabelece neste ciclo de passagens sucessivas, com indivíduos que se agregam e que se isolam da ponte à porta e vice-versa. A metáfora de Simmel, criada no início do século passado, caracteriza, de forma clara, a vida contemporânea em sociedade.

Essas adesões sociais, essas passagens sucessivas dos indivíduos, são cruzamentos múltiplos que constituem a estrutura das redes. Maffesoli (1998) continua interpretando a lógica das redes ressaltando que, em uma sociedade complexa, cada um vive uma série de experiências que não tem sentido, senão dentro do contexto global. Maffesoli ainda resalta uma característica marcante nessa sociabilidade, ao afirmar que dentro de um grupo particular, inúmeros de seus membros participam de múltiplas tribos que se retroalimentam. Esse entrelaçamento é “[...] uma característica morfológica da agregação social de que nos ocupamos” (MAFFESOLI, 1998, p. 205).

Rede Social é uma expressão cunhada do pesquisador J. A. Barnes, apresentada pela primeira vez em uma comunicação em 1953 e publicada em 1954. Foi empregada para descrever como noções de igualdade de classes eram utilizadas e de que forma indivíduos usavam laços pessoais de parentesco e amizade em Bremnes, uma comunidade da Noruega. O autor se inspirou nas ideias de Radcliffe-Brown (1940) que já falava sobre estrutura social como uma rede de relações (BARNES, 1987, p. 160-164).

Portanto, Barnes introduz a ideia de redes sociais ao perceber a rede social como uma rede na qual todos os membros da sociedade ou parte da sociedade estão imersos. Como membro de uma rede, o indivíduo é percebido como uma pluralidade de relações. Para Barnes, Elizabeth Bott teria sido uma das primeiras antropólogas a usar a ideia de rede enquanto uma ferramenta de análise dos relacionamentos entre pessoas, seus elos pessoais e entre as organizações do contexto em que se inserem. Na metáfora de Radcliffe (1940), a rede social envolve todos os membros da sociedade, que existem independentemente de qualquer investigador. (BARNES, 1972, p. 161).

2.5.1 A privacidade nas redes sociais na internet

As redes sociais na internet estão crescendo com a população mundial. As pessoas estão postando cada vez mais dados pessoais sem se importar ou conhecer o que e onde esses dados podem ser usados.

Uma nova definição de “privacidade” está sendo criada com as redes sociais. Com o largo uso das redes sociais a privacidade é testada a todo o momento, isso porque os usuários divulgam informações sobre toda a sua vida. Estudos apontam que o simples fato de se divulgar o nome completo e a data de nascimento em redes de amigos como o Facebook, está facilitando o uso desses dados para ladrões de identidade que, com mais algum *software*, localizem os demais dados para que o roubo de identidade aconteça (LABADESSA, 2012).

Muitas empresas usam essas redes sociais como forma de marketing e criam perfis como usuários simples com o intuito de serem adicionadas à rede de amigos dos usuários e poderem coletar seus dados, como gastos, preferências, entre outros. Pessoas de má fé também se valem desse artifício para saber mais sobre a vida de suas possíveis vítimas, ou seja, alguns usuários postam datas de viagens em família, dia de recebimento de valores, entre outras informações, sem se atentar que esses comentários estão disponíveis para todos que estiverem conectados a sua rede de amigos (LABADESSA, 2012).

As redes sociais na internet crescem cada vez mais por conta de que os amigos adicionam amigos de outras pessoas por diversos aspectos, ou seja, reconhecimento facial, idade, interesses em comum, como profissionais, sociais etc. Com isso muitos “amigos” se tornam amigos de outros por pura curiosidade em saber mais sobre a vida pessoal de quem o adicionou, com isso, as redes sociais não são confiáveis. As regras de privacidade dentro desses sites são programadas pelo próprio usuário. Essas regras são customizáveis e podem ser o diferencial do que revelar de pessoal para o público ou não.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E MARCO CIVIL DA INTERNET

Na vida em sociedade toda atividade que prejudique a outro membro acarreta em um determinado desequilíbrio. Tal atividade prejudicial pode acarretar prejuízos materiais e morais, portanto, a fim de retomar o equilíbrio harmônico social o autor do dano deve reparar o mal causado. O dever moral ou jurídico de reparar o dano causado, restaurando o equilíbrio social, de imediato, nos transmite o conceito de responsabilidade, ou seja, o dever de arcar, de se responsabilizar por determinado comportamento ou ação.

No convívio social, em um Estado de Direito, passou-se a ter normas de conduta e, com isso, deveres e direitos. Ao infringir o direito de outro, através de um ato ilícito, causando dano material ou moral, resta ao causador do dano arcar com os deveres instituídos e regidos pela legislação de determinada sociedade, eis o surgimento da Responsabilidade Civil. Porém, antes de adentrar ao tema, salienta-se por oportuno, que aqui, não se tratará da responsabilidade civil por parte do Estado de maneira aprofundada, mas sim, como base de comparação.

3.1 Conceito de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil funda-se no primado do restabelecimento do equilíbrio jurídico e patrimonial afetado por uma conduta que transgrediu norma preexistente, recuperando o *statu quo ante*. Nessa linha, afirma Venosa:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não

reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos (2010, p. 2-3).

A responsabilização civil é, pois, o instituto da reparação do dano, através do qual se visa restabelecer o equilíbrio prejudicado pelo dano injusto, visando, em outras palavras, restituir o prejudicado ao *statu quo ante*. O prejuízo deve ser indenizado por quem o causou, restabelecendo a pacificação na sociedade. Nessa linha, Maria Helena Diniz (2012, p. 37) conceitua responsabilidade civil como “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”.

Não se pode falar que o fato de se responsabilizar alguém pelo dano praticado conduz ao enriquecimento indevido da vítima, uma vez que através da responsabilidade civil se busca restabelecer o equilíbrio quebrado pelo dano injusto, compensando a vítima pelo prejuízo sofrido, não existindo, pois, um acréscimo patrimonial, mas apenas uma compensação pelo dano vivenciado. Por outro lado, também não se busca a ruína patrimonial para quem praticou o ato ilícito. Não obstante o caráter sancionador da obrigação de reparar, mormente em sede de indenização por danos morais, o fim primordial do instituto ora analisado é o restabelecimento da situação anterior ao fato contrário ao ordenamento (MENDONÇA, 2018).

O sentimento de justiça e manutenção da convivência harmônica e equilibrada recai na imposição de deveres que devem ser observados pelos indivíduos que compõem a sociedade. Estes deveres são denominados de “originários” ou “primários” e decorrem do ordenamento jurídico ou das relações negociais entre os sujeitos de direitos (contratos). Tais deveres podem se exteriorizar em deveres de dar, fazer ou não fazer, ou, de forma mais genérica, exterioriza-se no dever geral que governa as relações privadas extracontratuais, qual seja, no dever de não causar dano a outrem (*neminem laedere*), conforme Sergio Cavalieri Filho:

Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere* (2009, p. 1).

O descumprimento do dever originário faz surgir o ilícito, entendido como toda ação ou omissão que viola uma norma pré-existente e que causa dano a terceiro,

provocando o surgimento do dever secundário ou derivado, que é o dever de reparação do dano causado. A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo (GAGLIANO *et al*, 2008, p. 2). Nessa linha são as palavras de Sergio Cavalieri Filho:

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever *jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano (2009, p. 2).

A responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para reparar o dano decorrente da transgressão de um dever jurídico originário. Desta forma, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 24), toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa dano a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. Nessa linha, Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 2) conceitua responsabilidade civil da seguinte forma:

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 9) expõem que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas. O contrato também faz surgir, para as partes, um dever primário, que é o cumprimento da avença. Ressalvadas as hipóteses de resolução da obrigação contratual por onerosidade excessiva e exceção de contrato não cumprido, o inadimplemento faz surgir o dever secundário, traduzido na reparação do dano decorrente do descumprimento contratual (MENDONÇA, 2018).

Destarte, é imprescindível a transgressão do dever originário, bem como do dano efetivo, em sede de responsabilidade civil, para caracterização da obrigação sucessiva

de indenizar, malgrado algumas exceções. Apesar da responsabilidade civil ser um instituto do direito obrigacional, diferencia-se da obrigação por ser um dever sucessivo que nasce do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar, determinada pessoa, de observar um preceito normativo que regula a vida, por enquanto que a obrigação é um dever jurídico originário (MENDONÇA, 2018).

O próprio Código Civil faz essa distinção entre obrigação e responsabilidade na redação de seu artigo 389, que dispõe que “Não cumprida a obrigação [obrigação originária], responde o devedor por perdas e danos [...]” que é dever sucessivo. Desta maneira que é a obrigação sucessiva, ou seja, a responsabilidade (BRASIL, 2002, grifo nosso). A doutrina em geral, ao tratar da teoria geral das obrigações destaca dois momentos distintos: primeiramente o do débito (*Schuld*), consistente na obrigação do devedor de realizar determinada prestação; e, em segundo lugar, o da responsabilidade (*Haftung*), na qual se faculta ao credor a atacar o patrimônio do devedor com o desiderato de ser indenizado pelo descumprimento da obrigação originária (MENDONÇA, 2018).

3.2 Breves considerações sobre os elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse jurídico em virtude do descumprimento de uma norma jurídica pré-existente, contratual ou não. A lei busca reconstituir o ordenamento jurídico violado. O instituto em comento pode, a depender da natureza jurídica da norma violada, ser de duas espécies: contratual (artigos 389 e 395 do Código Civil Brasileiro), com base no adimplemento da obrigação, e, extracontratual ou aquiliana, oriunda do descumprimento direto da lei (artigos 168 e 927 do Código Civil Brasileiro).

No caso de responsabilidade contratual a efetivação é processualmente mais facilitada posto que já existe um contrato vinculando as partes. Nesse caso, existe uma presunção de dano e de culpa. Na responsabilidade aquiliana a vítima deve provar o dano. O princípio que rege a responsabilidade aquiliana é aquele segundo o qual a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem, denominado princípio do *neminem laedere*, o qual encontra-se epigrafado no artigo 186, do Código Civil Brasileiro, o qual trata sobre o ato ilícito, sendo o mesmo a principal fonte da responsabilidade civil. Os elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são os seguintes: conduta ou ato humano, nexos de causalidade e o dano ou prejuízo. A culpa não é um elemento geral da responsabilidade civil e, sim, um elemento acidental (OLIVEIRA LEITE, 2009).

Para ensejar uma conduta, ato ilícito, que cause dano ou prejuízo a outrem são necessários 3 (três) elementos, ou também denominados por alguns doutrinadores de requisitos: culpa; nexo de causalidade; e dano. O primeiro elemento da responsabilidade civil tem por núcleo a noção de voluntariedade, podendo ser positiva ou negativa (ação ou omissão).

O ato de ação ou omissão do agente é o fator gerador da Responsabilidade Civil, caso a pessoa faça ou deixe de fazer algo que deveria ter feito e, com isto, derive um determinado dano. Destarte, que a ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) se trata de conduta humana, e por consequência elemento subjetivo da responsabilidade civil, de tal forma, que se torna indissociável da culpa, portanto tornando-se um único elemento (SOARES NETO, 2017).

A responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. A obrigação preexistente é a verdadeira fonte da responsabilidade. De extrema relevância é o dano por omissão, pois para que este se configure requer prova da qual aponte que diante de determinada conduta o dano poderia ser evitado. Cita-se dois exemplos para ilustrar a situação de omissão: acidente de trânsito onde o causador do dano omite socorro; curatelado que sofre dano devido à conduta omissa do curador (SOARES NETO, 2017).

Outro ponto que merece destaque, é no que diz respeito à voluntariedade, pois aqui a pessoa tem consciência daquilo que se faz. A regra geral é de que a conduta deve ser ilícita, mas também pode haver responsabilidade civil decorrente de ato lícito, por isso, a ilicitude não pode ser um elemento geral. A responsabilidade civil pode ser ato próprio como também pode ocorrer por ato de terceiro ou por fato da coisa ou do animal, chamada responsabilidade civil indireta. Neste último caso haverá conduta humana mesmo que por omissão. As presunções de culpa não existem mais no Código Civil Brasileiro sendo substituída, na maioria das vezes, pela responsabilidade objetiva (OLIVEIRA LEITE, 2009).

Já o nexo de causalidade é o vínculo ou liame que une a conduta humana ao resultado danoso. As teorias explicativas do nexo de causalidade são as seguintes:

a) Equivalência de condições (*conditio sine qua non*): para essa teoria todos os antecedentes fáticos que contribuírem para o resultado são causa dele. Deve ser limitada para não levar o intérprete ao infinito. Bending diz que se levar a teoria ao infinito poderia se cometer o absurdo de condenar o marceneiro que fez a cama onde foi cometido o adultério. Não foi adotada pelo Código Civil Brasileiro.

b) **Causalidade adequada:** foi criada por Von Kreies e afirma que causa é o antecedente causal abstratamente idôneo à realização do resultado segundo um juízo de probabilidade. Também não foi adotada pelo Código Civil Brasileiro.

c) Causalidade direta e imediata: para outros autores, como Gustavo Tepedino e Pablo Stolze, foi adotado pelo Código Civil Brasileiro e afirma que a causa serviria apenas o antecedente fático ligado necessariamente ao resultado danoso como uma consequência direta e imediata (OLIVEIRA LEITE, 2009, grifo nosso).

Portanto, conforme a teoria adotada, será possível qualificar certa pessoa como a responsável pelo evento danoso em razão do nexo de causalidade havido entre o ato por ela praticado e o prejuízo causado à vítima. No âmbito penal, aplica-se a teoria da equivalência das condições, expressamente prevista no art. 13 do Código Penal. Já na esfera cível, em que não há disposição expressa acolhendo uma ou outra doutrina, admite-se que a teoria prevalente é a da causalidade adequada, em que pese a existência de posicionamentos em sentido contrário. Como se verificou acima, a omissão ou ação, vem antes da culpa ou dolo.

3.2.1 Conduta culposa e dolosa

Observando-se o elemento da conduta culposa, vislumbra-se que apenas o homem, por si ou por pessoa jurídica que cria, poderá ser civilmente responsabilizado, visto que um fato exclusivo da natureza, mesmo que gere dano, não ensejará a reparação civil (GAGLIANO; PAMPLONA, 2006). Caracteriza-se, desta forma, este elemento da responsabilidade civil, como a ação ou omissão voluntária, que gera prejuízo a outrem.

Na responsabilidade civil subjetiva é justamente essa censurabilidade, e/ou reprovabilidade comentada na conceituação da “culpa” que justifica a responsabilidade do lesante pelo dano provocado, a ele impondo o dever de indenizar a vítima, reparando o dano sofrido ou, ao menos, compensando-o, nas hipóteses de dano moral. Vale dizer que, “aquele que causa dano a outrem deve repará-lo, mas só deve fazê-lo se infringiu uma regra de conduta legal, social ou moral”. Portanto, na responsabilidade civil subjetiva, a “culpa” é um de seus pressupostos, ao lado da prova do dano e do nexo causal (PONTES, 2018).

Já a responsabilidade objetiva emerge independentemente da culpa do lesante, sendo irrelevante a censurabilidade/reprovabilidade do seu comportamento. Seu fundamento deixa de ser a culpa e passa a ser a causalidade material do dano, por isso compete à vítima provar o dano e o nexo causal. A criação desse sistema de responsabilidade visava atender às necessidades da sociedade, garantindo à vítima meios

legais de alcançar, em pé de igualdade com o lesante, o reconhecimento de seu direito à indenização e, em última análise, obter a reparação/compensação do dano sofrido (PONTES, 2018).

Aqui têm-se o dolo civil, que como os outros vícios, têm a virtude de anular o negócio jurídico, conforme se extrai do artigo 145, o qual dispõe que, “são os negócios anuláveis por dolo, quando este for a sua causa” (BASIL, 2002); bem como do artigo 171, que segundo sua dicção, “além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa ao agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores” (BRASIL, 2002). Esse vício pode ocorrer por apenas um ato ou por série de atos, completando assim a conduta dolosa. O dolo vicia o negócio jurídico porque para se ter um ato jurídico legítimo, é necessário vontade das partes (RAMIS, 2009).

O elemento básico do negócio jurídico é a vontade. Para que essa vontade seja apta a preencher o conceito de um negócio jurídico, necessita brotar isenta de qualquer induzimento malicioso. Deve ser espontânea. Quando há perda dessa espontaneidade, o negócio está viciado. O induzimento malicioso, o dolo, é uma das causas viciadoras do negócio (VENOSA, 2008, p. 393).

Embora a responsabilidade objetiva independa da prova da culpa do agente para ensejar o dever de indenizar, admite tal como ocorre no sistema da responsabilidade subjetiva, hipóteses de excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e o fato de terceiro). Nessa seara, importante enfatizar que a culpa, como critério de valoração da conduta do agente está presente na apreciação das excludentes de responsabilidade e, nessa condição, também figura no regime da responsabilidade objetiva.

3.2.2 Dano

Há consenso na doutrina e na jurisprudência que o dano moral seria a violação a um dos direitos da personalidade previstos no artigo 11 do Código Civil, como por exemplo, a violação do direito ao nome, à imagem, a privacidade, à honra, à boa fama, à dignidade etc., sendo dever do juiz que aprecia o caso concreto verificar cuidadosamente se determinada conduta ilícita, dolosa ou culposa, causou prejuízo moral a alguém, provocando sofrimento psicológico que supere meros aborrecimentos da vida cotidiana a que todos estão sujeitos.

Como já visto o objetivo da Responsabilidade civil é reparar o dano causado que tenha levado a diminuição do bem jurídico da vítima, sendo que sem dano não há reparação, só podendo existir a obrigação de indenização quando existir dano, este pode

ser material, causado diretamente a vítima ou seu patrimônio, ou ainda imaterial, causado a personalidade, honra, imagem, liberdade e etc. Mais uma vez vale a pena lembrar que quando há dano a obrigação de reparar e para isso não importa a natureza do dano sendo ele material ou imaterial.

O dano, pode ser classificado em material ou patrimonial e moral. O primeiro se dá quando ocorrer lesão a bens economicamente apreciáveis pelo titular. Já o segundo tem lugar quando atingir bens da vítima de caráter personalíssimo, não tendo seu conteúdo pecuniário. Este dano patrimonial compreende, conforme disposto no art. 402 do Código Civil, os chamados danos emergentes e os lucros cessantes, sendo os primeiros referentes ao que foi diminuído do patrimônio da vítima e os últimos aqueles que se deixou de auferir (NORONHA, 2017).

Já no consiste o dano imaterial não está ligado ao patrimônio da vítima, mas sim a todos os direitos de personalidade como a honra, a imagem, a liberdade, conforme disposto no art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Trata-se de um dano ou lesão cujo conteúdo não é pecuniário, pois não está relacionado ao patrimônio da vítima, mas sim a sua imagem e reputação, como ela é vista na sociedade e o que as pessoas pensam sobre ela.

Segundo Cavalieri:

Como se vê hoje o dano moral não mais se restringe a dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos - os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo mais uma satisfação do que uma indenização (2009, p. 72).

Além do artigo 5º, inciso X previsto na Constituição Federal, o Código Civil, Lei 10.406/02, dispõe expressamente em seus artigos 186, 187 e 927, a respeito do dano moral. O artigo 186 do referido diploma legal dispõe: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002).

Já o artigo 187 do Código Civil, dispõe que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim

econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Por último, o artigo 927 da Lei Civil, prevê, de forma expressa, que “aquele que cometer o ato ilícito previsto nos artigos 186 e 187 e causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Como demonstrado, o dano moral encontra previsão expressa tanto na Constituição de 1988 quanto na legislação infraconstitucional e, por óbvio, a lei não traz conceito ou qualquer tipo de parâmetro para a aplicação dessa espécie de indenização aos inúmeros casos que chegam aos Tribunais do país (SÁ, 2018).

Deste modo, conclui-se, que o dano moral é um prejuízo imaterial, ou seja, o que é atingido pelo ato ilícito é o psicológico da vítima, causando-lhe dor, sofrimento e angústia que vão além do mero aborrecimento e dos transtornos normais da vida cotidiana. É provocado geralmente por uma conduta ilícita, dolosa ou culposa, que viola o direito ao nome, à imagem, a privacidade, à honra, à boa fama e a dignidade da pessoa. No entanto, o reconhecimento da existência de dano moral e o montante a ser fixado à título de indenização só será possível mediante contraditório e ampla defesa, o que nem sempre é fácil no caso concreto.

3.2.3 Nexos de causalidade

O nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 67) define nexo causal como “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que se pode concluir quem foi o causador do dano.” O autor em referência ainda ressalta que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal.

O nexo causal, pode-se assim concluir, é o elemento de ligação entre a conduta e o resultado. É por meio dele que poderemos saber quem foi o causador ou quem será o responsável pelo dano. Não obstante, existem três teorias que visam explicar o nexo de causalidade, quais sejam: a teoria da “equivalência de condições”, a teoria da “causalidade adequada”, e a teoria da “causalidade direta ou imediata” (NORONHA, 2017).

A primeira delas, da equivalência das condições, não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de modo que tudo que concorrer para o evento é considerado com causa, visto que todos os fatores se equivalem, o que inclusive é adotado quando da responsabilidade penal no direito brasileiro (art. 13, o qual estabelece que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”) (GAGLIANO; PAMPLONA, 2006).

Para a segunda teoria, da causalidade adequada, causa é o antecedente não só necessário, mas também adequado para a produção do resultado, do que se extrai uma conclusão lógica de que nem toda condição é causa, mas apenas a mais apropriada a produzir o evento (CAVALIERI FILHO, 2009). Desta forma, aos adeptos desta teoria, considera-se causa somente o antecedente abstratamente avaliado como suficiente a produzir o resultado. Nas palavras de Gagliano e Pamplona (2006, p. 90) “O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente *abstratamente apto à produção do resultado*, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta com a experiência do julgador, poderá ser considerado causa”.

A terceira delas, a teoria da causalidade direta ou imediata, entende como causa apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determina este último como consequência sua, direta e imediata (GAGLIANO; PAMPLONA, 2006). Nesse caso, explicam os autores supramencionados, a interrupção do nexos causal, em razão de causa superveniente, mesmo que de forma relativamente independente da cadeia de acontecimentos, impede a existência da ligação entre o resultado e determinado agente.

A princípio parece um instituto simples, mas a realidade não corresponde a uma estrutura simples de uma conduta-causa que produz um dano-efeito. As coisas, nem pelo lado da causa, nem pelo lado do efeito, nunca são bem definidos e delimitados. (CRUZ, 2005. p. 19). Nesse sentido, afirma Aguiar Dias (1983, p. 177) que é preciso demonstrar, para intentar a ação de reparação que sem o fato alegado, o dano não se teria produzido. Quando o dano decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade. O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeia de condições, ou seja, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso.

Ademais, com a nova realidade social, fundada depois do advento da Constituição Federal de 1988, que tem como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, impõe que hoje a responsabilidade civil tenha por objetivo não mais castigar comportamentos negligentes, senão proteger a vítima do dano injusto. (CRUZ, 2005. p. 16-17).

3.3 Quantificação e reparação do dano

O dano deve ser medido em sua extensão. Assim, a reparação deve ser proporcional ao próprio dano. É o que se extrai da dicção do artigo 944 e parágrafo único. Veja-se: “**Art. 944.** A indenização mede-se pela extensão do dano. **Parágrafo único.** Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

O dispositivo consagra a regra de que a indenização se mede pela extensão do dano. Ou seja, não pode a indenização ser fixada em montante inferior à diminuição patrimonial sofrida pelo ofendido sob pena de deixar parte do dano sofrido sem a respectiva reparação, mas também não pode superar esse limite a ponto de transformar-se em meio de enriquecimento sem causa (GODOY, 2020, p. 938).

Há casos em que mesmo inequivocamente caracterizado o dever de indenizar, a correspondente indenização que deveria ser fixada venha a se mostrar desproporcional ao grau de culpa do agressor, hipótese em que não deixaria de haver uma certa dose de injustiça em relação ao agressor. Neste caso, poderá o juiz equitativamente reduzir o montante da indenização. Ao dizer que poderá haver uma redução equitativa da indenização, o legislador expressamente liberou o julgador de aplicar a regra do *caput* que a indenização se mede pela extensão do dano (GODOY, 2020, p. 938-939).

Atualmente entende-se que a reparação pode ser superior a capacidade financeira do degradador, mantendo-se proporcional ao dano causado. A quantificação da indenização devida segue algumas regras. Seu parâmetro é dado pela jurisprudência dos Tribunais, sendo inconstitucional a fixação de um teto ou tabelamento ao valor. Primeiramente, a reparação do dano deve ser no sentido de reparação ao *status quo*, isso não sendo possível, deve-se indenizar pecuniariamente a vítima. A responsabilização deve de certa forma inibir a prática do ato que causou o dano, porém não deve gerar enriquecimento sem causa por parte da vítima (NORONHA, 2017).

3.4 Breves considerações sobre o marco civil da internet e a responsabilidade civil dos provedores de internet

Em linhas gerais (e resumidas), as origens do Marco Civil da Internet remontam a 2007, e a um amplo processo de consulta e debate públicos, seguido de um período de incertezas e inação após seu encaminhamento à Câmara dos Deputados, até que, finalmente, com o impulso dado por denúncias internacionais de vigilância em massa, o projeto de lei voltou ao centro de atenções e foi objeto de intenso debate, sendo votado e aprovado nas duas casas legislativas, e enfim sancionado.

O uso da internet no Brasil já era significativo e crescia exponencialmente, mas o país ainda não contava com um arcabouço legal que garantisse direitos dos usuários, e que estabelecesse um regime jurídico básico para o meio virtual. O impulso inicial para a elaboração de um marco regulatório surgiu em 2007, como reação à aprovação, na Câmara, de polêmico projeto de lei sobre crimes cibernéticos. Nesse contexto, em outubro de 2009 a Secretaria de

Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, lançou um processo colaborativo e online para a construção de um Marco Civil da Internet GARCIA, 2016).

A responsabilidade dos provedores de internet, sofreu significativas mudanças, com o advento do Marco Civil da Internet, no que tange à responsabilização civil dos provedores de internet (FLUMIGNAN, 2021).

No cenário anterior a promulgação do Marco Civil da Internet em 2014, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o sistema do *notice and take down*, que mencionava a necessidade de notificação extrajudicial do provedor de aplicação para retirada de qualquer conteúdo que entendesse ilícito, a qual deveria ser atendida no prazo de 24 horas, sob pena de ser responsabilizado solidariamente com o autor do ilícito pelo dano causado. Neste caso, o provedor não estaria obrigado a analisar o teor da denúncia recebida no referido prazo, devendo apenas promover a suspensão preventiva das páginas, podendo checar a veracidade das alegações em momento futuro oportuno (FLUMIGNAN, 2021).

Marco Civil da Internet é uma lei federal, a Lei 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, além de determinar diretrizes para a atuação do Estado. Dessa forma, o Marco Civil regula a utilização da internet no país. O diretor e cofundador do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), Carlos Affonso Souza, fez parte do grupo que idealizou o anteprojeto de lei, acompanhando também sua construção com a equipe governamental. Ele diz que o Marco Civil possui três pilares: a proteção da liberdade de expressão na internet, a privacidade e a neutralidade da rede (MENA, 2018). Abaixo, Souza comenta os três, ponto a ponto:

1) Plataformas e blogs que publicam conteúdo de terceiros só serão responsabilizados se descumprirem uma decisão judicial que indique o que é ilícito e ordene a sua remoção. “O que o Marco Civil faz quer dizer é que o Judiciário é a instância legítima para afirmar se algo é mesmo ilícito. Deixar da forma que estava, com cada tribunal dando uma decisão diferente, causava insegurança nas empresas que trabalham com conteúdos de terceiros na rede.”

2) Dados pessoais dos usuários só podem ser utilizados de acordo com as finalidades informadas no momento da coleta. “Essa regra força as empresas a serem mais transparentes sobre o que fazem ou

pretendem fazer com os dados de seus usuários. Mas ainda precisamos de uma lei geral de dados pessoais e já existem alguns projetos de lei no Congresso.”

3) **Neutralidade da Rede**, princípio que determina tudo o que um usuário pode fazer ou acessar na internet (mandar e-mails, ver, subir ou baixar vídeos, jogar online, visitar sites etc.), deve ser considerado exatamente como o mesmo tipo de tráfego, independentemente do emissor, do receptor ou do tipo de conteúdo. “Não é difícil para o usuário perceber se o provedor de conexão diminui a velocidade quando usa aplicações como torrent, por exemplo. Essa prática é vedada pelo Marco Civil e tanto o consumidor como o Ministério Público podem atuar para impedi-la” (MENA, 2018).

Ao dispor sobre a responsabilidade dos provedores de conexão e de aplicação de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, os artigos 18 e 19 do Marco Civil da Internet assim estabeleceram:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre

a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (BRASIL, 2014).

A partir da leitura dos dois dispositivos transcritos acima, verifica-se que o Marco Civil da Internet previu que os provedores de conexão são inteiramente isentos de responsabilidade no que tange ao conteúdo gerado por terceiros (artigo 18). Dessa maneira, a remoção de conteúdo de terceiros só ocorre se ele constituir um dano, como ofensa à honra, reputação ou aos direitos de personalidade; e, ainda, se ele for apontado de maneira inequívoca, como a apresentação da URL onde se encontra. A responsabilização do provedor só ocorre no caso de descumprimento de ordem judicial que determina remoção de conteúdo (artigo 19). A única exceção à necessidade de apreciação por parte do poder judiciário sobre o conteúdo ocorre nos casos em que o conteúdo contém "cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado" (SCHLICKMANN; CAMARA; ROMERO, 2017). Essa previsão se encontra no art. 21 da legislação:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo (BRASIL, 2014).

Em seu artigo 19, o Marco Civil da Internet dispõe que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet é de natureza subjetiva e oriunda do não cumprimento da ordem judicial que determinou a exclusão ou a indisponibilização de determinado conteúdo. Essa ordem judicial pode ser emitida por meio de decisão liminar e a própria Lei 12.965 determina a competência dos juizados especiais para essa finalidade.

A responsabilidade não deriva, portanto, do descumprimento de uma notificação privada. As exceções à essa regra são pontuais e encontram-se previstas no texto da lei, quais sejam: para os conteúdos protegidos por direitos autorais (§ 2º do

artigo 19) e para os casos de divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado (artigo 21), o que engloba a chamada pornografia de vingança (SOUZA; TEFFÉ, 2017).

O artigo 19 vincula assim a responsabilidade do provedor de aplicações por conteúdo de terceiro ao descumprimento de ordem judicial. Além da preocupação com a garantia da liberdade de expressão, optou-se por esse sistema em razão da subjetividade dos critérios para a retirada de conteúdo na Internet, o que poderia prejudicar a diversidade e o grau de inovação nesse meio, implicando sério entrave para o desenvolvimento de novas alternativas de exploração e comunicação na rede.

Em abril de 2016, em caso em que o Google foi condenado a indenizar em R\$ 40 mil um particular em razão de comentários ofensivos postados contra ele por usuários da extinta rede social Orkut, o ministro Villas Bôas Cueva, ao reverter a decisão, salientou que a responsabilidade dos provedores de conteúdo na internet, em geral, dependeria da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Assim, não havendo esse controle, a responsabilização somente seria devida se, após notificação judicial para a retirada do material, o provedor restasse inerte. Quanto à identificação do conteúdo, o relator afirmou que: “A jurisprudência do STJ, em harmonia com o artigo 19, § 1º, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL (...)” (SOUZA; TEFFÉ, 2017).

A jurisprudência sobre a matéria sofreu algumas transformações notáveis que merecem destaque. Dessas mudanças, é possível apontar três fases: (1) divergência nos critérios de responsabilização; (2) posicionamento do STJ sobre a matéria, fixando raias para o tema – *Notice and takedown*; e, por fim, (3) a fase pós Marco Civil da Internet (SCHLICKMANN; CAMARA; ROMERO, 2017). De fato, um dos maiores problemas do art. 19 é que ele acaba por privilegiar a liberdade de expressão em detrimento de outras garantias constitucionais, em afronta ao art. 5º, X, da CF, que reconhece a inviolabilidade dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e assegura, expressamente, a reparação integral pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação. Aliás, a inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil é objeto de discussão no RE nº 1.037.396, pendente de julgamento no STF (FRAZÃO; MEDEIROS, 2021).

Decidindo o Poder Judiciário que certo conteúdo é efetivamente ilícito, cabe ao provedor removê-lo prontamente. Assim é estabelecido um regime de responsabilização

que procura evitar abusos de lado a lado. Não cabe à pretensa vítima notificar os provedores por todo e qualquer conteúdo que lhe desagrade e obter a sua responsabilização em caso de não cumprimento, assim como não cabe aos provedores filtrar e bloquear conteúdos sem um motivo constante das regras que regem a sua própria plataforma (SOUZA; TEFFÉ, 2017).

No outro lado da moeda da responsabilidade civil na internet está a liberdade de expressão. Dependendo do regime que for criado para responsabilizar os provedores, o exercício desse direito poderá ser restringido ou tutelado, gerando ainda fortes impactos sobre a inovação. Nem sempre essa vinculação entre responsabilidade civil e liberdade de expressão é lembrada, mas o Marco Civil da Internet vem em boa hora construir pontes para que os tribunais possam proteger a expressão na rede e condenar os que dela abusam (SOUZA; TEFFÉ, 2017).

E mais, eventual declaração de inconstitucionalidade do referido artigo 19 não atingirá redes sociais, como intermediárias, que atuem de forma diligente ao tomarem ciência de qualquer potencial ilegalidade em sua plataforma, adotando medidas efetivas para soluções alternativas e eficazes, visando sanar o problema extrajudicialmente, pacificando as relações digitais, quer comerciais, quer pessoais, representando uma justiça horizontal e dinâmica, demonstrando que se preocupam com os seus usuários e com a manutenção de um ambiente saudável e frutífero. O que se busca, enfim, é que a legislação permita a adoção de mecanismos ágeis para tratamento de solicitações extrajudiciais de remoção de conteúdo, em especial aqueles contendo discurso de ódio, mensagens discriminatórias, racistas e assemelhados.

4. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUAS NUANCES SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. 13.709, de 2018), dispõe sobre o tratamento de dados pessoais das pessoas naturais, definindo as hipóteses em que tais dados podem legitimamente ser utilizados por terceiros e estabelecendo mecanismos para proteger os titulares dos dados contra usos inadequados. A Lei é aplicável ao tratamento de dados realizado por pessoas naturais ou por pessoas jurídicas de direito público ou privado, e tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A LGPD tem por objetivo proteger os direitos fundamentais relacionados à esfera informacional do cidadão. Assim, a Lei introduz uma série de novos direitos que asseguram maior transparência quanto ao tratamento dos dados e conferem protagonismo ao titular quanto ao seu uso. A aprovação da LGPD e a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD representam também importantes passos para

colocar o Brasil no mesmo patamar de muitos outros países que já aprovaram leis e estruturas institucionais dessa natureza (CAOVILLA; DUFLOTH; PAZINE, 2019).

A constituição de um ambiente jurídico voltado à proteção de dados pessoais corresponde também ao alinhamento com diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que há décadas vem desempenhando um relevante papel na promoção do respeito à privacidade como um valor fundamental e como um pressuposto para o livre fluxo de dados (MENDES, 2011). Por fim, do ponto de vista dos agentes de tratamento de dados, sejam empresas ou o próprio poder público, a LGPD traz a oportunidade de aperfeiçoamento das políticas de governança de dados, com adoção de regras de boas práticas e incorporação de medidas técnicas e administrativas que mitiguem os riscos e aumentem a confiança dos titulares dos dados na organização.

4.1 Impactos imediatos no cenário brasileiro

A promulgação da LGPD constituiu importante passo no caminho para a proteção do cidadão brasileira sociedade da informação, em resposta aos novos desafios impostos pelo *Big Data*, a internet, as redes sociais, as tecnologias de vigilância, o marketing comportamental, a transferência internacional de dados e tantas outras. Através dessa lei, serão obtidos benefícios econômicos e sociais advindos da revolução tecnológica, tanto na liberdade de controle das informações pessoais, como na tutela contra sua utilização discriminatória (MENDES, 2011), uma vez que a adequação à nova lei é mandatória e essencial ao seguimento dos negócios em geral.

Muito pode ser dito sobre a LGPD, e dentre suas inovações ao nosso ordenamento jurídico, cumpre observar que o legislador, levando em conta os âmbitos da tecnologia e da inovação, que estão em constante mudança, e o risco de desatualização da norma, optou por estabelecer regras específicas, mas também estabeleceu princípios, que orientam toda a sua disciplina e que precisam ser atendidos nos limites dos direitos fundamentais, assegurando assim às pessoas a dignidade, a paridade, a não discriminação e a liberdade (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 99-100). Desse modo, a partir da vigência da LGPD, todas as atividades de tratamento de dados pessoais devem seguir a boa-fé, bem como os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação, e da responsabilização e prestação de contas (ART. 6º, incisos I ao X, da LGPD).

Um dos pressupostos fundamentais da lei é que o tratamento de dados não poderá ser realizado sem que haja uma base normativa que o autorize, o que leva a uma grande mudança no mercado e nas organizações, que até então tratavam dados pessoais coletados como um “ativo próprio”, utilizando-os e comercializando-os livremente. Com a vigência da LGPD, esta lógica restou invertida, sendo imposto aos controladores e operadores de dados a obrigação de realizar uma análise prévia de enquadramento às

hipóteses legais, não havendo enquadramento, os agentes estão impossibilitados de realização a operação (Art. 7º, *caput*, incisos I ao X, da LGPD).

Assim, a partir da vigência da LGPD, tem-se como impacto imediato a necessidade de adaptação não apenas das atividades empresariais centralizadas no tratamento de dados pessoais, mas de toda e qualquer organização, pública ou privada, que utiliza informações relacionadas a pessoas naturais, sejam estas clientes, *prospects*, funcionários, e até mesmo os usuários de seus *sites* na internet. E para uma atuação em conformidade com a LGPD, tornou-se necessária a estruturação de complexos mecanismos técnicos e organizacionais que possam garantir o respeito à legalidade no tratamento de dados pessoais, aliados a boas práticas corporativas, através de programas de *compliance* e governança (FRAZÃO; OLIVA; ABILIO, 2019).

Uma importante obrigação imposta ao controlador, nos termos do art. 41 da LGPD, foi a indicação de um encarregado pelo tratamento de dados pessoais, profissional que serve como elo de comunicação entre a empresa e os titulares de dados, os controladores, e a ANPD, e é responsável por orientar os funcionários da entidade acerca das práticas a serem tomadas (VAINZOF, 2020, p. 25-26).

Ademais, tornou-se indispensável a elaboração de um mapeamento de dados pessoais e, em seguida, a elaboração de seu inventário por toda e qualquer instituição que se enquadre no escopo de aplicação da LGPD, de acordo com o art. 3º e seus incisos. Essa tarefa, nem de perto, é fácil, sendo necessária a participação e o engajamento dos diversos departamentos para o sucesso do mapeamento. A partir do mapeamento revelam-se os riscos a serem mitigados, o plano de mitigação e a construção da política de conformidade da organização, que deve estar de acordo com a estrutura e com o escopo da operação envolvendo o tratamento de dados pessoais (CAOVILLA; DUFLOTH; PAZINE, 2019).

Outras providências tornaram-se igualmente importantes, tais como a adequação de documentos e processos, incluindo termos de uso e de políticas de privacidade para clientes e empregados; a revisão de contratos e processos com subcontratados, fornecedores, correspondentes bancários, parceiros e outros terceiros; definição de políticas e processos internos; a construção de estrutura de obtenção de consentimento dos clientes, conforme o uso e a destinação dos dados; a construção de regras e rotinas para atender às solicitações e reclamações dos titulares de dados; a adoção de medidas de segurança técnicas e administrativas para proteção dos dados (NEGRÃO, 2018).

No caso de desrespeito à legislação, a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo de forma individual ou coletiva, por todos os legitimados para a defesa do consumidor em juízo, conforme previsão do art. 82 do

Código de Defesa do Consumidor, que inclui o Ministério Público, a Defensoria Pública, e as Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor.

4.2 Fundamentos e princípios

O tema proteção de dados pessoais, na LGPD, tem como fundamentos (art. 2º, LGPD):

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - **o respeito à privacidade;**

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018, grifo nosso).

A LGPD tem a finalidade de tutelar, entre outros, a privacidade das pessoas, com todos seus desdobramentos, tal qual a intimidade. Verifica-se deste modo que, a LGPD estabelece (art. 2º) o respeito à privacidade (inciso I), a liberdade (inciso III), a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (inciso IV) como fundamentos da disciplina de tratamento de dados. Verifica-se que a LGPD considera como tratamento de dados uma série de atividades ligadas aos dados pessoais. Vide seu artigo 5º:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente

à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);

IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

XIII - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados;

XIV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado;

XV - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro;

XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico; e

XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Com base nesses fundamentos e observadas as hipóteses legais (art. 7º), as atividades de tratamento de dados pessoais poderão ser realizadas. Todavia, para isso, deverão ser observados a boa-fé e os princípios, nos termos do artigo 6º da LGPD:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, 2018).

É o caso do princípio da finalidade (inciso I), cujo respeito é fulcral para a regularidade do tratamento de dados que, a seu turno, guarda relação com os princípios

da necessidade (inciso III) e da adequação (inciso II). É importante anotar que referidas disposições normativas justificam-se notadamente pela caracterização de dados como ativo econômico.

Os dados pessoais dos consumidores revelaram-se igualmente como um elemento crítico para a promoção dos bens de consumo. O caráter estandardizado da abordagem publicitária sofreu um processo de mitigação, pelo qual a publicidade pode ser direcionada, especialmente no ambiente *online*, com base nas preferências do sujeito final da cadeia. E, com o avanço tecnológico, permitiu-se a criação de perfis cada vez mais intrusivos sobre o potencial consumidor, monitorando-se constantemente o seu comportamento (BIONI, 2019, p. 49).

Nesse sentido, é imperioso que as atividades de tratamento respeitem a boa-fé tal qual estabelecido na LGPD sob pena de se buscar exclusivamente o ativo econômico. Não obstante, deve haver compatibilização do avanço tecnológico com a proteção dos titulares (art. 5º, V, da LGPD) dos dados. Para tal desiderato, a boa-fé é importante norte, uma vez que sua função primeira “como *standard* jurídico é propiciar o *direcionamento de comportamentos* no tráfico negocial” (MARTINS COSTA, 2015, p. 263-264, grifos do original).

É esse padrão que deverá ser observado, posto que “a boa-fé tem atinência com a conduta concretados figurantes da relação jurídica” (SILVA, 2006, p. 35). Trata-se de um modelo prescritivo. “Os sujeitos de uma relação jurídica devem agir segundo a boa-fé, devem pautar suas relações pela lealdade” (MARTINS COSTA, 2015, p. 266).

Ademais, a boa-fé tem a função criadora de deveres de conduta, quais sejam, os deveres de informação, cooperação e cuidado, uma vez que “descumprir o dever anexo de informar o contratante sobre os riscos de um serviço a ser executado, ou sobre como usar um produto, significa inadimplir, mesmo que parcialmente” (MARQUES, 2005, p. 219-220), ou seja, deve o agente de tratamento (art. 5º, VI, VII e IX, da LGPD) informar adequadamente o titular dos dados acerca dos seus direitos e dos riscos inerentes à atividade de tratamento de dados.

Pareado com o dever de informar, há tanto o de cooperação, o de “colaborar durante a execução do contrato, conforme o paradigma da boa-fé objetiva. Cooperar é agir com lealdade e não obstruir ou impedir” (MARQUES, 2005, p. 233), quanto o de cuidado, uma “obrigação acessória no cumprimento do contrato tem (que) por fim preservar o co-contratante de danos à sua integridade” (MARQUES, 2005, p. 239). Nessa perspectiva, os agentes de tratamento deverão observar a boa-fé e, pois, deverão colaborar com os titulares, preservar sua integridade.

Nota-se, por conseguinte, a coerência da Lei ao estabelecer entre seus princípios o da transparência, disposto no inciso VI do artigo 6º, que é a “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”, dado que a “informação incompleta ou falsa ou, ainda, a ausência de informação sobre dado essencial nos contratos redundante em deslealdade, gera vício de consentimento”, importando, ainda, esclarecer que “o princípio da transparência no Direito do Consumidor (arts. 6º, III, 31 e 46 do CDC) integra, na interdisciplinaridade com o Direito Civil, o princípio da boa-fé objetiva” (MORAIS, 2019, p. 102). Tem-se a posituação de deveres anexos de conduta (art. 6º, VII e VIII, da LGPD) com os princípios positivados na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Uma análise minuciosa dos princípios da LGPD – que têm grande parte de seu centro gravitacional baseado na tutela integral do ser humano – revela a preocupação da norma com a participação do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais. Verifica-se no texto legal uma cuidadosa caracterização do consentimento, seguindo a linha do GDPR e das normas mais atuais sobre o tema, além de uma série de disposições que oferecem regramento específico para concretizar, orientar e reforçar o controle dos dados através do consentimento (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020).

Nessa conjuntura, evidencia-se na LGPD a presença de dispositivos hábeis e aptos para cumprir com os direitos fundamentais e da personalidade tocantes aos dados pessoais, desde os fundamentos, passando pelos conceitos e hipóteses de tratamento até os princípios da Lei. Quadro em que se sobressai o papel do consentimento.

4.3 Percepções acerca do consentimento na LGPD

Pontua-se, nesse contexto, o conceito de consentimento estabelecido na Lei (artigo 5º, XII, da LGPD) como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” e, a partir deste, se pretende verificar sua relação com outros preceitos contidos na LGPD a fim de aclarar alguns dos variados contornos do consentimento, inclusive traçando paralelos com a legislação europeia de referência.

De acordo com o Regulamento europeu, o consentimento é uma “manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”, nos termos do artigo 4º, item 11, da GDPR. Em ambos os diplomas, verifica-se a importância do consentimento informado.

E creio útil ressaltar como a disciplina do *informed consent* se exprime também em regras sobre a circulação de informações, visto que se manifesta em uma série de disposições que prescrevem quais devam ser as informações fornecidas ao interessado para que seu consentimento seja validamente expresso. Essa valorização do consentimento resulta ulteriormente reforçada quando, como já recordado, se consolida um 'direito à autodeterminação informativa' (RODOTÀ, 2008, p. 75).

A LGPD, nessa seara, estabelece expressamente a autodeterminação informativa (LIMBERGER, 2007), como um dos fundamentos da proteção de dados pessoais. "Para que o indivíduo possa exercer o seu poder de autodeterminação informativa, faz-se necessário um instituto jurídico por meio do qual se expresse a sua vontade de autorizar ou não o processamento de dados pessoais: o consentimento" (MENDES, 2014). Verifica-se que o consentimento, uma das bases legais para o tratamento de dados do titular, "representa instrumento de autodeterminação e livre construção da esfera privada. Permite diferentes escolhas e configurações em ferramentas tecnológicas, o que pode ter reflexos diretos na personalidade do indivíduo" (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020).

Mesmo antes da edição da LGPD construiu-se, no direito brasileiro, por influência do direito comparado, a noção de autodeterminação informativa, colocando sob a égide da decisão livre e racional da pessoa a quem os dados digam respeito (titular dos dados), o poder jurídico para determinar a possibilidade e finalidade de sua utilização, assim como seus limites. O exercício deste poder se define, sobretudo a partir da noção de consentimento do titular (MIRAGEM, 2019).

Há exigência de que o consentimento seja livre, a revelar um "sentido de o titular poder escolher entre aceitar ou recusar a utilização de seu dado, sem intervenções ou situações que viciem o seu consentimento. Nessa linha, estabeleceu-se de forma expressa a vedação ao tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento" (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020), conforme se verifica no texto da LGPD (artigo 8º, § 3º). Assinala-se, destarte, o fundamento legal da autodeterminação informativa relacionado ao consentimento informado e, ainda, que essa informação deve ser apresentada previamente de forma clara, transparente e inequívoca, sem conteúdo enganoso, tampouco abusivo, sob pena de o consentimento ser considerado nulo (artigo 9º, § 1º, da LGPD).

Além disso, deve o consentimento ser inequívoco. Adianta-se que o ônus da prova de conformidade do consentimento cabe ao controlador (artigo 8º, § 2º, da LGPD). Verifica-se que, também nesse ponto, há semelhança com a GDPR que estabelece no artigo 7º, item 1, que "o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos

dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais”. Tanto em uma legislação quanto noutra, não é o titular aquele quem detém o ônus da prova.

Até o momento, tem-se que o consentimento precisa ser inequívoco, livre e informado, conforme a autodeterminação informativa, fundamento da lei brasileira na disciplina de tratamento de dados. Saliente-se que, quando o tratamento de dados tiver o consentimento como hipótese legal (artigo 7º, I, da LGPD), deve a informação (inserida no próprio conceito de consentimento) ser prestada previamente (artigo 9º, § 1º, da LGPD). Reforça-se. O consentimento é manifestação com informação prestada de forma prévia (além de transparente, clara e inequívoca). O consentimento, para que seja informado, por consequência, é prévio (MIRAGEM, 2019).

Outro ponto que desperta olhares é a vinculação do consentimento com a finalidade. Além de princípio disposto na Lei, a finalidade consta inserida no conceito de consentimento que, pois, não pode ser geral, mas específico e determinado. Nada impede que o controlador altere a finalidade do tratamento. Todavia, para isso, deverá previamente informar o titular de dados que tem o direito de revogar o consentimento (artigo 9º, § 2º, da LGPD).

Anote-se que, nesse caso, a LGPD, paradoxalmente, não exigiu anuência. Dispõe que a informação é prévia e, no silêncio do titular, mantém-se o tratamento com a finalidade diversa da inicialmente consentida, uma vez que o titular poderia apenas revogar o consentimento quando discordasse das alterações. Pode-se afirmar que se trata de exceção à regra e que não guarda coerência com o conceito de consentimento, tampouco com os princípios da LGPD. Parece, no caso, ter havido escolha (equivocada) pelo meio mais fácil e prático, porém, não pelo mais condizente com a Lei. Todavia, há que considerar o conteúdo jurídico da informação, sendo, no âmbito constitucional, relacionada ao exercício de direitos e, na seara do direito civil, “a informação relaciona-se com o dever daquele que presta a outrem uma informação” (KRETZMANN, 2019, p. 18-19).

Nesse aspecto, ainda é preciso dizer que a LGPD estabelece que deve haver clareza na informada manifestação de vontade do titular. Seja por escrito ou outro meio que assim demonstre (artigo 8º, *caput*, da LGPD). Tem-se, pois, que o consentimento é a manifestação livre e previamente informada, com transparência e de forma inequívoca, conferida para determinada finalidade. Com semelhanças, reitera-se, com a regulamentação europeia. Interessante frisar outras semelhanças entre as legislações brasileira e europeia. Consoante a GDPR, no mencionado artigo 7º que disciplina as condições aplicáveis ao consentimento, estabeleceu-se (item 2) que o consentimento contido em declaração escrita deverá estar apresentado claramente em distinção em relação aos demais itens declarados. Da mesma forma, a LGPD preconiza (artigo 8º, § 1º), nessas circunstâncias, que o consentimento deverá constar de cláusula destacada das demais inseridas no contrato (LIMBERGER, 2007, p. 202-203).

Noutra senda, a LGPD autoriza o titular de dados a promover a revogação do consentimento a qualquer momento, de forma facilitada e gratuita (artigo 8º, § 5º), ao passo que a GDPR garante ao titular, a qualquer momento, retirar o consentimento com igual facilidade da outorga e acrescenta que a informação sobre o direito de retirada deve acontecer antes do consentimento (artigo 7º, item 3).

É preciso elucidar que a revogabilidade do consentimento sem justificção possibilita ao titular de dados o exercício do “direito à autodeterminação informativa de forma efetiva e sem limites. Afinal, o consentimento é o meio pelo qual o indivíduo exerce, além do controle preventivo, também um controle posterior” (MENDES, 2015, p. 193). A legislação brasileira, contudo, autoriza a dispensa de consentimento nos casos em que os dados objeto do tratamento recebam manifesta publicidade disponibilizada pelo seu titular. Ainda assim, os direitos do titular e os princípios da lei permanecem-lhe garantidos. Por conseguinte, os dados manifestamente públicos para uma finalidade específica somente poderão receber tratamento para referida finalidade, de forma adequada e condizente com a necessidade (artigo 7º, §§ 4º e 6º, da LGPD) (AMARAL, 2020).

Nesse cenário de difícil verificação abstrata, acredita-se que a obtenção do consentimento é, no mínimo, aconselhável, pois, conforme observado anteriormente, a LGPD estabelece que o consentimento deve se dar por escrito (em cláusula destacada das demais – art. 8º, *caput*, primeira parte e § 1º) ou por meio hábil a demonstrar a manifestação de vontade do titular (art. 8º, *caput*, final), sendo vedado o tratamento obtido por vício de consentimento (§ 3º). “Para a validade do consentimento, exige-se o cumprimento de uma série de requisitos, como a liberdade, a transparência e a especificidade” (MENDES, 2014).

Ademais, é importante investigar a natureza dos dados pessoais, uma vez que, se forem sensíveis, o consentimento deve ocorrer “de forma específica e destacada” (artigo 11, I, da LGPD), sendo dados sensíveis “aqueles referentes à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, às convicções religiosas ou filosóficas, à filiação sindical ou associativa, bem como os relativos à saúde ou sexualidade”, ou seja, aqueles cuja natureza demandem especial proteção, com potencial de discriminação (LIMBERGER, 2007, p. 203). Noutro percurso, é preciso rememorar que o consentimento é uma entre dez hipóteses legais para o tratamento de dados e, ainda, afirmar que os dados pessoais podem ser anonimizados (e, assim, seu tratamento autorizado), bem como que a LGPD não se aplica para algumas situações em que há tratamento de dados pessoais.

A LGPD estabelece a possibilidade de tratamento de dados anonimizados, assim considerados aqueles, nos termos do inciso III do artigo 5º, relativos “a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”, observada ainda a possibilidade de anonimização de dados, cuja característica retira a incidência da LGPD, uma vez que, além dos conceitos em si de

dados pessoais e dados anonimizados, consta da primeira parte do *caput* do artigo 12 que dados anonimizados não são considerados dados pessoais (AMARAL, 2020).

Assente-se que a LGPD disciplina hipóteses de não aplicabilidade (artigo 4º). É o caso de tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para finalidades tão somente particulares e não econômicas (artigo 4º, I), bem como dos realizados exclusivamente para fins acadêmicos ou jornalísticos e artísticos (inciso II), para fins exclusivos de segurança pública ou do Estado, defesa nacional, em atividades de investigação e repressão penais (inciso III) e, ainda, para aquelas:

IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei (BRASIL, 2018).

Excetuadas as situações de não aplicabilidade, de anonimização, de incidência de outras hipóteses para o tratamento e de dispensa de consentimento, a hipótese legal de consentimento para o regular tratamento de dados deve ser satisfeita, nos termos da Lei e, portanto, o tratamento de dados regular deve ser precedido de informações claras, adequadas e ostensivas (art. 9º, *caput*). De fato, “a própria noção do que seja um tratamento de dados pessoais justo e lícito é vinculada ao consentimento do indivíduo” (BIONI, 2019, p. 119).

Nada obstante se encontrarem traçados (alguns) contornos do consentimento, assenta-se a consequência pela sua inobservância ou violação. A LGPD, como visto, impõe o consentimento manifestado livremente dirigido para uma finalidade determinada, com informação prévia, clara e inequívoca. Destaca-se a consequência de nulidade do consentimento: quando for genérico (artigo 8º, § 4º); quando houver conteúdo abusivo ou enganoso nas informações prestadas; ou quando as informações não respeitarem a exigência de apresentação prévia, transparente, inequívoca e com clareza (artigo 9º, § 1º) (AMARAL, 2020).

Logo, além do consentimento livre e previamente informado, o controlador deverá estabelecer como padrão de conduta a boa-fé, em conformidade com os princípios e fundamentos legais para, assim, garantir o regular tratamento de dados. Como se não bastasse a dificuldade de interpretação da LGPD em si, seja pela novidade, seja pela presença de normas gerais, muitos serão os casos em que a LGPD estará acompanhada de outras normas.

4.4 Consentimento em legislações esparsas e sua relação com a LGPD: um necessário diálogo das fontes

Como mencionado alhures, os dados pessoais recebem abordagens em outras legislações esparsas, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo e o Marco Civil da Internet. Com efeito, o Marco Civil da Internet disciplina o acesso à internet declarando-o como essencial ao exercício da cidadania e, para tanto, assegura direitos aos usuários, entre os quais o direito de condicionar o fornecimento de dados pessoais às hipóteses legais e ao consentimento livre, expresso e informado do usuário (artigo 7º, VII), bem como quando referente sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que o consentimento expresso ocorrerá de forma destacada das demais cláusulas contratuais (artigo 7º, IX).

Quanto à comercialização dos dados coletados, o art. 7º prevê que é direito do usuário, o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei. A vedação ao fornecimento de dados pode ser aplicável independentemente de acesso a terceiro ser a título oneroso ou gratuito (TEIXEIRA, 2015, p. 95-96)

Nota-se que essas previsões do Marco Civil da Internet podem ser aplicadas simultaneamente com as da LGPD, posto que não se vislumbra antinomia legal. Ao contrário, o Marco Civil da Internet preceitua a proteção de dados pessoais como princípio do uso da internet (artigo 3º, III), além da proteção da privacidade (artigo 3º, II), fundamento da LGPD. Afirma-se, dessa forma, que em relação ao consentimento, há coerência normativa nos diplomas legais examinados.

Por sua vez, a Lei do Cadastro Positivo disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, e sofreu recentíssima alteração por lei complementar. A Lei, antes da alteração, estabelecia o consentimento informado com prévia autorização como requisito para abertura de cadastro em instrumento específico ou em cláusula apartada (artigo 4º da Lei 12.414/2011), similar ao Marco Civil e à LGPD (AMARAL; MAIMONE, 2020).

A esse respeito, destacava-se que esse dispositivo apresentava “disposição de extrema relevância para o consumidor (potencial cadastrado) no tocante à proteção dos seus direitos da personalidade: exige-se o *consentimento informado* para o tratamento de informações positivas” (BESSA, 2011, grifos do original). Entretanto, a Lei do Cadastro Positivo foi modificada substancialmente no que se refere à abertura de cadastro e ao consentimento.

Deveras, a Lei Complementar 166, de 8 de abril de 2019, revogou a necessidade de consentimento. Assim dispõe, a nova redação dada pelo artigo 4º, referente à supracitada Lei Complementar:

Art. 4º O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a:

I – abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas;

II – fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do *caput* deste artigo;

III – compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e

IV – disponibilizar a consultantes:

a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas; e

b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado) (BRASIL, 2019).

Percebe-se na drástica alteração que até mesmo há possibilidade de compartilhamento de informações cadastrais entre bancos de dados e, ainda, que o titular de dados, somente depois de aberto o cadastro, será comunicado em até 30 dias (novo § 4º do artigo 4º) da abertura e somente se já não existir aberto um cadastro em outro banco de dados. Hipótese em que fica dispensada a comunicação (novo § 5º). Entretanto, as alterações na Lei, ao menos, reservaram ao cadastrado o direito de cancelar o cadastro assim que solicitado (da mesma forma, pode solicitar a reabertura do cadastro) (AMARAL; MAIMONE, 2020).

Pode-se questionar se há antinomia legislativa, porém, a LGPD estabeleceu não apenas o consentimento como base legal para o tratamento regular dos dados pessoais, como também se autorizou “para a proteção de crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente” (inciso X, do artigo 7º). Todavia, é importante observar que a base legal que autoriza o tratamento não outorga permissão para todo e qualquer tratamento,

tampouco para que se proceda de qualquer forma em relação aos dados pessoais obtidos legalmente.

Nesse aspecto, é crucial atentar para o dever de cumprimento de deveres de boa-fé, com os princípios da LGPD e de todas as suas regras estabelecidas. Portanto, o banco de dados obterá e tratará os dados para a proteção de crédito e somente o fará para a finalidade clara e específica, atendidos os demais princípios, como o da prevenção, segurança, não discriminação, transparência, adequação e necessidade, destacando-se o princípio da finalidade, pelo qual “depreende-se que a coleta de dados pessoais deverá ter um propósito específico, previamente definido e informado ao titular, sendo vedada a utilização dos mesmos dados pessoais posteriormente à sua coleta para outra finalidade” (BODIN DE MORAES; QUEIROZ, 2019, p. 120).

Sobretudo, por se tratar, no mais das vezes, de relações nas quais incidirá também o CDC, que “trata especificamente da questão de armazenamento de dados pessoais dos consumidores em seu art. 43” (GOULART, 2016, p. 448), os chamados cadastros negativos de crédito. Não por acaso, a defesa do consumidor é fundamento da LGPD (artigo 2º, VI). Estima-se, de tal modo, que há inúmeras situações em que incidirão tanto a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais quanto o Marco Civil da Internet, a Lei do Cadastro Positivo e o Código de Defesa do Consumidor, sem perder de vista o próprio Código Civil e tantas outras normas como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, cujas leituras demandarão do intérprete adequado senso de buscar a aplicação correta ao caso concreto sem se distanciar do sentido e dos fundamentos de cada disposição normativa, norteadas pela Constituição Federal.

É o que Claudia Lima Marques (2012, p. 21) denomina de diálogo das fontes, para quem, trata-se de “método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes”, tais quais CDC, LGPD, Marco Civil da Internet, Lei do Cadastro Positivo, Código Civil e tantas outras que podem incidir em dado caso concreto.

Ademais, as previsões da LGPD ainda dialogam com os princípios constitucionais e direitos fundamentais pertinentes, bem como com a proteção que tanto o Código Civil (LGL\2002\400) como o Código de Defesa do Consumidor dispensam às situações existenciais dos usuários. Daí por que renúncias e transações sobre os dados, ainda mais quando realizadas sem as informações necessárias e sem contrapartida minimamente razoável, não são válidas não apenas em razão das disposições específicas da LGPD, mas, também, à luz das disposições de outros diplomas legislativos, tais como o art. 11 do Código Civil (LGL\2002\400). Afinal, o eixo valorativo da LGPD é a

proteção da pessoa humana e de suas situações existenciais relevantes, o que deve ser levado em consideração para a interpretação de todas as suas demais disposições (FRAZÃO, 2020).

Efetivamente, há inegável pluralismo de fontes legislativas e, para que permaneçam harmonicamente coexistentes no ordenamento jurídico, o método do diálogo das fontes revela-se adequado, posto que representado por essa concomitante vigência e aplicabilidade normativa a uma mesma situação. A literatura jurídica reconhece no diálogo das fontes um “método da teoria geral do direito” que “eleva a visão do intérprete para o *telos* do conjunto sistemático de normas e dos valores constitucionais” (MARQUES, 2020, p. 66), uma “espécie de interpretação sistemática, fundado na unidade do ordenamento e supremacia da Constituição, cuja contribuição original resulta da diretriz de compatibilização de normas e sua aplicação simultânea ao caso, sob o signo da complementaridade” (MIRAGEM, 2012, p. 109).

Há sem dúvida um aporte ‘político’ e de teoria geral nos instrumentos sobre a aplicação das leis, como se depreende dos arts. 1º e 2º da Lei de Introdução de 1942, que mudou de nome em dezembro de 2010, para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas não de conteúdo. Da mesma forma, na ideia de que as leis hoje não são mais “castelos” estanques e compartimentados “feudos” de uma só lei, mas que, sob a ordem dos valores constitucionais, as leis a aplicar podem compartilhar ‘finalidade *eratio*’ para alcançar um resultado justo e de acordo com aquela sociedade e o sistema de valores positivados na Constituição ou recebido nos direitos humanos, mesmo que a norma esteja presente em fontes diversas, lei especial, microsistema ou lei geral – logo, tem um componente de política de aplicação e interpretação do sistema (MARQUES, 2012, p. 25).

Nesse trilha, atrai-se para o presente estudo a conclusão de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, ao analisarem a proteção do consumidor no ordenamento brasileiro, quando se tem relação de consumo em situação em que há incidência de lei especial: “[u]ma vez presentes seus pressupostos de aplicação, o CDC (LGL\1990\40) incide ainda que haja legislação especial para reger a atividade, tendo em vista ser norma de ordem pública e tutelar direito constitucionalmente protegido” (TEPEDINO; OLIVA, 2020, p. 394). Claudia Lima Marques observa, ainda, que a teoria do diálogo das fontes se trata “de uma visão atualizada e coerente do antigamente nominado ‘conflito de leis no tempo’, e neste sentido serve a toda a teoria geral do direito” (MARQUES, 2012, p. 66).

Por esse ângulo, o tratamento de dados pode ser a “finalidade ou *ratio*” de diversas leis em dadas circunstâncias nas quais o intérprete deverá se orientar pelos valores constitucionais e direitos fundamentais, não para escolher qual lei aplicar, mas para aplicar,

em conjunto de forma coordenada pelos valores constitucionais, as diferentes fontes legislativas para alcançar um resultado adequado e justo.

4.5 LGPD e responsabilidade civil

Conforme disposto ao longo do capítulo, a LGPD dedicou uma seção específica à responsabilidade civil (Seção III do Capítulo VI, artigos 42 a 45) e em momento algum afastou o elemento da culpabilidade. Logo, por essa simples razão, já seria forçoso concluir que o seu regime é o subjetivo (fundamentado na culpa do controlador ou operador de dados).

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso (BRASIL, 2018).

O tratamento de dados feito pelo controlador ou operador não pode ter quaisquer consequências negativas ou de alguma forma causar danos ao titular. Caso isso aconteça, o agente responsável deve reparar a situação imediatamente. A responsabilidade é do operador quando este descumprir suas obrigações dentro da LGPD ou quando desobedecer às ordens dadas pelo controlador. Enquanto isso, a responsabilidade cai sobre o controlador quando estiver diretamente envolvido no tratamento danoso. Nesses casos, é o titular quem deve fornecer provas de que o tratamento causou danos a ele. Porém, se o juiz entender que a acusação é verossímil, mas que o titular não tem condições ou recursos para fornecer as provas, o dever de fornecê-las pode passar para o agente de tratamento.

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro (BRASIL, 2018).

Para não serem responsabilizados por danos decorrentes do tratamento de dados, os agentes precisam comprovar que não realizam esse tratamento, que o realizam, mas que não houve violação às diretrizes de proteção à integridade do titular ou que o titular é o único culpado pelos danos em questão.

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de

adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano (BRASIL, 2018).

O tratamento de dados é considerado irregular quando não seguir a LGPD ou quando não proporcionar o devido nível de segurança de dados. Tal segurança deve ser assegurada levando em consideração a forma com que o tratamento é realizado, os riscos que podem ser esperados e as tecnologias disponíveis no momento. Se acontecerem danos decorrentes da desobediência das diretrizes de segurança de dados, o agente responsável por essas falhas, seja o controlador, seja o operador, será responsabilizado.

Quanto as hipóteses de violação, o art. 45, dispõe que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente” (BRASIL, 2018). Quando o assunto são relações de consumo, o que determina o que é ou não uma violação dos direitos do titular é a legislação vigente, ou seja, a Lei 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor.

Apesar do debate surgido na academia, entende-se que a orientação mais correta é no sentido de ser necessária a análise qualitativa da conduta do agente no tratamento de dados, para que surja a obrigação de indenizar os danos causados aos seus titulares. E isso por uma razão bem simples: o legislador, caso tivesse optado pela responsabilidade objetiva, não teria previsto na LGPD uma série de condutas específicas a serem seguidas no tratamento de dados pelo agente (CORRÊA; CHO, 2021). Nesse sentido, confira-se o comentário de Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, questionando os que defendem a responsabilidade objetiva:

A lógica da responsabilidade objetiva é outra: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque a responsabilidade objetiva não decorre do descumprimento de qualquer dever jurídico”. Quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa. Assim, apesar de a LGPD não ser explícita em relação à natureza da responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, como é o Código de Defesa do Consumidor ao adotar a responsabilidade objetiva, a interpretação sistemática da LGPD leva à conclusão de que o regime adotado por este diploma foi mesmo o da responsabilidade subjetiva. Não obstante as semelhanças com o Código de Defesa do Consumidor, é essencial destacar que, enquanto o Código de Defesa do Consumidor tem pelo menos dois artigos expressamente indicando a natureza objetiva da responsabilidade (arts. 12 e 14 – ambos se valem da expressão “independentemente de culpa”, que deixa clara a opção do legislador pela responsabilidade objetiva), não há qualquer norma análoga na LGPD. O art. 42 da LGPD não faz referência expressa à

culpa como elemento da responsabilidade civil, mas também não faz qualquer alusão ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva (TEPEDINO; TERRA; CRUZ GUEDES, 2020, p. 236-252).

Não fosse só isso, os autores também destacam:

O único dispositivo da LGPD que remetia para a responsabilidade objetiva foi retirado no trâmite legislativo, o que é um dado significativo para a interpretação da lei. O próprio histórico de tramitação do projeto de lei que deu origem à LGPD evidencia, portanto, a opção do legislador pela responsabilidade subjetiva. A versão inicial do Projeto de Lei n.º 5276 trazia, no Capítulo sobre "Transferências internacionais de dados", uma regra geral expressa de responsabilidade solidária e objetiva desses agentes pelos danos causados em virtude do tratamento de dados (art. 35). (...) Diferentemente desse primeiro texto, todas as versões subsequentes do projeto, até a versão finalmente sancionada da LGPD, passaram a não mais mencionar, como regra geral, um regime de solidariedade ou objetividade na responsabilidade pelos danos decorrentes do tratamento de dados pessoais. A referência expressa à responsabilidade objetiva foi completamente eliminada do texto legal. Paralelamente a isso, ainda no período de tramitação do projeto, o caput do art. 42 da LGPD sofreu uma alteração importante: a expressão "em violação à legislação de proteção de dados pessoais" foi acrescentada, o que também evidencia a opção do legislador pela responsabilidade subjetiva. Os agentes de tratamento não responderão em toda e qualquer situação em que causarem danos a terceiros, mas apenas quando isso ocorrer em violação à legislação de proteção de dados pessoais, ou seja, quando a sua conduta não se adequar ao *standard* estabelecido pelo próprio legislador (TEPEDINO; TERRA; CRUZ GUEDES, 2020, p. 236-252).

Ou seja, a partir de uma interpretação sistemática, a conclusão é no sentido de que a responsabilidade prevista na LGPD é subjetiva. Como se não bastassem essas questões, e para além da interpretação sistemática, a interpretação textual dos artigos 42 e 44 da LGPD também caminha no mesmo sentido. Lendo o texto legal, percebe-se que não basta o mero desempenho da atividade de tratamento de dados para que seja possível imputar responsabilidade ao agente. É necessário um comportamento culposos, seja por violar diretamente a legislação de proteção de dados (artigo 42), seja por deixar de tomar medida(s) de segurança adequada(s) (artigo 44) (CORRÊA; CHO, 2021).

Primeiramente, se esse trabalho significasse que tudo estaria sujeito ao CDC, apenas por resultar de uma relação de consumo, não haveria qualquer necessidade das demais disposições prescrevendo condutas. A razão das normas que determinam condutas é criar um incentivo para o seu cumprimento. Não haveria incentivo se o fato de cumprir ou não deveres levasse as mesmas consequências. Caso quem obedecesse aos preceitos da lei tivesse o mesmo dever de indenizar que o negligente, não haveria justificativa para seguir os ditames legais.

O aumento dos custos de transação decorrentes do cumprimento das condutas prescritas na LGPD precisa ter uma contrapartida, caso contrário, o objetivo do legislador estimular ações de cuidado não seria atingido. Por mais que as grandes corporações que operam as maiores redes sociais e sites de busca não estejam sediadas no Brasil, a LGPD prevê a aplicabilidade de suas normas para o tratamento de dados coletados de quaisquer pessoas que estejam no país.

A LGPD traz espectros distintos de normas aplicáveis sobre dados pessoais identificados ou identificáveis e aqueles que sejam anonimizados, por meio da perda de possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo. As redes sociais e os mecanismos de buscas, por dependerem da personalização da experiência do usuário — seja com o fim de tornarem-se mais atrativos e de gerar maior engajamento, seja para o direcionamento de anúncios mais efetivos —, inserem-se no grupo de fornecedores que utilizam dados pessoais identificados, atraindo, então, maior grau de regulamentação (CASTRO, 2020).

O primeiro impacto da nova legislação já é perceptível no momento em que o usuário autoriza a utilização de seus dados. Os termos de uso pouco claros ou genéricos serão considerados nulos. Assim, os aspectos relativos à utilização de dados deverão ter consentimento específico, destacado dos demais termos de utilização da plataforma. Já o armazenamento e tratamento de dados sensíveis (relativos a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual) deverão ser informados separadamente dos demais. Sobre esses dados, ficará vedado compartilhamento com outros controladores de dados, e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados poderá exigir parâmetros técnicos de proteção mais rígidos (CASTRO, 2020).

Também mereceram tratamento especial os dados de crianças (até os 12 anos, como previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente), para cujo armazenamento será necessário consentimento dos pais ou do representante legal. Diante da dificuldade de verificação, em meio virtual, da real identidade daquele que autoriza o tratamento de

dados da criança, a LGPD impôs o ônus dessa checagem ao controlador, consideradas as tecnologias disponíveis. Assim, as redes sociais que admitirem a inscrição de crianças deverão certificar-se da obtenção autorização válida dos pais ou responsável legal.

Na prática, as redes sociais têm adotado o sistema do *notice and takedown*, segundo o qual, diante de notificação dos usuários sobre o conteúdo ofensivo, ele é retirado do ar. A LGPD, no entanto, conforme já dito ao longo do trabalho, traz novos contornos para o tema. Os algoritmos utilizados pelas principais redes sociais, em busca do aumento de engajamento, em muitos casos, estimulam a propagação de notícias falsas e discursos extremistas para aqueles usuários que são identificados como mais suscetíveis para aquele tipo de interação.

De todo modo, em que pese inexistirem ainda sanções administrativas, o titular dos dados e vítima de uma violação a LGPD, pode (e deve) acionar o Poder Judiciário para ver seu direito exercido e, se o caso, buscar as indenizações cabíveis em razão dos danos sofridos. Levada a violação da LGPD à análise do Poder Judiciário, os agentes de tratamento de dados serão condenados por tal descumprimento, condenações essas que já são encontradas nos Tribunais do país (MIGALHAS DE PESO, 2021).

Em duas decisões recentes, o Poder Judiciário reconheceu a ocorrência de violação a LGPD e condenou os agentes de tratamento de dados ao pagamento de indenização por danos morais, veja-se:

Sentença proferida em 19/3/21 na 9ª Vara Cível de Brasília/DF (autos 0728278-97.2020.8.07.0001) condenou o portal Metrôpoles a remover de reportagem trechos que divulgavam dados pessoais, classificados como sensíveis, além de indenizar, por danos morais, cada titular dos dados, no valor de R\$ 10.000,00.

Na decisão, a Magistrada entendeu que a revelação dos dados bancários dos autores, bem como de cópias de seus contracheques, são informações excessivas e desnecessárias para a matéria publicada, concluindo que "***admitir que tais dados possam ser divulgados seria colocar em risco a privacidade e a segurança pessoal dos Embargantes, o que é terminantemente vedado tanto pela Constituição Federal, em seu art. 5º, X, como pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/18, art. 2º, I, II e IV) seu art. 5º, X, como pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/18, art. 2º, I, II e IV)***" (MIGALHAS DE PESO, 2021).

Outrossim:

Já em 15/4/21, em sentença prolatada pela 7ª Vara Cível de São José do Rio Preto/SP (autos 1030767-27.2020.8.26.0576), a SERASA S/A restou condenada ao pagamento de danos morais, no valor de R\$ 4.000,00, em razão da divulgação de dados sem base legal válida e, tampouco, sem a autorização expressa de seu titular. Na decisão, o Magistrado registra que *"a divulgação de números de telefones pessoais do consumidor não se mostra adequada, nem necessária, para proteção ou análise de crédito, quando o dado não é voluntariamente disponibilizado"* e complementa: *"...portanto, tal divulgação vulnerou sim direitos personalíssimos do autor, promovendo acesso indiscriminado, por meio dos números de telefones, que sabidamente é fonte de aborrecimentos e abusos nas relações entre credores e devedores, como meio de cobrança"*.

Na decisão, o Magistrado registra que ***"a divulgação de números de telefones pessoais do consumidor não se mostra adequada, nem necessária, para proteção ou análise de crédito, quando o dado não é voluntariamente disponibilizado"*** e complementa: ***"...portanto, tal divulgação vulnerou sim direitos personalíssimos do autor, promovendo acesso indiscriminado, por meio dos números de telefones, que sabidamente é fonte de aborrecimentos e abusos nas relações entre credores e devedores, como meio de cobrança"*** (MIGALHAS DE PESO, 2021).

Assim, mostra-se urgente a necessidade dos agentes de tratamento de dados pessoais se adequarem às diretrizes da LGPD, tornando seus processos e procedimentos aderentes a lei, regulando o tratamento dos dados coletados, a fim de evitar não só as sanções administrativas, mas também condenações judiciais, como as citadas acima (MIGALHAS DE PESO, 2021).

Sem dúvida, o desafio de adequação a LGPD é árduo, pois requer a implementação de uma cultura de *Compliance Digital*, com a criação de processos e procedimentos adequados, organização dos dados coletados, valorização de uma estrutura de tecnologia e segurança da informação e, sobretudo, a conscientização de que os dados pessoais são fornecidos por seus titulares para finalidades específicas, com hipóteses de tratamento previstas em lei e, em especial, que não pode, o agente de tratamento, utilizá-los ao seu bel-prazer.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade não é mais como antes, em que as pessoas, encontravam-se pessoalmente para falar sobre assuntos diversos. Hoje, com o advento da internet, as

peças se conectam e não precisam mais se deslocar para enviar ou receber uma informação. Isso leva a dois caminhos: o da praticidade nas trocas e na propagação de informação e o perigo dessa transmissão pelas redes. Assim, é necessário o uso consciente da internet para que certas informações não acabem sendo motivo de problemas pessoais. Grandes são os benefícios da internet, mas o bom-senso tem de ser primordial no compartilhamento de informações dentro dela. A Internet é, hoje, o maior e mais democrático espaço para o exercício da liberdade de expressão e da divulgação das ideias e pensamentos. A interatividade, ou, ao menos, a possibilidade de exercê-la, propiciada pela rede mundial de computadores aos seus usuários, fez com que esse direito ganhasse holofotes.

Sabendo disso, cada vez mais se usa a internet nessa insaciável busca por conhecimento. Evidentemente, assim como nos jornais, revistas e emissoras de rádio e de televisão, na internet é preciso ter cuidado e saber selecionar o tipo de conteúdo entre os bons e os ruins. Sendo assim, não se deve considerar a internet como uma vilã dos outros meios de comunicação; muito pelo contrário, ela deve ser mais bem explorada e aproveitada por cada um deles. Para a sociedade, consumidor de informação fica a atenção e o vigor ao prezar pela integridade dos dados compartilhados. Para os formadores de opinião, fica a atenção à ética e à responsabilidade ao publicar toda e qualquer informação.

Merecem destaque, dentre essas ferramentas, nem mais tão novas, levando-se em conta a velocidade de criação e expansão delas, o e-mail ou correio eletrônico, as aplicações de mensagens instantâneas e as redes de relacionamentos digitais, ou, como popularmente são chamadas, as redes sociais. A comunicação eletrônica ou digital abriu novos caminhos e possibilidades, alterando, substancialmente, a forma como as pessoas vivem, como trabalham e como aprendem. A utilização da informática, notadamente, da Internet, trouxe consigo inúmeras questões conflituosas no dia a dia a serem pacificadas e solucionadas pela sociedade e pelo Poder Judiciário, uma vez que se vive num Estado Democrático de Direito. Ocorre, porém, que os "remédios" legislativos e judiciais não acompanharam a velocidade dos avanços tecnológicos da área da comunicação.

Como se verificou ao longo do trabalho, foi observado que muitos internautas usam a internet para o compartilhamento de conteúdos pessoais e profissionais, provocando, assim, uma exposição de suas informações, que podem ser usadas por empresas ou mesmo por ladrões de informações e identidades. Entende-se que as ferramentas para a preservação da privacidade deveriam ser mais fáceis de ser configuradas e encontradas por todos os usuários, facilitando o entendimento da necessidade de seu uso. Afinal, as redes sociais na internet já fazem parte do dia a dia dos brasileiros, modificando suas relações e a troca de conhecimentos.

Ato contínuo, mais precisamente no segundo capítulo, é perceptível, nos dispositivos do Marco Civil da Internet, que o legislador cuidou em garantir ao usuário da internet os mesmos direitos já assegurados na Constituição Federal. Dessa forma, é impensável dizer que a internet é uma terra sem lei, já que existe a responsabilidade civil.

Na referida lei, nota-se que houve amparo legislativo aos provedores de conexão de internet, em prol da liberdade de expressão e contrário à censura prévia. Desse modo, o provedor de internet não terá responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros conforme o art. 18. Sobre os provedores de aplicação (conteúdo), o art. 19 declara que, salvo disposição legal em contrário, estes somente serão responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. No entanto, em casos de divulgação de material contendo nudez ou cenas de sexo, a ordem judicial é dispensável. Basta que o provedor de conteúdo seja notificado extrajudicialmente para que, então, sua responsabilidade subsidiária passe a valer, é o que diz o art. 21.

Após anos de debate, o Marco Civil da Internet veio, então, para colocar fim às discussões quanto à responsabilidade do provedor. Hoje, é sabido que a responsabilidade civil subjetiva é a corrente amplamente aceita. Subdivide-se, desse modo, entre aqueles que defendem a responsabilidade civil subjetiva decorrente da inércia após ciência do conteúdo ilegal. Por fim, é inegável que o ambiente virtual é coberto de proteção jurídica, e o provedor de conteúdo poderá ser responsabilizado civilmente por eventual direito violado.

Dito isso, e observando a utilização dos dados pessoais, é possível descobrir quais são os poderes que se manifestam nos titulares e na sociedade que os utilizam no tratamento de dados. A diversidade das dinâmicas traz contingências que devem ser estruturadas e sanadas para evitar a fragmentação do sujeito. O problema de pesquisa inicialmente proposto foi: aplica-se a responsabilidade civil trazida pela Lei 13.709/2018 aos agentes públicos e privados responsáveis pelo tratamento de dados na modalidade objetiva ou subjetiva?

Para a efetiva consagração da resposta delineou-se, primeiramente, o âmbito de abrangência da legislação brasileira. Verificou-se que, em virtude de sua análise protetiva, pleiteando garantias adequadas para todos e quaisquer cidadãos presentes no território nacional, e que são alvos do tratamento de dados, confia-se a uma ampla abrangência, sendo que não poderá ela ser aplicada nas hipóteses do art. 4°. Em segundo lugar, abordou-se o conceito de dados, delimitando conceitualmente um dos objetos do presente estudo. A delimitação técnica revela caminho que conduz a renovadas formas de avanço científico, principalmente dentro do Direito.

Fez-se um estudo comparativo sobre as definições em âmbito internacional e no aspecto doutrinário, demonstrando que tanto as referências legislativas destinadas aos assuntos de âmbito nacional quanto internacional se constroem através de uma definição ampliativa, tentando abarcar todo e qualquer tipo de dado presente e extraído do titular. Lado contrário, a definição de tratamento de dados é limitada, elencada exhaustivamente em lei, pelo menos na LGPD, assim é que se entende.

Por fim, para satisfação da problemática inicial com relação aos atos ilícitos praticados pelos particulares, têm-se que a responsabilidade é objetiva, pois expressa no art. 43 as hipóteses em que tais sujeitos não serão responsabilizados apenas se provarem as situações ali descritas. Neste sentido, não se verifica culpa ou dolo, apenas a incidência deste instituto se contabiliza. Lado outro, a legislação é omissa com relação aos atos ilícitos cometidos pelos entes públicos no tratamento de dados. Em um primeiro momento, aparentemente a responsabilidade parece ser subjetiva, pela ausência de descrição e tipificação específica legal na LGPD.

Demonstrou-se que, contudo, se realizada uma interpretação hermenêutica através do método hermenêutico concretizador, utilizando-se também o diálogo das fontes, a própria constituição federal, em seu art. 37, § 6º, delimita a responsabilidade na modalidade objetiva para os entes de direito público pertencentes ao quadro administrativo. Por essa razão, embora a legislação esteja silente quanto aos moldes da responsabilidade dos entes públicos, entende-se pela aplicação objetiva, não se admitindo hipóteses de excludentes em virtude do silêncio do legislador acerca do tema.

Em todo caso, são riscos concretos que tanto o agente controlador/operador e o titular dos dados sofrem nesse tipo de atividade. A internet e suas transformações. As tecnologias da informação e da comunicação podem tornar mais práticas tarefas da vida cotidiana, mas trazem consigo amplas possibilidades, que vão desde à opacidade à transparência. Dentre essas opções, pleiteia-se pela última, em que governo e administração pública, em conjunto com particulares, sejam quaisquer suas posições devem atuar em conjunto para que as múltiplas experiências digitais se deem de forma contínua e com sinais de democracia. Em todo caso, o posicionamento e a interpretação aqui adotada é apenas uma das múltiplas portas hermenêuticas que tendem a se abrir nos futuros próximos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Karen Cristina Kraemer. *Tulipas vermelhas: uma (re)leitura das relações na (e da) Internet (p. 38 – 47)*. IN: Synthesis – Revista de Produção Científica da FACVEST: os vários olhares da produção científica. Lages/SC: Papervest Editora, n. 5, janeiro a junho de 2004, ISSN 1676-9805.

_____. **História e usos da Internet.** Biblioteca on-line de ciências da comunicação. 2009. ISSN: 1646-3137. Disponível em: <https://docplayer.com.br/811606-Historia-e-usos-da-internet.html>. Acesso em: 25 set. 2020.

AMARAL, A. C. Z. M.; MAIMONE, F. H. C. P. **O Diálogo Das Fontes e o Regular Tratamento de Dados.** *The dialogue of the sources and the adequate data processing.* Revista de Direito do Consumidor | vol. 132/2020 | p. 119 - 141 | Nov – Dez / 2020DTR\2020\14418. [Revista dos Tribunais]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 12 maio 2021.

BALKIN, Jack M. **Free Speech is a triangle.** *Columbia Law Review*, v. 118, p. 2011-2056, 2011, p. 2015.

_____. **Free Speech in the Algorithmic Society.** *Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation.* University of California, Davis, p.1149-1210, 2018, p. 1181.

BARNES, J.A. **Social Networks.** Cambridge: Module 26, p.1-29, 1972.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro positivo** – Comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011(LGL\2011\1883). São Paulo: Ed. RT, 2011.

BEZERRA, Adonel. **História da Internet.** Portal São Francisco. [s.d.]. Disponível em: <https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-geral/historia-da-internet>. Acesso em: 17 set. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. **Autodeterminação informativa e responsabilização proativa:** novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, XX, n. 3, p. 120, out. 2019.

BRANCO, Sérgio. **A Responsabilidade por Conteúdos Gerados por Terceiros.** Revista pontocom. 2015. Disponível em: <http://revistapontocom.org.br/artigos/o-marco-civil-e-a-responsabilidade-por-conteudos-gerados-por-terceiros>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o novo código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. **Nota Conjunta, do Ministério das Comunicações (MC) e do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), de maio de 1995.** Lex. Disponível em: <http://cgi.br/legisacao/notas/nota-conjunta-mct-mc-maio-1995>. Acesso em 04 mar. 2021.

BRASIL. **Portaria Interministerial MC/MCT N° 147, de 31 de maio de 1995.** Dispõe sobre a criação e atribuições do Comitê Gestor Internet do Brasil. Lex. Disponível em: <http://www.cgi.br/portarias/numero/147>. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Caso protegido por segredo de justiça.** Data de julgamento: 05.04.16. Data de publicação: 13.04.16.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe Sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. **Lei complementar nº 166, de 8 de abril de 2019.** Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp166.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTA R%20N%C2%BA%20166%2C%20DE%208%20DE%20ABRIL%20DE%202019&text=Altera%20a%20Lei%20Complementar%20n%C2%BA,a%20responsabilidade%20civil%20dos%20operadores. Acesso em: 13 maio 2021.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. ***Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet.*** Tradução: DIAS, Maria Carmelita Pádua. Revisão técnica: VAZ, Paulo. 2 a. Edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006

CAOVILLA, Renato; DUFLOTH, Rodrigo; PAZINE, Letícia. **Proteção de dados pessoais:** desafios e impactos práticos para as organizações. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, v. 12, abr.-jun. 2019.

CAPANEMA, Walter Aranha. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados.** Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 163-170, Janeiro-Março/2020.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede.** Trad. Roneide Venancio Majer. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CASTRO, Bruno Martins Thorpe de. **Redes sociais e LGPD:** a influência no modelo de negócio. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-02/bruno-castro-redes-sociais-lgpd>. Acesso em: 13 maio 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. **Violação dos direitos de personalidade no meio ambiente digital**: a influência da jurisprudência europeia na fixação da jurisdição/competência dos tribunais brasileiros. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/violacao-dos-direitos-de-personalidade/>. Acesso. 19 de maio 2021.

CORRÊA, Leonardo; CHO, Tae. **Responsabilidade civil na LGPD é subjetiva**. *Consultor Jurídico*. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-29/correa-cho-responsabilidade-civil-igpd-subjetiva>. Acesso em: 13 maio 2021.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, Aguiar. **Responsabilidade Civil em Debate**. 1ª Ed. Forense, 1983.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

DIZARD JR., Wilson. **A nova mídia: a comunicação de massa na era da informação**. Tradução: JORGE, Edmond. Revisão técnica: QUEIROGA, Antonio. 2 a. Edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

FAPESP. **O Dia a História**. Internet – História. FAPESP Na Mídia. Disponível em: <https://namidia.fapesp.br/internet-historia/132580>. Acesso em: 21 dez. 2020.

FERRAZ TEIXEIRA, João Pedro. **LGPD 101 - Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. Parte 1 - Objetivos e Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. *Jusbrasil*. 2019. Disponível em: <https://joaopedrofteixeira.jusbrasil.com.br/artigos/753086549/igpd-101-comentarios-a-lei-geral-de-protacao-de-dados#:~:text=2%C2%BA%20da%20Lei%2013.709%2F18,da%20personalidade%20da%20pessoa%20natural>. Aceso em: 08 maio 2021.

FLUMIGNAN, W. G. G. **Análise da responsabilidade civil no âmbito do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados**. Migalhas de proteção de dados. 2021.

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/343301/responsabilidade-civil-no-ambito-do-marco-civil-da-internet-e-da-lgpd>.

Acesso em: 12 abr. 2021

FRAZÃO, Ana. **Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA (Coords.) *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. **Responsabilidade civil dos provedores de internet**: a liberdade de expressão e o art. 19 do Marco Civil. Migalhas de Responsabilidade Civil. Migalhas. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340656/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-internet>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. **Compliance de Dados Pessoais**. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Novo curso de direito civil** – Responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GILLESPIE, Tarleton. ***Custodians of the Internet: Platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*** [edição eletrônica]. New Haven, CT: Yale University Press, 2018.

GLANZ, Semy. **Internet e Responsabilidade Civil**. Revista da EMERJ, v. 7, n. 25, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_53.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

GODOY, C, L, B. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 14. ed. – Barueri [SP]: Manole, 2020.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. ***Who controls the internet? Illusions of a Borderless World***. New York: Oxford University Press, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4

GOULART, Guilherme Damasio. **Por uma visão renovada dos arquivos de consumo.** *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 107, ano 25, p. 448, set.-out. 2016.

GRACIE NORTHFLEET, Ellen. **O Marco Civil da Internet sob o prisma da constitucionalidade – parte I.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/ellen-gracie-constitucionalidade-marco-civil-internet>. Acesso em: 20 fev. 2021.

JOELSONS, Marcela. **Lei Geral de Proteção de Dados em vigor: impactos imediatos e possíveis desafios à luz da experiência da União Europeia.** *Revista dos Tribunais* | vol. 1022/2020 | p. 175 - 194 | Dez / 2020DTR\2020\14365. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 12 maio 2021.

KRETZMANN, Renata Pozzi. **Informação nas relações de consumo:** o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 18-19.

LABADESSA, E. **O Uso das Redes Sociais na Internet na Sociedade Brasileira.** *Revista Metropolitana de Sustentabilidade - RMS*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 82-94, maio/ago. 2012. ISSN: 2318-3233. Disponível em: https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/rms/article/viewFile/62/pdf_1. Acesso em: 12 dez. 2020.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática:** a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet.** IBCI, EDIPRO, 2000.

MADALENA Juliano, **Regulação das fronteiras da internet: Um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital,** *Revista dos Tribunais*, vol. 974/2016 | p. 81 - 110 | Dez/2016. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 21 set. 2020.

MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo na sociedade de massa.** Coleção Ensaio & Teoria. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2ª Edição, 1998.

MANNARINO, Marcus Vinicius Rodrigues. **O papel do web jornal: veículo de comunicação e sistema de informação.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____. **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito:** um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 17-66, esp.

MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MAZÚR, Jan; PATAKYOVÁ, Maria T. **Regulatory. Masaryk University Journal of Law and Technology**, v. 13, p. 219-241, 2019, p. 223-224.

MENA, Isabela. **VERBETE DRAFT: O QUE É MARCO CIVIL DA INTERNET**. 27 JUN 2018. Disponível em: <https://www.projeto draft.com/verbete-draft-o-que-e-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

MENDES, Laura Schertel. **O direito fundamental à proteção de dados**. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, p. 45-81, jul.-set. 2011.

_____. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais**. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate (Orgs.). *Novas tendências do direito do consumidor*. Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2015.p. 182-203, esp.

MENDONÇA, Rafael Dantas Carvalho de. **A responsabilidade civil no direito brasileiro**. Conteudo Juridico. Brasilia-DF: 13/04/2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51542/a-responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 11 maio 2021.

MIGALHAS DE PESO. **LGPD: Lei vigente e condenações judiciais evidentes!** Por Rogério Peres. Migalhas. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/345107/lgpd-lei-vigente-e-condenacoes-judiciais-evidentes>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro**. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

_____. **A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222)) E o Direito do Consumidor**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1009, nov. 2019.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg. **A Internet em sua Relações Contratuais e Extracontratuais**. Lumen Juris, Rio, 2003, n. 9.2. 2003.

MULOLO, Raphael. **O Dano Moral nas Redes Sociais e sua Responsabilização**, Rio de Janeiro 2013.

_____. **O Dano Moral nas Redes Sociais e sua Responsabilização**, Rio de Janeiro 2014.

MUSSO, Pierre. *A Filosofia da Rede in* PARENTE, André (org). **Tramas da Rede: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação**. Editora Sulina, 1ª Edição, 2004.

NEGRÃO, Antônio Carlos. **Economia digital, proteção de dados e competitividade**. In: CUEVA, Ricardo Villas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018 (LGL\2018\7222))*. São Paulo: Ed. RT. p. 29-37.

NORONHA, Pedro Henrique Baiotto. **A responsabilidade civil do estado no direito brasileiro**. 01 de dezembro de 2017. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-do-estado-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 15 jan. 2021.

OLIVEIRA LEITE, Ravênia Márcia de. **A responsabilidade civil e os danos indenizáveis**. *Consultor Jurídico*. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-09/conceito-responsabilidade-civil-danos-indenizaveis>. Acesso em: 12 nov. 2020.

PONTES, Sérgio. **A importância do elemento “culpa” na Responsabilidade Civil**. *Jusbrasil*. 2018. Disponível em: <https://sergiopontes.jusbrasil.com.br/artigos/601641941/a-importancia-do-elemento-culpa-na-responsabilidade-civil#:~:text=Vale%20dizer%20que%2C%20E2%80%9Caquele%20que,dano%20e%20do%20nexo%20causal>. Acesso em: 15 dez. 2020.

QUEIROZ, João Quinelato de. **Aplicabilidade do Marco Civil da Internet na responsabilidade civil por uso indevido de conteúdo protegido por direitos autorais na internet**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/aplicabilidade-do-marco-civil-da-internet/>. Data de acesso. 12 de maio 2021

REDE NACIONAL DE PESQUISA. **Sobre a RNP - evolução do backbone**. 24 set. 2009. Disponível em: <https://memoria.rnp.br/rnp/historico.html>. Acesso em: 04 mar. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** – A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROCK CONTENT. **Conheça a história da Internet, sua finalidade e qual o cenário atual.** Rockcontent | blog. 2000. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/historia-da-internet/>. Acesso em: 12 out. 2020.

SANTOS, Adriana Peres Marques dos. **O direito fundamental à internet.** 2013. 100 f. Monografia (Pósgraduação) – Escola de Magistratura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. p. 20. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2103/AdrianaPeresMarquesdosSantos_Monografia.pdf. Acesso em: 04 mar. 2021.

SATO, L.; BRAGUIM, G. **A hora e a vez de aprovar o orçamento para a adequação à Lei Geral de Proteção de Dados.** Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI313566,81042-A+hora+e+a+vez+de+aprovar+o+orcamento+para+a+adequacao+a+lei+geral+de>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SCHLICKMANN, R. S. G.; CAMARA, D. E. G.; ROMERO, B. A. **A internet no banco dos réus – A evolução jurisprudencial.** 11/04/2017. Batista luz adv. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/a-internet-no-banco-dos-reus/#:~:text=A%20%C3%BAnica%20exce%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20necessidade,%E2%80%9CArt>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro.** In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Direito e Internet III: Marco Civil da Internet - tomo II. São Paulo: Quartier Latin, p. 277-305, 2015. No mesmo sentido, QUEIROZ, João Quinelato de. Responsabilidade civil na Rede: danos e liberdade à luz do marco civil da internet. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SIMMEL, Georg. **A ponte e a porta**, 1909, traduzido pela professora Simone Carneiro Maldonado (DCS-UFPbem). Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/28055369/A-Ponte-e-a-PortaGeorg-Simmel>. Acesso em 29 nov. 2020.

SOARES NETO, P. B. O. **Responsabilidade civil: introdução conceitual.** Revista Jus Navigandi. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61088/responsabilidade-civil-introducao-conceitual>. Acesso em: 08 jun. 2021.

SOLSMAN, Joan, E. Cf. "**YouTube's AI is the puppet master over most of what you watch**", 10.1.2018. Disponível em: <https://www.cnet.com/news/youtube-ces-2018-neal-mohan/>. Acesso em 12/2/2021.

SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de; CARDOSO, Carla. **As Redes Sociais Digitais: Um mundo em transformação.** Agenda Social. V.5, nº1, jan-abr/2011, p. 65 - 78, ISSN 1981-9862. Disponível em:
http://www.uenf.br/Uenf/Downloads/Agenda_Social_8427_1312371250.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. **Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet.** Consultor Jurídico. 2017. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet>. Acesso em: 25 jan. 2021.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **A proteção do consumidor no ordenamento brasileiro.** In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coords.). *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD.** In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA (Coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro* [livro eletrônico]. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio da. **Fundamentos do Direito Civil.** Forense. Edição do Kindle. 2020.

TURNER, David; MUÑOZ, Jesus. ***Para os filhos dos filhos de nossos filhos: uma visão da sociedade internet.*** São Paulo: Summus, 2002.

UNIÃO EUROPEIA, Agência dos Direitos Fundamentais. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados.** Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014, p. 39. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806ae65f>. Acesso em: 15 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA, **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.** 1995. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31995L0046>. Acesso em: 15 dez. 2020.

_____. **Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.** 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 19 dez. 2020.

VAINZOF, Rony. **Conceito, perfil, papéis e responsabilidades do encarregado (Data Protection Officer)**. p. 25-56. In: BLUM, Renato Opice; VAINZOF, Rony; MORAES, Henrique Fabretti (Coords.). *Data protection officer (encarregado): teoria e prática de acordo com a LGPD e o GDPR*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 4.

A VACÂNCIA CELERIAL DOS PROCESSOS FÍSICOS DE INTERDIÇÃO NO CARÁCTER DE URGÊNCIA, FRENTE AO DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO PJE – TJPE, NA CIDADE DE PETROLINA.

ISAQUE SILVA DE SOUZA:
Bacharelado pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE.

DIANE JÉSSICA MORAIS AMORIM²
(orientadora)

RESUMO: Este artigo objetiva aferir se de fato os processos eletrônicos de interdição em seu carácter urgente são mais céleres, comparado aos processos físicos, dentro da limitação da cidade de Petrolina - Pernambuco. Analisam-se dados de entrevistas semiestruturadas com 124 pessoas, divididas em estudantes de Direito, advogados, promotores de justiça, professores universitários (apenas da área do Direito), mestres e doutores (apenas da área do Direito), e estagiários que se encontram em serviço, delimitando-se a localidade de Petrolina – Pernambuco e moradores de Juazeiro da Bahia que utilizam e atuam em processos eletrônicos do Estado de Pernambuco. A partir de informações sobre interdição teórica (doutrina) e situações de urgência de interdição na prática, em relação a celeridade processual e o Direito Material, somados ao atual momento do advento do novo Corona Vírus (Covid-19), foi estabelecida uma tese de que o meio processual eletrônico, nesses casos particulares, seria mais célere que o artifício físico. Esta tese mostrou-se correta por intermédio dos resultados, que apontam mais de 80% de respostas favoráveis ao entendimento de que tais processos eletrônicos de interdição com tutela de urgência, tendem a ser mais céleres que processos físicos de mesma natureza, principalmente na situação de pandemia. Os resultados dessa pesquisa contribuem para a compreensão da comunidade acadêmica, melhor experiência forense e maior eficácia pública (quanto ao Direito Material).

Palavras-Chaves: Processo Judicial Eletrônico; Interdição; Direito Material.

ABSTRACT: This article aims to assess whether, in fact, electronic interdiction processes in their urgent nature are faster, compared to physical processes, within the limitation of the city of Petrolina - Pernambuco. Data from semi-structured interviews with 124 people are

² Orientadora. Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil na especialização lato sensu promovida pela ESA/OAB em parceria com a Faculdade Maurício de Nassau. Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação na Universidade Federal do Vale do São Francisco. Professora Auxiliar da Faculdade de Petrolina (FACAPE), E-mail: diane.amorim@facape.br

analyzed, divided into law students, lawyers, prosecutors, university professors (only in the area of Law), masters and doctors (only in the area of Law), and interns who are in service, delimiting the locality of Petrolina – Pernambuco and residents of Juazeiro da Bahia who use and act in electronic processes in the State of Pernambuco. Based on information on theoretical interdiction (doctrine) and urgent interdiction situations in practice, in relation to procedural speed and Material Law, added to the current moment of the advent of the new Corona Virus (Covid-19), a thesis of that the electronic procedural means, in these particular cases, would be faster than the physical artifice. This thesis proved to be correct through the results, which indicate more than 80% of responses in favor of the understanding that such electronic interdiction processes with urgent protection tend to be faster than physical processes of the same nature, especially in the situation of pandemic. The results of this research contribute to the understanding of the academic community, better forensic experience and greater public effectiveness (in relation to Material Law).

Keywords: Electronic Judicial Process; Interdiction; Material Law.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CURATELA. 1.1 Conceito de Curatela. 1.2. Diferença entre Tutela e Curatela. 2 INTERDIÇÃO. 2.1 Origem Histórica. 2.2 Conceito. 2.3 Finalidade. 2.4 Interrogatório. 2.5 Audiência de instrução e julgamento. 2.6 Legitimidade para requerer a interdição. 2.7 Pode exercer a curadoria. 3 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. 3.1 Levantamento da interdição. 3.2 Da Urgência nos casos de Interdição. 4. DA PESQUISA REALIZADA. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A origem histórica do instituto da Interdição está na verdade na origem de grande parte do panteão jurídico, no direito romano. A Lei das XII Tábuas já estabelecia normas sobre a incapacidade de portadores de doença mental, surdez e invalidades permanentes, além de prodigalidade.

A partir do modelo do Direito Romano, vários países desenvolveram o instituto da interdição de forma independente. Em parte deles, a questão é tratada da maneira mais minuciosa possível legalmente falando. Já em outros, de forma mais ampla, mais líquida, mais genérica. O fato, porém, é que, em meados do século XX, o aumento da consciência mundial a respeito da importância da manutenção da dignidade da pessoa humana levou a comunidade jurídica a novas reflexões a respeito do instituto.

De lá para cá, o que sempre vem rondando a esfera processual especificamente brasileira, é a sua celeridade, ou seja, quanto tempo se leva para alcançar o direito material pleiteado, ainda que sejam claras suas provas.

Para se ter uma ideia da seriedade e da necessidade de tal tema ser abordado, vale demonstrar que no Brasil, nas hipóteses de interdição absoluta, todos os atos do incapaz devem ser praticados pela pessoa nomeada pelo juiz para substituir-lhe nas manifestações de vontade, que, em direito, recebe o nome de curador. Nas hipóteses de interdição parcial, o curador também é responsável pela prática de todos os atos do curatelado, dentro dos limites em que for decretada sua incapacidade.

Atualmente em meio à pandemia do COVID – 19, popularmente conhecido como corona vírus, temos visto a importância do meio digital para eficácia e eficiência jurídica, inclusive para a salvaguarda do princípio da celeridade processual.

Visando demonstrar isso, tal estudo, tem por objetivo aferir se de fato os processos eletrônicos são mais céleres, comparado aos processos físicos. Este relatório foi feito, para apurar e demonstrar se tais fatos interferem diretamente na eficiência e eficácia processual das ações de interdição no caráter urgente.

A metodologia utilizada foram pesquisas de campo, somadas a pesquisa empírica e bibliográfica, com métodos Indutivo e Hipotético-dedutivo, classificada como exploratória, com abordagem quantitativa e qualitativa, com técnicas de pesquisa bibliográfica e instrumentos de coleta de dados, e com limite na jurisprudência e em dados recolhidos na Vara Cível de Petrolina – Pernambuco.

1 CURATELA

1.1 Conceito de Curatela.

Curatela é a incumbência destinada legalmente a alguém plenamente capaz, para auxiliar (a pessoa) e administrar os bens de quem, em regra, não pode reger-se sozinho. (BRAGA, 2016).

Sobre o tema aduz Carlos Roberto Gonçalves:

As definições apresentadas não abrangem, todavia, todas as espécies de curatela, algumas das quais, pela natureza e efeitos específicos, como assinala Caio Mário Silva Pereira 797, “mais tecnicamente se denominam curadorias. E desbordam da proteção aos maiores incapazes, para às vezes alcançarem menores, e até nascituros. (2017, p. 895)

Além de citar Caio Mário, o referido autor enriquece mais sua fonte de conteúdo trazendo as palavras do renomado Pontes de Miranda, que considera curatela ou curadoria:

o cargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de indivíduos menores, ou maiores, que por si não o podem fazer, devido a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausência, ou por ainda não ter nascido (GONÇALVES, 2017, p. 895-896).

Sendo assim, curatela é uma responsabilidade advinda legalmente, que, sobrepõe a vontade do então curador, pela vontade de seu curatelado. Isto, podendo ser temporariamente ou não, a depender do caso concreto.

1.2. Diferença entre Tutela e Curatela.

Apesar de ambas serem bem semelhantes, possuem diferenças vitais a depender da sua destinação.

A respeito dessas diferenças Tartuce discorre:

A diferença substancial entre as duas figuras é que a tutela resguarda os interesses de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, com o intuito de protegê-los. Por seu turno, a curatela é categoria assistencial para a defesa dos interesses de maiores incapazes, devidamente interditados. (2020, p. 2106)

De suma importância é essa diferença, pelo fato dos efeitos que cada uma proporciona na vida do incapaz. A título de exemplo, é incumbido ao curador as escusas voluntárias (art. 1.736, CC) e proibitórias (art. 1.735, CC); a obrigação de prestar contas e caução bastante, quando requisitado pelo juiz; a limitação permissiva de apenas alienar bens imóveis mediante prévia avaliação judicial e autorização do juiz; além de direitos e deveres especificados no Título do Livro Direito de Família do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves tratando sobre o tema ainda diferencia ambos os institutos da seguinte forma: "a) a tutela é destinada a menores de 18 anos de idade, enquanto a curatela é deferida, em regra, a maiores; b) a tutela pode ser testamentária, com nomeação do tutor pelos pais; a curatela é sempre deferida pelo juiz;" (2017, p. 896)

E prossegue dizendo que: "c) a tutela abrange a pessoa e os bens do menor (auctoritas e gestio), enquanto a curatela pode compreender somente a administração dos bens do incapaz, como no caso dos pródigos; d) os poderes do curador são mais restritos do que os do tutor" (GONÇALVES, 2017, p. 896)

Em síntese, se fosse possível resumir tal diferença em apenas uma frase, essa seria, que a tutela trata do melhor interesse de menores e curatela do melhor interesse de maiores, que não conseguem por si só, gerir sua vida.

2 INTERDIÇÃO

2.1 Origem Histórica

Fátima Nancy Andrichi - Ministra do Superior Tribunal de Justiça, quando questionada sobre a origem do tema interdição, preleciona que “A origem do instituto da Interdição está, como a de tantos outros, no direito romano. A Lei das XII Tábuas já estabelecia normas sobre a incapacidade de portadores de doença mental, surdez e invalidades permanentes, além de prodigalidade” (2005, p. 03).

Ao contrário do que o homem médio geralmente pensa, a interdição não gera prejuízo para o interdito, muito pelo contrário, é na verdade um direito deste. Isso pois, se tal encontra-se impossibilitado de exercer seus direitos civis, alguém fará isso por ele.

2.2 Conceito

Interdição, é a ação por meio da qual os interditos são sujeitos a curatela.

A respeito disso, Juliana Grillo EL-Jaick, no livro “Série Aperfeiçoamento de Magistrados 10, Curso: Processo Civil - Procedimentos Especiais”, expressa:

A interdição é um instituto que teve origem no direito romano. É uma ação intentada no âmbito cível e tem por fim a declaração da incapacidade de determinada pessoa. (...) Uma vez decretada a interdição pelo magistrado, o interditado não mais poderá comandar os atos na vida civil, portanto, faz-se necessário a nomeação de um curador, o que é feito na mesma ação de interdição. (2012, p. 146)

Sob essa ótica ainda aduz Marcela M^a Furst:

a interdição absoluta impede que o interditado exerça todo e qualquer ato da vida civil sem que esteja representado por seu curador. Já a interdição parcial permite que o interditado exerça aqueles atos a que não foi considerado incapaz de exercê-lo nos limites fixados em sentença. (2017)

A incapacidade então, se dá por dois modos: de forma absoluta ou relativa. A primeira diz respeito apenas a menores de 16 anos, já a segunda, são todos aqueles listados no artigo 3º, do Código Civil (os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos).

Enriquecendo ainda mais o tema, Carlos Roberto Gonçalves diz que “a certeza da incapacidade é obtida por meio de um procedimento de interdição, disciplinado nos arts. 747 e s. do Código de Processo Civil de 2015, no capítulo que trata dos procedimentos de jurisdição voluntária, bem como nas disposições da Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).” (2017, p. 914)

2.3 Finalidade

A interdição tem por finalidade a proteção da pessoa interditanda, ainda que para isso se retire sua capacidade civil e sua livre disposição de seus bens da vida, pela incapacidade de exercer seus direitos.

Válido é lembrar que o meio para se alcançar essa finalidade não se baseia apenas na boa fé, mas sim há requisitos essenciais que serão analisados nos próximos tópicos.

2.4 Interrogatório

Um dos requisitos para a certeza e posterior proclamação da interdição é o interrogatório. Esse possibilita ao juiz uma convicção maior a respeito do grau de incapacidade alegada pelos parentes.

Sobre o conceito de interrogatório afirma Gonçalves: “Trata-se do exame pessoal do interditando, para que o juiz possa melhor aferir o seu estado e as suas condições” (2017, p. 914 e 915).

Isso, é perfeitamente demonstrado no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 751, onde retrata a obrigatoriedade do interrogatório ser conduzido em audiência pelo juiz, que direcionará perguntas relacionadas “acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas”.

Se o estado do interditando for tão grave que o impossibilitar de se locomover, o juiz deverá ir até o local em que esse se encontra para a realização do interrogatório. Também irão com ele o Ministério Público, escrivão, o advogado do interditando ou seu curador, e ao final será lavrado termo ainda que o interditando não possa exprimir de sua vontade, isso, segundo o artigo 751 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

De acordo com Gonçalves (2017, p. 916) “Após o interrogatório, e no prazo de quinze dias, o interditando poderá impugnar o pedido. Nada obsta que ele mesmo constitua seu próprio advogado para atuar no feito (CPC/2015, art. 752, § 2º)”

Gonçalves prossegue explicando que:

Se não o fizer, o juiz lhe nomeará curador especial. Já se decidiu: "Interdição. Requerimento feito pelo Ministério Público. Juiz que decide sem a nomeação de curador à lide para a defesa dos interesses do incapaz. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 1.182, § 1º, do CPC [de 1973]. (2017, p. 916).

Decorrido então o prazo de 15 dias o juiz nomeará perito médico, para realização do exame interditório, que em ato vindouro será devolvido no formato de laudo, conforme art. 753 do CPC.

O interrogatório e o exame pericial são de suma importância, sendo sua não realização causa de nulidade absoluta do processo. E "para possibilitar a ampla defesa, qualquer parente sucessível, bem como o cônjuge ou companheiro, poderão intervir como assistentes" (CPC/2015, art. 752, § 3º), isso, caso o interditando não constitua advogado.

Se caso o juiz não se convencer do feito com apenas uma perícia, poderá requerer outra, segundo o artigo 480 do Código de Processo Civil de 2015.

2.5 Audiência de instrução e julgamento

A audiência de instrução e julgamento não se confunde com as audiências conciliatórias, apesar de poder haver conciliação nessa. Na verdade, a própria palavra instrução já diferencia ambas, pois a fase instrutória do processo é exatamente a fase em que se há a produção de prova. Além disso, aqui é o momento correto de se haver o interrogatório do interditando, justamente como meio de prova.

Essa audiência somente ocorrerá quando houver necessidade de produção de prova processual. Caso haja a necessidade, o magistrado não poderá deixar de realizar o interrogatório. Sobre isso, Gonçalves afirma:

será inadmissível, visto que o interditando tem direito a provar que pode gerir a sua vida e administrar os seus bens, com a oitiva de testemunhas. Tem este o direito, também, de indicar assistente técnico para acompanhar a perícia e apresentar críticas ao laudo do experto judicial (2017, p. 918).

Outro fator importante que Gonçalves (2017) menciona é que em se tratando de relativamente incapaz, o juiz deverá fixar, limites para a curatela. Esses, podem restringir-se ao impedimento de, sem curador, praticar atos que possam comprometer o seu patrimônio e não sejam de mera administração.

Após toda a análise, havendo a comprovação o juiz decretará a interdição nomeando então curador ao interdito, devendo ser observado o artigo 1.775-A do Código

Civil: “Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa”.

A partir da sentença, haverá o que se chama no direito de efeito *erga omnes*, ou seja, essa sentença valerá para todas as pessoas. Nesse caso, a partir da sentença, nenhum terceiro poderá celebrar contrato diretamente com o interditado.

2.6 Legitimidade para requerer a interdição

O Código Civil estabeleceu a legitimação tanto para as tutelas quanto para as curatelas. Além disso, o próprio interditando pode pedir para ser interditado.

Venosa afirma:

Inovação importante é, permitir que o próprio interditando possa requerer sua interdição, seguindo muitas das legislações comparadas (inciso IV do art. 1.768, introduzido pelo Estatuto da Pessoa com deficiência). O próprio interessado pode ter condições de perceber que não consegue reger seus atos da vida civil. (2017, p. 496)

Além da pessoa do interditando também podem requerer:

o Código de Processo Civil de 2015, proclama no art. 747 que a interdição pode ser promovida: “I – pelo cônjuge ou companheiro; II – pelos parentes ou tutores; III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV – pelo Ministério Público. (GONÇALVES, 2017, p. 920)

Além disso o art. 748 do Código de Processo Civil de 2015, ainda menciona:

“O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I – se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747”.

2.7 Pode exercer a curadoria

A respeito disso dispõe o art. 1.775 do Código Civil:

O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito; § 1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto; § 2º Entre os

descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos; § 3º
Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a
escolha do curador.

3 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO

Quanto à natureza jurídica da sentença de interdição, os doutrinadores se dividem. Parte minoritária, a exemplo de Nelson Rosendal (2006), afirma que a sentença de interdição não ultrapassa o efeito declaratório.

Mas, a doutrina majoritária, a exemplo de Pontes de Miranda, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice, Moacyr Amaral, e a jurisprudência, entendem que tal sentença declara uma realidade de fato e constitui uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, ou seja, é uma sentença declaratória e constitutiva, mas prevalece sua natureza constitutiva (aquela que retorna atingindo um ato que está no passado).

Vejam o que Gonçalves menciona a respeito disso:

Embora haja controvérsia a respeito da natureza jurídica da sentença que decreta a interdição, tem prevalecido o entendimento de que não é constitutiva, por não criar o estado de incapacidade, mas apenas declaratória da existência de uma situação. Tem, portanto, eficácia *ex tunc*. (2017, p. 930)

Além disso, o referido doutrinador ainda diz que:

Como a incapacidade preexiste, entende-se possível intentar ação anulatória dos atos praticados anteriormente à sentença, devendo-se, no entanto, provar a incapacidade àquela época. (GONÇALVES, 2017, p. 930)

Gonçalves conclui dizendo que:

Sob a ótica processual, alguns autores, no entanto, entendem que a aludida sentença é constitutiva, porque os seus efeitos são *ex nunc*, verificando-se desde logo, embora sujeita a apelação (CPC [1973], art. 1.184). Mas, "sob o aspecto do reconhecimento de uma situação de fato – a insanidade mental como causa da interdição – tem natureza declaratória, uma vez que não cria a incapacidade, pois esta decorre da alienação mental. (GONÇALVES, 2017, p. 930)

3.1 Levantamento da interdição

Levantamento é uma nomenclatura destinada ao fim da interdição pelo fato dos motivos que levaram a ela desaparecerem, isso é, a incapacidade.

Sobre isso Gonçalves afirma que:

Cessada a incapacidade, qualquer que seja a sua causa, após a decretação da interdição, esta será levantada. Assim, o ébrio e o toxicômano que, após adequado tratamento, verbi gratia, conseguiram se recuperar e se livrar do vício, poderão requerer o levantamento da interdição, alegando o desaparecimento da causa que a motivou. (2017, p. 933)

O artigo 756 do Código de Processo Civil de 2015 está diretamente alinhado a isso: “Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou”. Esse procedimento irá iniciar por meio de provocação (ação, denúncia, petição) do interessado, do curador ou do Ministério Público e será apensado aos autos da interdição (artigo 756 do CPC 2015, § 1º).

Gonçalves (2017, p. 933) analisando o artigo anterior escreve: “O juiz então nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo (§ 2º)”.

E acrescenta:

Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do art. 755, § 3º, ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais (§ 3º). (GONÇALVES, 2017, p. 933).

Por fim o juiz pode, possuindo prova advinda do laudo médico, autorizar o levantamento parcial da interdição, permitindo ao interdito a prática de determinados atos, em decorrência da melhora verificada em seu estado (artigo 756 do CPC 2015, § 4º).

3.2 Da Urgência nos casos de Interdição

Dizer que um processo tem carácter de urgência ou juridicamente falando, pleitear a Tutela Provisória de Urgência, é sinônimo de dizer que o processo carece de uma atenção especial do Poder Judiciário.

Segundo o artigo 300 do CPC, “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Conclui-se então que dois requisitos são essenciais para a

concessão da tutela provisória de urgência: a probabilidade do direito, também conhecida como "*fumus boni iuris*" (fumaça do bom direito, ou seja, probabilidade grande de realmente possuir o direito pleiteado), e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, chamada de "*periculum in mora*" (ou seja, perigo da demora processual).

A despeito disso, Cândido Rangel Dinamarco aduz:

Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). (1996, p. 145).

E prossegue dizendo:

A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, (...); e é mais que a credibilidade, (...), pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar. (DINAMARCO, 1996, p. 145)

Sendo assim, podemos concluir que a urgência de um processo de interdição se dará, quando demonstrada a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Destaca-se a relevância, não só em relação aos processos de interdição, mas da prestação jurisdicional como um todo, da celeridade processual, que é um princípio constitucional (art. 5º, LXXVIII), introduzido pela Emenda 45/2004, que tem por objetivo a brevidade ou razoabilidade processual. É o princípio que visa uma maior rapidez no transcorrer do processo, mantendo sua eficiência e eficácia.

4. DA PESQUISA REALIZADA

Por intermédio de um questionário, foram colhidas respostas em campo de 124 pessoas. Dentre essas, estudantes de Direito, advogados, promotores de justiça, professores universitários (apenas da área do Direito), mestres e doutores (apenas da área do Direito), e estagiários que encontram-se em serviço. A restrição dessa pesquisa fora apenas com relação a localidade, delimitada à cidade de Petrolina no Estado de Pernambuco.

Através dos questionários, pôde-se concluir que 83,9% das 124 pessoas analisadas concordam que houve um avanço significativo do Processo Eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco na cidade de Petrolina, quando comparado a Processos Físicos;

84,7% concordam que o Processo Eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco na cidade de Petrolina, é bem mais célere que os processos físicos; 90,3% recomendariam o processo eletrônico como sendo mais célere, em se tratando de uma tutela de urgência de uma ação de interdição e 88,7% acreditam que os processos físicos tendem a diminuir ou até desaparecer em um mundo cada vez mais tecnológico.

Quando questionados sobre a nota que atribuiriam de 0 a 10 (zero a dez), ao Processo Eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco na cidade de Petrolina no atual momento de pandemia do novo Corona Vírus (Covid-19), 62,1% atribuíram nota 10; 14,5% nota 9; 16,9% nota 8; 2,4% nota 7; 2,4% nota 6 e 1,6% nota 5. As demais notas não foram escolhidas por nenhuma das pessoas que responderam à pesquisa.

Quando questionados sobre a nota que atribuiriam de 0 a 10 (zero a dez), ao Processo Eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco na cidade de Petrolina a respeito da celeridade processual, 26,6% atribuíram nota 8; 20,2% nota 10; 18,5% nota 9; 15,3% nota 7; 8,9% nota 5; 2,4% nota 1 e 0,8 nota 3. As demais notas não foram escolhidas por nenhuma das pessoas que responderam à pesquisa.

Quando questionados sobre a nota que atribuiriam de 0 a 10 (zero a dez), ao Processo Eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco na cidade de Petrolina no atual momento de pandemia do novo Corona Vírus (Covid-19), para a requisição de processos interditórios, com tutela de urgência, 47,6% atribuíram nota 10; 16,9% nota 9; 16,9% nota 8; 9,7% nota 7; 4% nota 6; 4% nota 5 e 0,8% nota 0. As demais notas não foram escolhidas por nenhuma das pessoas que responderam à pesquisa.

Com o resultado da pesquisa, pode-se concluir que, com base nos dados científicos colhidos, o Processo Eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco na cidade de Petrolina, em se tratando de carácter urgente no processo de interdição, de fato, são mais céleres que os processos físicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, interdição é a ação por meio da qual se protege a livre disposição de bens da vida de pessoas incapazes, que cedendo essa capacidade para terceiros juridicamente responsáveis (chamados de curadores ou tutores), veem-se amparados civilmente enquanto perdurar a incapacidade.

Vimos ainda que a celeridade processual, é um princípio importantíssimo ligado ao processo em si, pois, visa uma duração menor do processo, sem prejuízo ao Direito Material.

Ademais, foi visto que além dos processos físicos, possuímos uma plataforma digital chamada de PJe - Processo Judicial Eletrônico, e que essa tem sido de extrema importância, principalmente no atual momento de pandemia.

Com os resultados da pesquisa realizada, podemos verificar que em se tratando de processos de interdição com tutela de urgência, o Processo Eletrônico do Tribunal de Justiça de Pernambuco na cidade de Petrolina, tem se mostrado mais célere que os Processos Judiciais Físicos da mesma localidade.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Isadora. Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência para o instituto da curatela. **Jus**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54653/os-impactos-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-para-o-instituto-da-curatela>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – art. 300; art. 480; arts. 747 e 748; art. 751 e ss.; art. 752, § 2º e §3º; art. 753 do CPC; art. 756, § 1º e §2º e § 4º.

CÓDIGO CIVIL DE 2002 – art. 3º; art. 1.735; art. 1736; art. 1775 e art. 1775-A.

EL-JAICK, Juliana. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados 10, Curso: Processo Civil - Procedimentos Especiais** - Livro 10 – editora Divisão de Publicações da

EMERJ e Irapuã Araújo (MTb MA00124JP) – Rio de Janeiro, 2012.

DINAMARCO, Candido. **A Reforma do Código de Processo Civil**, 3ª ed. São Paulo, 1996.

FURST, Marcela, Disponível em: <https://dramarcelamfurst.jusbrasil.com.br/artigos/461524140/a-interdicao-e-a-curatela-sob-a-nova-otica-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>.

GONÇASVES, Carlos. **Direito de Família** - Livro 6 - 14º edição – editora Saraiva - São Paulo, 2017.

Palestra de Fátima Nancy Andrichi - Ministra do Superior Tribunal de Justiça - proferida no seminário sobre Interdição realizado no Superior Tribunal de Justiça, em 07/11/2005 às 17:23 - Disponível em: https://civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf acessado em 22/09/2020.

ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – Volume único - 10º edição – editora Método – São Paulo; editora Forense – Rio de Janeiro, 2020.

VENOSA, Sílvio. **Direito Civil Família** - Livro 5 - 17º edição – editora atlas - São Paulo, 2017.

A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS FACE A REFORMA PROCESSUAL CIVIL DE 2005 ATINENTE AS EXECUÇÕES: UMA IMPORTANTE ANÁLISE HISTÓRICA

RHUAN CARLOS DUARTE MARTINS:

Advogado; graduado em Direito no Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC; especialista em Direito Tributário e Gestão Empresarial na Fundação Getúlio Vargas.

RESUMO: Devido a natureza fundamental dos alimentos, aptos a satisfazerem de forma imediata a tutela existencial da pessoa humana, cumpre a legislação atender a este mandamento de forma a conferir-lhes carga executiva ampla. A legislação pátria, na forma da tutela executiva plasmada no Código de Processo Civil de 1973 lhes conferiu a devida sindicabilidade executiva e a análise da celeridade e efetividade dessa tutela é o principal objetivo deste trabalho, instrumentos os quais foram posteriormente encampados no Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Processo de Execução. Código de Processo Civil. Celeridade. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: Due to the fundamental nature of foods, capable of immediately satisfying the existential protection of the human person, the legislation must comply with this commandment in order to give them a broad executive charge. The national legislation, in the form of the executive protection set out in the 1973 Code of Civil Procedure, gave them the due executive union and the analysis of the speed and effectiveness of this protection is the main objective of this work, instruments which were later included in the New Code of Procedure Civil.

KEYWORDS: Food. Execution Process. Code of Civil Procedure. Speed. Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A execução de alimentos face a reforma processual civil de 2005 atinente as execuções: uma importante análise histórica. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1.INTRODUÇÃO

O direito das famílias reside no âmago da sociedade. É, pois, dentre as relações privadas, a mais sobressaltada vertente jurídica, haja vista o seu teor de intimidade entre os particulares que compõem este trato. Entretanto, a intimidade ora presumida não se revela sobremaneira pacífica, ensejando regulamento cético aos interesses individuais. Daí a tutela aos consortes dissidentes — das ações de separação ou divórcio -, ao menor, cuja

eiva afeta seu crescimento — das tutelas e do poder de família — e ao desprovido do dever jurídico de amparo com mínimo necessário a quem disto necessita — diz-se, as ações de alimentos. Estas últimas são, pois, os veículos esperados para reduzirem o guerreamento entre os familiares concernentemente aos dissídios de mesma sorte.

Em análise especial a tais ações condenatórias de alimentos, observa-se que não são um fim em si mesmo, considerando o possível inadimplemento de uma obrigação de trato sucessivo ali firmada — prestação periódica de alimentos -, socorrendo-se, conseqüentemente, as vias executórias. Por isso não são poucos os doutrinadores que sustentam que a tutela de alimentos é de natureza contratual, com cláusula rebus sic stantibus.

Por conseguinte, deve-se extrair o modelo mais efetivo para a garantia da vida, é dizer, alcançar com a maior celeridade possível o pagamento e, para tanto, eleger a via processual mais adequada para este ensejo, para que a sobrevivência do exequente não se veja prejudicada em face do inadimplemento. A iniciativa legislativa, inovando no Código de Processo Civil, vem promovendo alterações neste diploma a fim de realizar o preceito constitucional da razoável duração do processo e da satisfação dos provimentos jurisdicionais. Acolhendo, portanto, as propostas doutrinárias e jurisprudenciais, as quais respondem com maior rapidez ao sentimento teleológico e axiológico do Direito, reformou-se o Processo de Execução e dinamizou o processo cognitivo, retirando de ambos o abismo da dialeticidade ou o velho sistema dual.

Destarte, não obstante as formas de cumprimento forçado das pensões alimentícias, firma-se agora, ancorado ao Novo Processo Civil, o cumprimento de sentença como eficácia aos credores de alimentos e neste compasso, também em simetria com as tendências modernas do Direito Pátrio, a Nova Execução de Alimentos. O fato é que o tema, apesar de recente, já ganhou espaço no judiciário, entretantes, ainda não goza de unissoniedade.

Os arestos jurisprudenciais e as glosas doutrinárias acentuam a legitimidade do novo procedimento ao processo de alimentos, contudo, é devido registrar, que existe posicionamentos contrários a esta nova ordem jurídica, já exaltada por BOBBIO (1995) e MOREIRA (2007), mas que contribuem para a promoção do Direito. De tal sorte, um diagnóstico mais apurado acerca da nova sistemática não pode se olvidar de aduzir a posição do advogado, quanto a sua forma de atuação, a do autor, concernente ao seu pedido e sua pretensão jurídica e a do réu, mormente a sua defesa. Nesta esteira, os enunciados das súmulas jurisprudenciais socorrerão os argumentos adiante prolatados.

Em decorrência das discussões que serão travadas, por óbvio, questões processuais serão imprescindíveis para dar contorno ao debate. Tratando-se de alimentos

e a busca da efetividade das tutelas cognitivas e executórias, restará celebrado o pacto de implemento da Carta Magna nos processos particulares.

Em suma, a efetividade da tutela alimentícia deve ser alcançada, não a qualquer custo, mas pelo modo menos oneroso ao obrigado, o fazendo de modo a celebrar o princípio basilar do direito dos alimentos — proporcionalidade da pensão alimentícia —, seja pela via executória, seja por ação de conhecimento e revisional.

2. A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS FACE A REFORMA PROCESSUAL CIVIL DE 2005 ATINENTE AS EXECUÇÕES: UMA IMPORTANTE ANÁLISE HISTÓRICA

Já ficou bastante elucidado anteriormente que os alimentos são dotados de carga máxima de direito fundamental. A proposta de demonstrar a necessidade extremada da pensão alimentícia reside, destarte, na tentativa de convencer que a garantia da vida se prejudica pela patente morosidade judiciária que, por ora, apesar do rito sumário que dispõe, prefere conceder o direito após cognição vertical, é dizer, exauriente do mérito (não considerando a atitude, *ex officio* inclusive, de determinar pagamento preliminar de alimentos, enquanto se processa os autos, nem a celeridade invocada pela urgência dos alimentos).

A Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005, porquanto, tratou de inovar ao retirar a característica dicotômica então existente entre os processos de conhecimento e os de execução, haja vista que, anteriormente, haveria de se conseguir uma sentença para que em posse deste título executório propusesse o credor nova ação almejando sua satisfação, quando o adimplemento da obrigação judicial não era voluntário e espontâneo.

Sendo então o cumprimento de sentença procedimento de inexorável garantia de efetividade³, deverá a execução de prestação alimentícia se pautar pelo novo rito então criado, dado o relapso do legislador em não inovar expressamente também nos tópicos normativos a essa pertinente. Tal crítica foi invocada por DIAS (2007), enquanto desembargadora, notando que o novo rito detinha tom de celeridade, onde o procedimento especial de alimentos se viu carecedor:

³ E digna de apreço a distinção entre o conceito de *eficácia* e *efetividade*, vez que se verifica íntima relação entre ambos. Antes, porém, melhor distinguir eficácia de efeito, que no intelecto de OLIVEIRA (1998, p. 13), tem-se que "a *eficácia* diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem; os efeitos, à produção de alterações no mundo sensível, como consequência da eficácia". Portanto, eficácia como possibilidade difere de efetividade como realização de efeitos. Efetividade, por seu turno, é a produção satisfatória dos efeitos pretendidos pela eficácia contida na sentença. Em sede de alimentos, vale dizer, eficácia é o plano jurídico positivo dos alimentos, é dizer, o próprio direito à ação de alimentos e a efetividade é, sem dúvidas, a precisa realização deste direito, a sua satisfação.

Agora, para a cobrança de condenação imposta judicialmente, o credor não precisa passar pelas agruras do processo de execução. Recentes reformas no processo de execução aboliram o processo de execução dos títulos executivos judiciais (Lei 11.232/05). O cumprimento da sentença não mais depende de processo autônomo e transformou-se em um incidente processual. Trata-se de mera fase do processo de conhecimento, e não de nova demanda a angular-se pelo ato citatório.

O silêncio do legislador no que diz com a execução dos alimentos ter semeado discórdia em sede doutrinária, sendo questionado se a simplificação dos atos de cumprimento da sentença alcança os encargos de natureza alimentícia [grifos nossos].

Tal discórdia doutrinária é, pois, decorrente do apego excessivo ao texto da lei, que ignora os inúmeros métodos de interpretação e o “fato de a lei ter silenciado sobre a execução de alimentos não pode conduzir à ideia de que a falta de modificação dos arts. 732 e 735 do CPC impede o cumprimento da sentença”, avilta

a doutrinadora.

Os pressupostos, então, para se atingir a finalidade das tutelas de alimentos, são, a saber: demonstrar ao juízo a anterior cognição vertical, a qual tenha analisado as condições da ação e definido, no mérito, o julgamento procedente da prestação periódica e depois, requerer todos os novos aparatos disponíveis para o cumprimento de sentença.

Ademais, a sentença de alimentos é título executivo formado endoprocessualmente, com fito em firmar obrigação por quantia certa. E em especial análise ao antigo artigo 475-J, do CPC, adicionado à legislação instrumentária através da Lei nº 11.232/2005, vê-se que tal artigo é o novel molde para adimplemento mediata da prestação jurisdicional, uma vez que o obrigado não o fez espontaneamente. Rezava o aludido dispositivo que pelo prazo de 15 dias de inércia frente aos dispositivos da sentença, poderá o credor requerer o seu cumprimento formado, é dizer, realizar medidas patrimonialmente constritivas (penhora e multa de 10%) e assim ver-se satisfeito naquilo que lhe foi concedido judicialmente — a periodicidade obrigacional alimentar.

O ato inovador do legislador foi, decerto, um avanço procedimental ainda não visto na experiência brasileira; há que se concluir, então, que os artigos 475-1 a 475-R, do CPC, criadores do “Cumprimento das sentenças” constituíram-se um *plus* às execuções de alimentos, sem excluir ou revogar as vias já vigentes (SANTOS, 2006). É dizer, era uma nova via que o credor dispõe para satisfação de seus créditos, escolhida ao seu talante.

As doutrinas emergentes foram cautelosas e trouxeram uma preocupação: posicionamentos que divirjam a respeito da aplicabilidade da reforma subsidiariamente as execuções de alimentos, pois poderiam ferir a ética legislativa quanto à necessidade de inovação procedimental. Mister, porém, foi respeitar os posicionamentos deste jaez, refletindo sobre a coerência de suas argumentações. Assevera, conquanto a luta da jurisprudência, o inteligível desembargador aposentado e teórico clássico de processo civil, THEODORO JUNIOR (2007, p. 416):

Como a Lei nº 11.232/2005 não alterou o art. 732 do CPC, continua prevalecendo nas ações de alimentos o primitivo sistema dual, em que acerto e execução forçada reclamam o sucessivo manejo de duas ações separadas e autônomas: uma para condenar o devedor a prestar alimentos e outra para forma-lo a cumprir a condenação.

Sua lógica parte da premissa de que o rito imposto pelos artigos 732 e 733, do Código de Processo Civil de 1973, cominariam em um ato citatório para pagamento em três dias e que a atitude injustificada do devedor de alimentos requer “nova ação para alcançar a satisfação forçada da prestação assegurada pela sentença.”; logo, “o procedimento executivo é, pois, o dos títulos extrajudiciais (Livro II) e não o de cumprimento de sentença instituído pelos atuais 475-J a 475-Q” (*ibidem*).

E retruca SANTOS (2006, p. 292):

O reconhecimento de obrigação alimentar, criando título executivo judicial, pode seguir a forma simples de cumprimento de sentença, na forma do art. 475-J. Os arts. 732 a 735 do Código de Processo Civil, no entanto, não foram revogados expressamente. Assim, quando se reconhecem, em sentença ou decisão interlocutória, a obrigação de a pessoa pagar prestação alimentícia, em razão de parentesco ou casamento, a execução se faz, preferencialmente, através de desconto em folha de pagamento, se o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho.

Perfilhou-se, entretanto, aquela primeira tese o eminente jurista e douto desembargador do Rio Grande do Sul ASSIS (2007, p. 903), tecendo ainda críticas à reforma da execução em sua famigerada obra *Manual da Execução*. Reflete⁴, destarte:

⁴ No mesmo sentido, ASSIS (2006, p 253), desta feita, na obra “Cumprimento de Sentença”.

O legislador expressou, na abundância da terapia executiva, o interesse público prevalente da rápida realização forçada do crédito alimentar. [...] A reforma da execução do título judicial, promovida pela Lei 11.232/2005, não alterou, curiosamente, a disciplina da execução de alimentos [...]. Por conseguinte, não se realizará o modelo do art. 475-J e seguintes [...], em que pese tais disposições mencionarem explicitamente, a execução de “sentença” [grifos nossos].

ARENHART e MARINONI (2008, p. 396), porém, são peremptórios:

A execução de alimentos usualmente é fundada na sentença que condena ao pagamento de alimentos [...], mediante requerimento simples (art. 475-J do CPC) — que não exige o preenchimento integral dos requisitos do art. 282 do CPC.

E vão além ao advertirem que o não cumprimento da sentença ensejaria aplicação da multa do artigo 475-J, do CPC:

Não cumprida a sentença, o montante dos alimentos será acrescido de multa, no percentual de dez por cento. De acordo com o art. 475-J do CPC, o não cumprimento da sentença, além de sujeitar o devedor a tal multa, faculta ao credor o requerimento de penhora e avaliação (obra citada, p. 396).

Com muita precisão, ante a pertinência de suas observações, o douto Juiz Titular da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, Dr. Newton Teixeira Carvalho, protesta:

Assim e num processo lógico e compatibilizando a Lei 11.232/2005 com o ordenamento jurídico, de ver-se que, por exigir a Direito de Família, uma maior rapidez na fixá-lo e no recebimento da verba alimentícia, a ponto de ter processo especial para fixação dos alimentos, inclusive provisórios (Lei. 5.478/68), com maior razão de aplicar-se os art. 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, inclusive com aplicação da multa de dez por cento (art. 475-J), se os alimentos provisórios não forem recolhidos no prazo máximo de 15 dias, espontaneamente, pelo devedor (CARVALHO, 2007).

Sem embargos às correntes divergentes serem guiadas por célebres doutrinadores, certos de suas razões, um sentimento comum entre eles é o da necessidade de máxima efetividade as tutelas de alimentos. Com efeito, é claro e evidente que o

legislador processualista civil não logrou êxito na reforma ao passo que ampliou a atividade do intérprete, e esta, nunca restar pacífica.

CARVALHO (2007), por seu turno, em alusão ao artigo 5º da Lei de introdução ao Código Civil, discrepa por entender que “foi, aludido dispositivo legal, numa interpretação, sistemática, lógica, teleológica e por exigências do bem comum, tacitamente revogado” e com bastante audácia, afirma com toda certeza que “não há mais processo de execução de sentença de título executivo judicial, inclusive com relação aos créditos alimentantes, mas apenas fase de cumprimento de sentença.”

Arrematando a questão sob a ética da filosofia do Direito, o augusto jurista VENOSA (2004, p. 199) advertiu a necessidade de se extrair a finalidade social da lei para promoção da justiça:

O elemento teleológico ou racional busca o sentido maior da norma, o seu alcance, sua finalidade, seu objetivo prático dentro do ordenamento jurídico e para a sociedade. Constitui a razão de ser da lei, a *ratio legis*. Se uma lei, por exemplo, foi editada com o sentido de diminuir ou evitar a inflação monetária, para se restringir o consumo, nesse sentido deve ser interpretada. Busca-se o sentido social para o qual a lei foi editada [grifos nossos].

Atualmente a matéria vem eficazmente disciplinada no art. 528 e seguintes, do CPC de 2015, que lança ao diploma processualista o rito “Do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos.

3. CONCLUSÃO

Tutela. Esta é a palavra de ordem do processo civil. Assim, ao amparar os litigantes em suas razões jurídicas pelos fatos apresentados, o Estado está prestando uma ordem natural de sua função pública: solução da lide (jurisdição). Mas a tutela puramente apenas gera expectativa e não necessariamente uma garantia de ver satisfeito o pedido deduzido em juízo, observando da ética das ações condenatórias.

A satisfação é, pois, o que verdadeiramente requer o demandante. Destarte, o legislador deve estar em constante exame do fato social para atualizar as leis de modo que este anseio social esteja socorrido. E o vem fazendo, afinal, a luta do Direito é dar efetividade aos provimentos jurídicos propiciados pelo Estado.

Nesta perspectiva, o cumprimento de sentença favoreceu a comunidade familista, otimizando seus pleitos judiciais tendenciosos a garantir a sobrevivência de um carecedor de alimentos. A evolução, porém, segundo alguns, não estava completa, devendo o exegeta buscar na própria obscuridade normativa um viés de solicitude aos menores, aos

idosos, ao ex-cônjuge, a todos que necessitem de alimentos. Mas avançou, com louvor, a citar, a novidade legal trazida pela aplaudida lei de alimentos gravídicos sem se olvidar de consolidar a mais celebração possível do direito de ação do alimentante a ex vi do Novo Código de Processo Civil.

Alimentos, ademais, possuem um conceito prolixo, exacerbadamente amplo, donde cuidou a doutrina de esmiuçá-lo, ofertando-o à sociedade. Neste compasso, a subsidiariedade da obrigação alimentícia se efetivará na realidade dos fatos pela sobrevivência do alimentando, seja este por forma de lei ou em decorrência de ato ilícito assim restou. Rememora-se, neste ponto, que a ordem sucessória para se herdar servirá de lista, lista está, dos obrigados, os quais, de tal modo, prestarão alimentos em primeiro lugar, considerando os termos iniciais e finais do honroso encargo.

O Processo Civil e o Direito dos Alimentos, no rigor dos princípios pertinentes a cada vértice e com o apoio em autorizado magistério doutrinário, firmam definitivamente o respeito à ordem impositiva do Texto Magno, que eleva a direito de eficácia imediata a garantias fundamentais — à vida está neste rol, e os alimentos, por ser consectário. E neste ponto, averbe-se: o princípio da dignidade humana é a pedra de toque da fixação dos alimentos. De tal sorte, a solução do litígio instalado pelo fato dos litigantes não se sucumbirem pessoalmente à pretensão do outro, pela nova sistemática processual que mergulha no leito da celeridade, vem sendo respondida eficazmente (pelo judiciário em especial), e assim, a tutela de alimentos, satisfeita — seja pela via cognitiva, seja pela via executória.

BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Execução. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 3. Vol. 500 p.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1344 p.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 6. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. 184 p.

BRASIL. Lei Federal nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Diário Oficial [da República do Brasil], Brasília, 23 dez 2005. p. 1.

_____. Lei Federal nº 11.382 de 06 de dezembro de 2006. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, relativos ao processo de

execução e a outros assuntos. Diário Oficial [da Republica do Brasil], Brasília, 07 dez 2006. p. 1.

_____. Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da Republica do Brasil], Brasília, 13 mar. 2015. p. 1.

CARVALHO, Newton Teixeira. A nova execução no Direito de Família. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte — MG, 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=318>>. Acesso em: 28 mai. 2008.

DIAS, Maria Berenice. Execução de Alimentos e as reformas do CPC. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte - MG, 2007. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=430>>. Acesso em: 05 abr. 2007.

_____. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 608 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Processo Civil brasileiro. 25. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 354 p.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. 557 p.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 41. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 2. vol. 888 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. Introdução ao Estudo do Direito: primeiras linhas. São Paulo: Editora Atlas, 2004. 349 p.

ALIENAÇÃO PARENTAL E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS A PARTIR DA LEI 12.318/2010

IVAN JOSÉ DA SILVA FRANCO:
Bacharelado em Direito pelo
ULBRA - CENTRO UNIVERSITARIO
LUTERANO DE MANAUS

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar e demonstrar o conceito de alienação parental, suas consequências jurídicas, a partir da Lei nº 12.318 / 2010, e as formas de proteção da parte prioritária dessa relação, a saber, as crianças e adolescentes e seus direitos fundamentais. A prática da alienação parental em crianças ou adolescentes pode levar a uma síndrome, denominada PAS-Síndrome de Alienação Parental - essa síndrome é um estudo científico do psiquiatra norte-americano Richard Gardner, que a resolveu além do diagnóstico e consequências das crianças e adolescentes, são alvo de alienação parental. A ocorrência de alienação parental é tão extensa quanto a diversidade de conexões familiares e a perda de contato com a vítima por meio da alienação aut centrada e de sentimento pessoal. Essa situação sempre existiu em nossa sociedade, mas não há proteção legal exclusiva.

Palavras-chave: Alienação Parental. Adolescente. Criança. Família. Lei.

ABSTRACT: This article aims to analyze and demonstrate the concept of parental alienation, its legal consequences, the penalties of Law No. 12,318 / 2010, and the forms of protection of the priority part of this relationship, namely, children and adolescents and their fundamental rights . The practice of parental alienation in children or adolescents can lead to a syndrome, called PAS-Parental Alienation Syndrome - this syndrome is a scientific study by the American psychiatrist Richard Gardner, who resolved it beyond the diagnosis and consequences of children and adolescents, are targets of parental alienation. The occurrence of parental alienation is as extensive as the diversity of family connections and the loss of contact with the victim through self-centered alienation and personal feeling. This situation has always existed in our society, but there is no exclusive legal protection.

Keywords: Parental Alienation. Adolescent. Kid. Family. Law.

SUMÁRIO - 1 Introdução, 2 A importância da família, 3 Consequências Jurídicas, 4 Definição psicológica da alienação parental 5 Proteção da dignidade da pessoa humana, 6 Síndrome da Alienação Parental, 7 Considerações finais, 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Mesmo que a relação entre os pais não seja mais estabelecida no modelo tradicional da chamada família "nuclear", a relação afetiva entre pais e filhos deve ser preservada. A

criança e o adolescente são cidadãos de direitos e, como qualquer pessoa, a infância e a adolescência são as etapas do desenvolvimento que todas as crianças e adolescentes devem desfrutar.

Porém, infelizmente, a desintegração da família, pelo simples fim da hostilidade em mantê-la, ou pelo motivo do rompimento por obrigações inerentes, ou se não se formou como se esperava, finalmente nasceu entre as duas pessoas, pais, ou apenas um deles, uma relação de hostilidade, ódio e hostilidade transcende seu relacionamento e começa a afetar seu relacionamento com seus filhos pequenos.

Normalmente, um dos pais implanta pensamentos e memórias erradas sobre o outro na vida pessoal do filho, criando assim uma forma de procurar mantê-lo afastado da vida social, como forma de puni-lo, retaliar contra ele ou até mesmo fingir que pretendia protegê-lo. Essa alienação não acontece somente no divórcio, existem casos em que ela está instalada dentro do ceio familiar com os pais em perfeita harmonia, onde o alienador de forma minuciosa começa uma pequena campanha de desmoralização contra o outro genitor. Colocando na cabeça do infante desde já que em uma possível separação a criança possa escolhê-lo, pois o mesmo é bonzinho tem mais condições financeiras, pode levá-la ao shopping, comprar presentes e etc.

Caio Mário da Silva Pereira destacou ao estudar as práticas causadoras da alienação parental e ao analisar o conteúdo da pesquisa de Ana Maria Frota Velly:

“Importa diferenciar a Alienação Parental da Síndrome das Falsas Memórias, na qual há a implantação de um determinado evento, que “não acontece realmente, mas a pessoa reage como se efetivamente tivesse acontecido, pois passa a ser realmente vivido como real e verdadeiro”. Na Síndrome das falsas Memórias implantam-se fatos falsos, fazendo com que a criança ou adolescente pense que aquilo realmente ocorreu, como no caso da falsa acusação de abuso sexual pelo alienador. Na Alienação Parental, pode haver a ocorrência de implantação de falsas memórias, mas seu objetivo consiste essencialmente na desconstrução de vínculos afetivos”.

(2020, p. 48).

É importante ressaltar que esse exercício inadequado não ocorre apenas na relação entre pais e filhos, mas costuma ser alienado pelo parentesco. No entanto, considerando a briga envolvendo pais comuns, tem a busca por separar irmãos unilaterais, por causa das brigas envolvendo o genitor comum.

O papel do judiciário que deve estar muito atento para que não seja omissivo na identificação da síndrome e na punição do alienador. Observando a frequência desses casos na sociedade brasileira, surgiu a necessidade de que fosse criada uma lei que protegesse principalmente a criança vítima de tamanha tortura psicológica. A partir disso, foi criada a Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, que além de basear-se nos princípios constitucionais também observou o Código Civil vigente e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vale destacar que o leque de possibilidades de inserção da alienação parental é tão amplo quanto as múltiplas relações familiares possíveis, buscando alienar uma pessoa em detrimento do contato com vítimas egoístas. Vingança, motivos pessoais, de um modo geral, não enxergam os benefícios da manutenção de relações interpessoais diversas para a humanização dos alienados.

Maria Berenice cita:

“Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade - quando atingida, revela-se o remorso de ter alienada e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos”.

(2020, p. 50).

Ou seja, é muito importante proteger os menores da alienação parental, porque as consequências da alienação parental dirigida a crianças ou adolescentes são enormes, mudando a sua personalidade e moldando suas vidas e comportamentos.

2 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA

No início caput art. 226 da Constituição Federal, a definição de que a instituição denominada família é o alicerce da sociedade, que goza de especial proteção do Estado. De facto, a família apresenta-se como instituição fundamental, o seu estudo interessa ao direito, como fonte de relações sociais de reconhecida importância, de interesse individual e coletivo. A família natural é considerada um grupo composto de indivíduos aparentados e aparentados. Quando esse indivíduo cresce, entra em contato com outros grupos familiares e, apesar de criar novos seres, não se dissocia do primeiro. As primeiras relações afetivas estabelecidas na família da criança podem constituir a base de toda a sua vida e de relações futuras. A família é o instituto fundamental para o amadurecimento e crescimento da pessoa. Portanto, a sociedade é formada por grupos denominados famílias.

Desempenhando um papel extremamente importante na sociedade, pois é a instituição básica do indivíduo como evolução e progresso moral, ético, psicológico da pessoa. Tanto que o artigo 226 da Carta Magna estipula que a família é o fundamento da sociedade e, portanto, deve ser integralmente protegida pelo Estado.

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

Entre os parentes e dentro da família, as pessoas devem ter amor, carinho, companheirismo, amizade e conviver de forma pacífica e harmoniosa. Para que tenham um bom desenvolvimento psicológico e moral. Para se tornar um bom cidadão no futuro.

“Suas principais funções são, portanto, de natureza biológica, garantindo a descendência e a permanência do grupo, educadora e socializadora, adequando o comportamento de seus membros aos valores dominantes no grupo familiar e na sociedade, transmitindo-lhes a linguagem, os hábitos, a cultura; econômica, proporcionando-lhes as condições materiais de subsistência e conforto, e psicológica, contribuindo para o equilíbrio, o desenvolvimento afetivo e a segurança emocional de seus membros.” **(AMARAL, 2008, p. 141).**

É preciso também ressaltar que, ao longo do tempo, a família passou por transformações no processo de mudanças religiosas, econômicas e sociais e culturais. A autotransformação é um sistema complexo que passou por vários ciclos de desenvolvimento na história.

“A título de exemplificação, na Grécia e Roma, a família era regulada pela religião, com enfoque ao culto doméstico, celebrado pelo pai. No que tange ao Brasil-Império, ela era matrimonial, disciplinada pela Igreja Católica Apostólica Romana, religião oficial. Com o Decreto nº 181, de 24 de maio de 1890, o casamento passou a ser civil. A Constituição de 1988 foi a Carta Política que mais ampliou o conceito de família.”

(MENEZES, 2008, p.121).

Para melhor compreender o alcance desse conceito, antes de mais nada, vale ressaltar a compreensão de Jacques Commaille³ (1997, p.25) sobre o conceito de família:

“É a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, contraídas por duas pessoas de sexo diferente. Abrange

necessariamente os cônjuges, mas para sua configuração não é essencial a existência de prole. Com as núpcias inaugura-se a sociedade conjugal, na qual se identificam três vínculos; o vínculo conjugal, que une os cônjuges; o vínculo de parentesco, que une os integrantes da sociedade, descendendo um do outro, ou que, sem descenderem um do outro, estão ligados a um tronco comum; e o vínculo de afinidade, estabelecido entre um cônjuge e os parentes do outro. ”

Segundo Menezes (2008, p.128)

“Enfoca que a base da Constituição Federal é a dignidade da pessoa humana, princípio este essencial dos direitos fundamentais. Nessa linha, de acordo com a educadora, a família tem função instrumental em face do desenvolvimento da pessoa. Isso para garantir o livre desenvolvimento da personalidade, já que instituição de apoio e amparo às pessoas de seus membros. Ademais, aduz que “a família migra de uma estrutura fechada para delinear-se como comunidade de afeto, evitando adjetivações e exclusões, de modo a comportar-se numa dimensão plural. ”

A família é considerada extremamente importante para garantir a sobrevivência dos filhos, das pessoas, ao nascer, incapazes de suprir as suas necessidades, cabendo à família a satisfação das necessidades básicas, nomeadamente: alimentação, segurança, saúde, sentimentos, etc. no espaço familiar, por meio de uma festa, troca de sentimentos e diálogos, a criança assimila valores éticos e humanitários e onde se enraízam os laços de solidariedade, possibilitando a construção de valores culturais. A falta de afeto pode prejudicar o desenvolvimento emocional da criança e de outros membros da família.

3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Dada a necessidade de regulamentar esta questão, foi sancionada a Lei n.º 12.218 / 2010, que trata da alienação parental, que é um importante instrumento para identificar situações de extrema importância e dano ao menor e à pessoa vítima. Com quase dez anos de existência, a aplicação da referida lei trouxe grandes avanços e desencadeou importantes debates doutrinários e jurisprudenciais, mas sua estrutura não se alterou nesse período, analisando-se sua redação e a especificidade dos artigos.

É bastante razoável que, uma vez estabelecida a alienação parental, um menor seja removido da relação do praticante com a intenção de suspender a prática. Sem dúvida, isso é da maior importância. Caberá ao juiz agir com a astúcia, astúcia e sagacidade

necessárias para trazer à tona a verdade, que, aliás, muitas vezes é árduo trabalho para impedir a prática de um ato, restaurando a harmonia, possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade de a criança ou adolescente e até mesmo toda a família.

“Guarda de filhos menores. Inconciliável disputa entre modelos educacionais: a mãe prefere o que privilegia a disciplina; o pai a tempera com esportes e lazer. Confronto teórico ocioso e que não disfarça o conflito pessoal entre os genitores, tanto que a mãe, em audiência, recusou proposta de mediação externa, alvitada pelo juízo e a anuiu o pai. Laudos técnicos dos quais se extrai que os filhos demonstram encontrar maior conforto emocional e afetivo na companhia paterna, sem demonstrarem despreço pela mãe, a afastar a alienação parental de que de que a mulher acusa o varão. Intervenção judicial incontornável e que transferiu a guarda dos filhos da mãe ao pai, em harmonia com a prova produzida. Revisão do regime de visitação, em busca de maior equilíbrio da presença parental na vida dos filhos em crescimento. Parcial provimento do recurso. ” **(TJRJ, Ap.0028383-55.2011.8.19.0209, Des. Jesse Torres, 2º Câmara Cível, julgado em 17/07/2013).(2020, p.53).**

Posto assim, imprescindível a análise do art.2º, que conceitua o termo “alienação parental”, de forma detalhada para que seja aferida a existência da prática no caso em análise.

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 sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Ressalte-se que a alienação parental se materializa na indiscutível ação do sujeito, denominado alienador, na prática de ações que envolvem forma depreciativa de lidar com um dos pais. É, portanto, a ação de um alienador que tenta perturbar a formação da percepção social de uma criança ou adolescente também identificado como alienado.

Com base no estudo doutrinário da matéria, o legislador consagrou o conceito de alienação parental na redação da Lei 12.318/2010, no art. 2, do qual podemos concluir que esta interferência prejudicial na formação mental do menor não diz respeito apenas aos pais, mas a todos os familiares que têm contato com o menor e que podem criar um

mecanismo de rompimento do vínculo com o pai e o menor. Nesse caso, a lei lista as pessoas dos avós e quem tiver criança ou adolescente sob sua autoridade, cuidado ou supervisão.

Também é possível a alienação, promovida pelo tutor do menor, e mesmo pelo tutor do incapacitado, de outros familiares do menor. Portanto, é importante aferir que a figura do alienador não se limite à pessoa de um dos pais, podendo ser rejeitada em relação a qualquer parente próximo desse menor (irmãos, avós, tios, etc.)

Tal alienação pode ser demonstrada antes mesmo do rompimento da relação conjugal, por meio da qual um dos pais, geralmente aquele que mantém o parentesco por afinidade, tenta impedir ou dificultar a vida social do menor com outros parentes, com atitudes como: descrito nos pontos do art. 2 referido na Lei n.º 12.318 / 2010.

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.

A gravidade da situação no judiciário no que diz respeito à alienação parental exige que o juiz seja muito cuidadoso na promoção do desenvolvimento do julgamento, pois é muito difícil caracterizar o desvio nocivo promovido pelo alienador e, assim, utilizar

pesquisas ou perícias multidisciplinares, amparadas por seus assistentes, para a verificação mais absoluta da existência de alienação parental. Diante da necessidade de apurar a realidade dos fatos, faz-se necessário o levantamento de pareceres de especialistas multidisciplinares, com a participação de psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, para que o juiz, com base em sua pesquisa, se refira ao menor, bem como alienar e alienar, esteja preparado para distinguir entre alienação parental.

4 DEFINIÇÃO PSICOLOGICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental significa alienar (não pertencer; deixar de fora) o genitor do relacionamento parental com o (a) filho (a) sob alegações inverossímeis com o intuito. A ação de alienar pode partir da mãe ou do pai para afastar a criança ou adolescente do outro genitor e gerando ódio nesta relação.

Dias, argumenta que a Síndrome de Alienação Parental deva ser punida para que essas ações não sejam incentivadas já que influenciam negativamente no desenvolvimento físico-psíquico da Criança e do Adolescente e constituem num abuso moral, para com os menores envolvidos além do prejuízo ao genitor vítima do alienador.

“Flagrada a presença da síndrome da alienação parental, é indispensável a responsabilização do genitor que age desta forma por ser sabedor da dificuldade de aferir a veracidade dos fatos e usa o filho com finalidade vingativa. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias levadas a efeito de forma irresponsável.”

A Alienação Parental surge em contextos semelhantes, ou seja, quando os genitores estão disputando a guarda ou, simplesmente, a atenção dos filhos. Esse clima de guerra gerado por ação de um dos genitores compromete o relacionamento da criança ou adolescente com o outro genitor.

5 PROTEÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também trata dos direitos das minorias de uma maneira especial. Nesse sentido, os direitos da pessoa humana aplicam-se a todas as pessoas, mas alguns grupos e setores têm direitos como "especiais" porque fazem parte da humanidade que sofre discriminação, preconceito e violência.

Os direitos humanos, durante muito tempo, trataram a questão das mulheres de forma secundária, como se seus direitos, lutas e conquistas estivessem atrelados aos direitos do homem. O homem sempre foi o paradigma dos direitos humanos de toda humanidade, como se não existissem outros paradigmas ou setores sociais mais vulneráveis, como as mulheres, crianças, idosos, negros, índios, migrantes, homossexuais, trans-gêneros, transexuais, deficientes físicos e mentais.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, caput, estabelece o Direito à Vida como Princípio Constitucional. Dessa forma, é parte essencial para alicerçar um Estado Democrático de Direito. O artigo citado na íntegra: "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 privada."

A Educação, a partir da Constituição de 1988, junto à LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996, no seu artigo 4º e demais leis que tratam do Ensino, passa a exigir dos gestores do Ensino Público e Privado empenho para se informar sobre os novos paradigmas que têm transformado a área educacional.

A apropriação da linguagem tem papel objetivante, estabilizador e organizador em todo este processo, possibilitando o desenvolvimento do pensamento discursivo. A utilização de histórias orais é uma prática comum às sociedades de todas as épocas e lugares, de forma ritualizada ou no cotidiano, e atende a múltiplas funções essenciais à vida numa cultura: a comunicação, a explicação de motivações para comportamentos e de causas para as coisas, a persuasão, a criação de versões para acontecimentos, o entretenimento, a construção de mundos e situações possíveis. Bruner (2000) ressalta o poder das histórias para gerar um self particular numa cultura particular, proporcionando uma espécie de mapa de mundos possíveis nos quais a ação, o pensamento e a autodefinição sejam situados.

A convivência com adultos ou outras crianças com as quais possa se comunicar permite a experimentação da fala e de outras formas de comunicação, tais como os gestos e olhares. Essa convivência é importante para o seu amadurecimento afetivo, pois mesmo os conflitos vivenciados com outras crianças fazem parte do seu desenvolvimento emocional.

A Carta Magna como um dos fundamentos do Estado estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com o inciso III do art. 1, servindo de base para a nossa sociedade como um todo e, especialmente, para o direito da família.

A dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional fundamental do nosso ordenamento jurídico a que se refere o art. 1º da III Constituição Federal. Também vale a pena atentar para a adoção do sistema constitucional de igualdade fundamental (art. 3º, III CF / 88), que, sem sombra de dúvida, só contribui para dar ao direito nacional um clima de existencialismo e, conseqüentemente, comunidade.

Nessa trilha, pode-se observar que a dignidade da pessoa humana é fundamento dos direitos da personalidade, na medida em que estes são todos aqueles destinados a proteger a respeitabilidade e a dignidade do ser humano. **(VIANA; MONTEIRO, 2010, 368).**

A existência digna da pessoa humana, embora seja objeto de positivação, também atua como um axioma. Este é o valor de pedido mais alto. Esse valor se traduz juridicamente no princípio fundamental da dignidade humana, consagrado em nossa Constituição Federal, garantindo um mínimo de respeito às pessoas dotadas de igual dignidade. O desenvolvimento da família se baseia no respeito à dignidade da pessoa humana, valor inerente que influencia todos os valores e normas positivas no empenho pela proteção da família, independentemente da forma de sua constituição.

6 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

A Síndrome da Alienação Parental foi um distúrbio infantil definido na década de 80, pelo psiquiatra norte americano Richard Gardner, segundo Gardner essa Síndrome seria um distúrbio que acometeria crianças e adolescentes que seriam objeto de disputa judicial entre seus pais. A Síndrome seria promovida a partir de uma lavagem cerebral ou uma programação feita por um dos pais para que a criança ou adolescente rejeita-se ou odiasse o outro genitor (a).

É importante dizer que a Síndrome da Alienação Parental não existe enquanto a categoria diagnóstica, o grande objetivo de Gardner foi a inclusão da Síndrome da Alienação Parental no Manual Diagnóstico de Transtornos Mentais (DSM), mas cabe dizer que, não foram promovidos estudos científicos que comprovam efetivamente a existência enquanto uma Síndrome. Na verdade, pesquisas foram realizados ao longo do tempo que identificam Síndrome da Alienação Parental em litígio conjugal.

Richard Gardner define a Síndrome da Alienação Parental da seguinte forma:

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. **(GARDNER, 2002).**

A Alienação Parental é geralmente decorrente da Síndrome da Alienação Parental, ou seja, a Alienação Parental é o afastamento da criança ou adolescente de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o guardião. Já a Síndrome da Alienação Parental diz respeito as sequelas emocionais e comportamentos que geram na criança ou adolescente.

Segundo as lições de Maria Berenice Dias, a Síndrome de Alienação Parental às vezes é também chamada de "implantação de falsas memórias". Segundo sua análise, sua gênese está relacionada à intensificação das estruturas da vida familiar, que por sua vez resultou em uma relação mais estreita entre pais e filhos. Então, quando os pais foram separados, houve uma disputa de custódia entre eles que era impensável há algum tempo.

A síndrome de alienação parental é uma forma de "abuso emocional", pois pode levar ao enfraquecimento do vínculo psicológico entre uma criança e adolescente e um pai amoroso, em muitos casos o relacionamento pode ser completamente destruído, as formas de abuso podem ser físicas, sexual e negligência. Crianças e ou adolescentes com síndrome de alienação parental têm maior probabilidade de: apresentar transtornos mentais como depressão, ansiedade e pânico; usar drogas e álcool para aliviar a dor e a culpa da alienação; cometer suicídio; ter baixa autoestima; não alcançar um relacionamento estável na idade adulta; têm problemas de gênero devido à desqualificação do pai agredido.

A Síndrome de Alienação Parental (SAP), tem como característica quando, a qualquer preço, o genitor guardião que quer se vingar do ex cônjuge, através da condição de superioridade que detêm, tentando fazer com que o outro progenitor ou se submeta às suas vontades, ou então se afaste dos filhos.

A informação da Síndrome da Alienação parental é importante para garantir a criança e adolescente do direito ao desenvolvimento saudável ao convívio familiar e a

participação de ambos os genitores em sua vida. A síndrome de alienação parental se manifesta em vários estágios: leve, moderado e grave. Essa divisão em categorias progressivas está relacionada aos estágios de implementação da Alienação Parental e ao grau de envolvimento mental da criança alienada.

Na fase leve, começa a alienação, cujo principal traço é a sutileza, a criança começa a receber informações negativas sobre o genitor alienado do genitor alienador. O processo de desconstrução do caráter do genitor alienado começa, metódica e gradativamente, à medida que a criança desconfia e de certa forma repele o genitor alienado, embora ainda haja afeto.

A fase moderada faz com que a criança alienada se oponha às decisões do genitor alienado e as rejeite mais explicitamente, enfatizando o desejo de remoção, tendo o genitor alienado e o círculo a que pertence como modelo ideal. O estágio grave significa que o filho afastado não aceita a proximidade do genitor alienado e, quando o faz, fica claro que o sentimento se transforma em ódio, nojo. Nesta última fase, a síndrome é caracterizada pelo comportamento da criança.

Portanto, parece que essa síndrome resulta da programação da criança por um dos pais para rejeitar e odiar o outro, somada à cooperação da própria criança - tal cooperação é definida como essencial para o estabelecimento da síndrome.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração todo o exposto no referente artigo, vimos que a Alienação Parental, é um tema complexo, pois, conceitua-la, aparentemente, é fácil, basta analisar a conduta praticada por um dos genitores com a criança ou adolescente, contudo provar que é alienação parental nem sempre é uma tarefa simples.

A Lei nº 12.318/2010 visa proteger o direito fundamental e o bem-estar da criança e adolescente na convivência familiar, havendo a separação conjugal e ocorrendo indícios da prática da Alienação Parental, o judiciário poderá inibir ou atenuar seus efeitos ao alienador, alterar a guarda e direito de visita, podendo até destituir o poder familiar.

Incutir falsas memórias, dar desculpas que dificultam a relação dos filhos com o genitor alienado, desmoralização entre os pais, fazem com que os pais causem consequências irreversíveis para o desenvolvimento mental da criança ou adolescente, configurando-se assim a Alienação Parental, que é ilegal agir e desse ponto de vista a lei funciona para impedir que seja praticada.

Contudo, apesar de ser um problema que causa problemas familiares e sociais, importante ressaltar, depois de dez anos da vigência da Lei nº12.318, de 2010, os avanços

conquistados pela doutrina e pela jurisprudência acerca do tratamento da alienação parental no Brasil são enormes.

Portanto, o artigo buscou, trazer um estudo sobre a Alienação Parental, mostrando o seu conceito, seus efeitos e as suas consequências jurídicas, apresentando ainda possíveis formas de inibição. A prática da alienação parental é uma realidade possível nos embates dos pais pela companhia dos filhos. Tanto que o fato vem se juridicizando, a partir dos provimentos jurisprudenciais e das discussões no próprio legislativo federal, bem como agora com a Lei 12.318, de 2010. Contudo, ainda há, nos variados recantos do país, operadores do direito indiferentes à questão.

A doutrina já tem considerável produção sobre o tema e, sem dúvida, assiste aos juízes, promotores e defensores mais sensíveis, para que, no exercício de suas funções, possam combater essa prática destrutiva. Nesse contexto, a Lei 12.318, de 2010 surge para combater os atos de Alienação Parental e garantir os direitos de personalidade da criança e do adolescente.

Isto para garantir o melhor interesse da criança, respeitar o princípio da proteção integral e permitir o direito à convivência familiar mesmo quando os pais não têm mais um diálogo fluente e amistoso.

É certo que os efeitos da síndrome de alienação parental afetam a formação e o desenvolvimento da pessoa, violando seus direitos pessoais e sua autodeterminação. O mal de difícil reparação que se instala a partir das ações danosas de um dos pais resulta da alienação parental, cuja principal vítima é o filho. Claro, isso também prejudica o direito do pai alienado que perde o relacionamento com o filho e até mesmo seu respeito.

Um grande passo foi dado com o surgimento da lei em questão. Contudo, cabe, não só ao Judiciário, mas a toda a sociedade, entender que a alienação parental é crime, é violência, é desumana, principalmente porque agride diretamente as crianças, estas que, na qualidade de ser em desenvolvimento, com fulcro na proteção integral, merecem respeito, uma vez que não são objetos, nem fantoches.

É neste contexto que parece que a Lei 12 318/2010 implementa o princípio da dignidade humana para combater a prática da alienação parental, evitar SAP, fomentar o debate, proteger os direitos pessoais de crianças, jovens, pais alienados ou qualquer pessoa que sofra desses atos, bem como punir os pais alienantes.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada no dia 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 02.08.2021

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 02.08.2021

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 03.08.2021

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

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 03.08.2021

BRASIL, **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 09.08.2021

BRASIL, **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 04.08.2021

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro: direito de família**. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Giorgios. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome da alienação parental SAP?** 2002. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-temequivalente>. Acesso em: 04.08.2021

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Comentários à lei da alienação parental (Lei nº 12.318/2010)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17351>. Acesso em: 08.08.2021

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8690>. Acesso em: 08.08.2021

BREVE COMENTÁRIO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS A SEGURIDADE SOCIAL

ARQUIMEDES TORRES DE MELO REVOREDO:

advogado, assessor e consultor jurídico, sócio administrador da ARSIA, especialista em direito processual, especialista em direito previdenciário, especialista em advocacia previdenciária, especialista em direito do consumidor, especialista em direito constitucional aplicado, mestrando em direito processual constitucional.

RESUMO: O presente trabalho discorre brevemente acerca do direito constitucional aplicado à seguridade social através de princípios constitucionais elencados no artigo 194, parágrafo único, da Constituição da República de 1988. Para tanto, comenta sobre cada um dos princípios constitucionais específicos à seguridade social, inclusive, com redação dada pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 103/2019 se utilizando de material bibliográfico através de doutrinas jurídicas, jurisprudência, a própria Carta Magna. Com isso, proporciona uma maior compreensão dos princípios constitucionais norteadores do sistema da seguridade social por parte dos operadores do direito.

Palavras-chave: Direito Constitucional Aplicado. Seguridade Social. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT: This paper briefly discusses the constitutional law applied to social security through constitutional principles listed in article 194, sole paragraph, of the Constitution of the Republic of 1988. Therefore, it comments on each of the constitutional principles specific to social security, including with wording given by Constitutional Amendments nº 20/1998 and 103/2019 using bibliographical material through legal doctrines, jurisprudence, the Magna Carta itself. With this, it provides a greater understanding of the constitutional principles that guide the social security system by the operators of the law.

Keywords: Applied Constitutional Law. Social Security. Constitutional principles.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento. 3. Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais. 4. Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços. 5. Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios. 6. Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio. 7. Princípio da Diversidade da Base de Financiamento. 8. Princípio do Caráter Democrático e Descentralizado da Administração. 9. Considerações Finais. 10. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico trata de breve comentário acerca do direito constitucional aplicado à seguridade social abordando os princípios estampados na Constituição Brasileira de 1988.

Antes de mais nada princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade de sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

O bem estar e justiça social são valores protegidos pela Constituição Federal, e devem ser alcançados/promovidos por meio da concretização dos princípios. Proteção do valor, através do princípio, concretizada na norma jurídica. Deve-se promover os valores e os princípios. Portanto, primeiro se defende os valores e os princípios, e depois se aplica a regra para efetivar a proteção.

O parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal de 1988 confere ao Poder Público competência para organiza a seguridade social, nos termos da lei, e com base nos objetivos que relaciona. A natureza das disposições dos diversos incisos do referido parágrafo único revela que são princípios e não apenas objetivo a alcançar.

São princípios constitucionais por que se caracterizam pela generalidade de suas disposições e seu conteúdo diz com os valores que o sistema deve proteger. Fundamentam a ordem jurídica, orientam o trabalho de interpretação das normas e quando caracterizada a omissão da lei, são as fontes do direito. Tais princípios são setoriais porque aplicáveis apenas a seguridade social.

Longe de esgotar a temática por ser um breve comentário cada tópico buscou-se discorrer brevemente sobre cada um dos princípios constitucionais elencados no art. 194 da CF/88 com redação dada pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 103/2019 se utilizando de material bibliográfico como doutrinas jurídicas, jurisprudência a própria Carta Magna.

2 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO

O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento garante a todos os que vivem em território brasileiro o mínimo indispensável à sobrevivência com dignidade

impondo ao legisladoro respeito à igualdade estampado no art. 5º, *caput* da Carta Magna⁵ impedindo que haja excluídos da proteção social que a seguridade social deve cumprir.

Configurada a existência de necessidade gerada por algumas das contingências sociais previstas na Constituição da República de 1988, dá-se a incidência da norma jurídica e efetiva-se alguma das hipóteses de proteção garantida pela seguridade social.

O princípio se apresenta em 2 (duas) vertentes: universalidade da cobertura e universalidade do atendimento.

Universalidade de cobertura em seu aspecto objetivo, indica uma pretensão de que todas as contingências que gerem uma situação de desamparo devam merecer previsão legal.

A proteção social se instala em todas suas etapas de prevenção, de proteção propriamente dita e de recuperação.

Cobertura compõe a terminologia própria dos seguros sociais, que abrangem riscos e indenizações previamente definidos, mediante pagamento do prêmio ou cota pelos trabalhadores.

Universalidade de atendimento, ou universalidade em seu aspecto subjetivo trata de todos aqueles que forem atingidos por uma contingência social que lhes retira a capacidade de trabalhar ou acarretar um aumento de despesas, a qual se revela apta a desencadear um desequilíbrio no orçamento familiar.

Segundo o jusdoutrinador Bulos⁶ sobre o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento comenta que:

“Por seu intermédio, todos indistintamente, devem gozar dos serviços prestados pelo sistema de seguridade social. Brasileiros, bem como estrangeiros aqui residentes ou domiciliados, aí se incluem, no sentido de terem direito à mais ampla segurança potencial e efetiva. Não há distinções para que alguém recorra a

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

6 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1286.

sistema de seguridade nas áreas da saúde, previdência e assistência social, exerçam ou não atividades laborais remuneradas”.

Todos os que vivem em território nacional têm direito subjetiva a alguma das formas de proteção fornecida pela seguridade social.

3 PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

A CF de 1988 eliminou a histórica discriminação entre trabalhadores urbanos e rurais, conforme, Moraes⁷ apresenta que:

“Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: ...; uniformidade e equivalenciados benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; ...”.

Santos⁸ diz que:

“Pela uniformidade, trabalhadores urbanos e rurais têm direito ao mesmo tempo plano de proteção social. Esse princípio foi atendido com a extensão, às trabalhadoras rurais do benefício previdenciário de salário maternidade que antes era pago somente às trabalhadoras urbanas”.

Ainda diz que:

“A equivalência determina que o valor das prestações deve ser proporcionalmente igual, isto é, os benefícios devem ser os mesmos, porém o valor da renda mensal é equivalente, mas não igual, porque urbanos e rurais têm formas diferenciadas de contribuição para o custeio da seguridade”.

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei (art. 195, § 8º).

7 MORAES, Guilherme Peña. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2. ed. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 155.

8 SANTOS, Maria Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

A própria Lei nº 8.213/91 contém preceitos que buscaram resgatar essa desigualdade histórica, como o tratamento de segurado especial dado ao pequeno produtor rural (art. 11, VII), bem como o estabelecimento de regras de transição para a concessão de aposentadoria rural por idade (artigo 143).

Essas eventuais discriminações positivas transitórias, em favor das populações rurais, são justificadas por uma questão de isonomia material e não violam o princípio da uniformidade.

4 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS

A seletividade é princípio voltado para o legislador, e dificilmente, propiciará análise no caso concreto.

A Constituição Federal impõe ao legislador que selecione as prestações e as contingências sociais que serão cobertas, à vista das possibilidades financeiras do Estado.

O objetivo do sistema de proteção social não é a eliminação, mas sim a redução das desigualdades sociais e regionais, por meio da garantia dos mínimos vitais à sobrevivência com dignidade.

Cabe ao legislador selecionar as contingências geradoras das necessidades que a seguridade deve cobrir.

O STF (Supremo Tribunal Federal) em repercussal geral reconhecida com mérito julgado aplica o princípio da seletividade no benefício da auxílio-reclusão, conforme, segue transcrição parcial do recurso extraordinário:

Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. **[RE 587.365**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 25-3-2009, P, *DJE* de 8-5-2009, Tema 89.]9

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 587.365/SC*. Previdenciário. Constitucional. Recurso Extraordinário. Auxílio-Reclusão. Art. 201, IV, da constituição da República. Limitação do Universo dos Contemplados pelo Auxílio-Reclusão. Benefício Restrito aos Segurados Presos de Baixa

É opção política que deve levar em conta a prestação que propicie maior proteção social e, por consequência, maior bem estar.

A distributividade impõe que a escolha recaia sobre as prestações que, por sua natureza tenha maior potencial distributivo.

Nada mais é do que a justiça social redutora das desigualdades. Deve-se distribuir para os que mais necessitam de proteção com a finalidade sempre de reduzir as desigualdades.

Na distributividade as necessidades mais prementes devem ser satisfeitas em caráter de prioridade.

Vianna¹⁰ ao discorrer sobre este princípio diz que:

“Na distributividade está uma das funções mais importantes do sistema, que é a redistribuição de renda. Distributividade, assim, é uma forma de realizar a justiça distributiva, oferecendo maior proteção social justamente a camada da sociedade mais necessitada”.

Seletividade e distributividade impedem que a interpretação da legislação conceda ou estenda prestações de forma diversa da prevista expressamente pela legislação.

5 PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

Concedida a prestação, que, por definição, deve suprir os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, conforme demonstrado por todo período contributivo do segurado, a renda mensal do benefício não pode ser reduzida.

Esse dispositivo constitucional tem como razão histórica os altos índices de inflação, que por décadas assolaram a economia nacional, aviltando salários e benefícios previdenciários.

O constituinte de 1988 quis corrigir essa injustiça para os inativos, prevendo, no artigo 58 do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), uma revisão geral para todos os benefícios em manutenção em 5 de outubro de 1988.

Renda. Restrição Introduzida pela EC 20/1998. Seletividade Fundada na Renda do Segurado Preso. Recurso Extraordinário Provido. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Patricia de Fatima Luiz de Miranda. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201845>>. Acesso em: 29/05/2021.

10 VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

Nery Junior¹¹ esclarece que de acordo com a Súmula 687 do STF “a revisão de que trata o ADCT 58 não se aplica aos benefícios previdenciários concedidos após a promulgação da CF/1988”.

A irredutibilidade foi reafirmada no artigo 201, § 4º da CF/1988¹², que assegura o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

A jurisprudência¹³ tem entendido que a irredutibilidade é apenas nominal.

Ainda o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios é oriundo da regra da irredutibilidade de salários, estampado no art. 7º, VI da CF/1988¹⁴ e tem um caráter alimentar do benefício, conforme, art. 201, § 4º da CF/1988, assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o seu valor real sendo vedada à redução nominal, podendo haver correção real.

O julgado o Supremo Tribunal Federal no RE 199.994/15 traz que: “a Constituição Federal assegurou tão-somente o direito ao reajustamento, outorgando ao legislador ordinário a fixação dos critérios para a preservação do seu valor real”.

6 PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO

Conforme, Bulos¹⁶ “eis uma forma de conclamar toda a sociedade a participar, direta ou indiretamente, do financiamento do sistema nacional da seguridade”.

11 NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006. p. 406.

13 Conselho da Justiça Federal. Justiça Federal. Jurisprudência. TRF da 1ª Região, AC 1998.01.00.01124-63/MG, relator Juiz Carlos Moreira Alves, DJ, 7-5-2001, p. 52. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>. Acesso: 05/06/2021.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 199.994/SP. Recurso Extraordinário. Constitucional. Previdenciário. Benefício Concedido Anteriormente à Promulgação da Carta Federal de 1988. Critério da Equivalência Salarial, Inaplicabilidade. Preservação do Valor Real do Benefício. Legislação Infraconstitucional. Observância. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Ema dos Santos Ferreira. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.10.1997, DJ 12.11.1999, p. 112. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102132/false>>. Acesso em: 29/05/2021.

16 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1287.

Esse princípio rege o planejamento e decorre da solidariedade e da capacidade contributiva e é específico do custeio da seguridade social.

Toda sociedade financiará a seguridade social de forma direta com a contribuição social e de forma indireta com as receitas que o poder público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), deve enviar para a seguridade social.

Com o princípio da equidade a Constituição Federal de 1988 está querendo que haja isonomia e equilíbrio entre o Estado e a sociedade. Equidade esta que deve haver tanto na receita quanto na despesa, ou seja, quem recebe mais contribui com mais segunda a capacidade contributiva.

Assim o plano plurianual de custeio é um conjunto de normas e indicadores apoiados em previsões de receita e despesa, calculados com base na experiência de riscos, na prestação de serviços e nas expectativas futuras de desenvolvimento do regime de previdência e assistência social, a cargo das entidades do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, tendo como objetivo orientar a programação econômica do sistema e assegurar o seu equilíbrio financeiro”.

A equidade da forma de participação de custeio vai se tratar de capacidade contributiva estando interligado com o ideal de justiça que abarcará a ideia de criar certas contingências que serão amparadas pela Previdência Social.

A atividade atualmente exercida pelo sujeito e ainda a sua capacidade econômica é levada em conta. Podendo se chegar à conclusão de que quanto maior o risco de gerar contingências pelo exercício da atividade, maior será a exigência na contribuição.

7 PRINCÍPIO DA DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO

O artigo 195 da CF/1988¹⁷ prevê que a seguridade seja financiada por toda sociedade. O custeio é feito por meio de recursos orçamentários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, além, das contribuições pagas pelo empregador, pela empresa ou entidade a ela equiparada (art. 195, I da CF/88)¹⁸, pelo trabalhador (art. 195, II da CF/88) , pelas contribuições incidentes sobre as receitas dos concursos de

¹⁷ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021

¹⁸ _____. I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

prognósticos (art. 195, III da CF/88) 19, e pelas contribuições pagas pelo importador de bens e serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (art. 195, IV da CF/88) 20.

A empresa e entidade a ela equiparada contribuem sobre diversas bases de cálculo, previstas no inciso I, a, b, e c, do art. 195 da CF/198821. Há ainda, a possibilidade da instituição de outras fontes de custeio destinadas a garantir a expansão da seguridade social, conforme o § 4º do art. 195 da CF/198822.

A EC 103/2019 alterou a redação em “diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social”.

8 PRINCÍPIO DO CARÁTER DEMOCRÁTICO E DESCENTRALIZADO DA ADMINISTRAÇÃO

A gestão do sistema é quadripartite, com participação de representantes dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Poder Público nos órgãos colegiados (art. 194, parágrafo único, VII da CF/1988)23.

O caráter democrático está situado apenas na formulação de políticas públicas de seguridade e no controle das ações de execução.

19 _____. II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

20 _____. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

21 _____. I - a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

22 _____. § 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

23 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

A descentralização significa que a seguridade social tem um corpo distinto da estrutura institucional do Estado. No campo previdenciário, essa característica sobressai com a existência do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), autarquia federal encarregada da execução da legislação previdenciária.

Este princípio foi inserido com a Emenda constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998, conforme, afirma Moraes²⁴.

Ao discorrer sobre este princípio Miguel Horvath Júnior²⁵, traz diz que informa que “a administração dos negócios referentes à seguridade social, em os seus níveis [...] deve contar com a efetiva participação dos empregados, empregadores, aposentados e Governo”.

Conforme, Lazzari, Kravchychyn, Castro²⁶, para a efetivação deste princípio criou-se órgãos colegiados de deliberação: CNPS - Conselho Nacional de Previdência Social hoje denominado CNP - Conselho Nacional de Previdência onde há a gestão da Previdência Social; CNAS - Conselho Nacional de Assistência Social onde trata da política e ações; CNS - Conselho Nacional de Saúde que trata da gestão e políticas públicas de saúde.

Destaca-se 3 (três) características de suma importância da gestão da seguridade social nele, quais sejam:

1 – Caráter democrático: essa democratização se dá com a participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e Governo de forma isonômica, assim, a composição dos órgãos da gestão se dará de forma igual entre todos os membros.

2 – Caráter descentralizado: essa característica se materializa quando o Estado por meio de terceiros que não é sua administração direta desempenha algumas de suas atribuições. Deve o sistema da Seguridade Social através da descentralização atender os indivíduos em suas necessidades básicas e evitar que o atendimento às pessoas fique sobrestado na burocracia da Administração Pública no que resultou o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal que executa a legislação previdenciária.

24 MORAES, Guilherme Peña. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2. ed. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 239.

25 HOVART JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 10. ed. São Paulo: Quartier Latien, 2014. p. 113.

26 LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Prática processual previdenciária: administrativa e judicial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 23.

3 – Gestão Quatripartite: essa é outra característica que há a participação nos órgãos colegiados de representantes dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados, e da administração pública.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, conclui-se que os princípios estampados no artigo 194 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta o direito constitucional aplicado à seguridade social sejam na saúde, previdência e assistência social.

No múnus público da advocacia ensejou uma busca dos segurados por consultas jurídicas mais pontuadas, planejamentos previdenciários, alternativas de previdência complementar privada, conseqüentemente, uma maior demanda para os magistrados no Poder Judiciário e maior atuação do representante do Ministério Público que exige uma maior compreensão dos princípios constitucionais norteadores do sistema da seguridade social por parte dos operadores do direito.

No presente trabalho especificamente após um breve comentário dos princípios constitucionais aplicados à seguridade social aponta para tendência da dinâmica jurídica que ações cheguem aos tribunais superiores para que se posicionem e decidam de temas relevantes sobre a matéria abordada neste trabalho para pacificar entendimentos visando não só o sistema jurídico, mas, também, social e de políticas públicas que dependem da participação efetiva da ciência jurídica do direito constitucional previdenciário por meio do Estado, sociedade e operadores do direito com finalidade de estabelecer a justiça social em cada caso concreto.

10 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 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: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

_____. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

_____. Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

_____. Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 587.365/SC**. Previdenciário. Constitucional. Recurso Extraordinário. Auxílio-Reclusão. Art. 201, IV, da constituição da República. Limitação do Universo dos Contemplados pelo Auxílio-Reclusão. Benefício Restrito aos Segurados Presos de Baixa Renda. Restrição Introduzida pela EC 20/1998. Seletividade Fundada na Renda do Segurado Preso. Recurso Extraordinário Provido. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Patrícia de Fatima Luiz de Miranda. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201845>>. Acesso em: 29/05/2021.

_____. **Recurso Extraordinário 199.994/SP**. Recurso Extraordinário. Constitucional. Previdenciário. Benefício Concedido Anteriormente à Promulgação da Carta Federal de 1988. Critério da Equivalência Salarial, Inaplicabilidade. Preservação do Valor Real do Benefício. Legislação Infraconstitucional. Observância. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Ema dos Santos Ferreira. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.10.1997, DJ 12.11.1999, p. 112. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102132/false>>. Acesso em: 29/05/2021.

Conselho da Justiça Federal. Justiça Federal. Jurisprudência. **TRF da 1ª Região, AC 1998.01.00.01124-63/MG**, relator Juiz Carlos Moreira Alves, DJ, 7-5-2001. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>. Acesso: 05/06/2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOVART JUNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 10. ed. São Paulo: Quartier Latien, 2014.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Prática processual previdenciária: administrativa e judicial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Guilherme Peña. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2. ed. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

SANTOS. Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. V. 25. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LGPD E OS PROCESSOS INDENIZATÓRIOS

WILLIANN RUDOLFO GEORGI:
Advogado formado pela UFSM,
especialista em Direito Tributário pelo
IBET/RS

A LGPD ainda está chegando ao conhecimento das empresas e, antes de qualquer coisa, já começara as notificações judiciais para exclusão de dados de suas bases.

Alguns modelos de notificações extrajudiciais são obtidos no site JusDocs.

Antes mesmo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados começar a atuar de forma plena, o Poder Judiciário já começou a enfrentar demanda envolvendo a proteção de dados.

O que é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados?

Trata-se da autarquia criada pela LGPD para regular o sua implantação e cumprimento.

Ela é a agência governamental responsável pela fiscalização da lei e pela aplicação de multas.

Sua atuação ainda está sendo regulamentada, e pode ser acompanhada pelas consultas públicas disponibilizadas pelo Governo.

Em 30/08/2021, foi aberta uma consulta para analisar a regulação da aplicação da LGPD em microempresas e empresa de pequeno porte.

Como o Poder Judiciário está lidando com as demandas de LGPD?

A principal demanda vista até agora no Poder Judiciário é o pedido de dano moral em razão de vazamento de dados ou pela não exclusão dos dados do usuário do banco das empresas.

Diversos modelos destas ações indenizatórias são disponibilizados no site JusDocs.

É necessário ter cuidado, pois o Poder Judiciário tem apresentado uma interpretação restritiva dos danos morais, exigindo a sua plena comprovação e afastando sua presunção.

Ao mesmo tempo, as quantias antes elevadas estão hoje bem mais comedidas.

Algumas formas de aumentar os danos morais devem ser observadas pelos advogados, com um modelo bem construído de petição inicial e produção de provas.

Os recentes casos envolvendo já estão deixando claro que é preciso comprovar o dano.

Um exemplo interessante ocorreu pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que decidiu por negar os danos morais à autora, embora configurado o vazamento de seus dados pessoais pela ELETROPAULO. Veja a íntegra da decisão.

Em outra decisão, o TJSP decidiu que existe responsabilidade objetiva da empresa pela adequada guarda dos dados dos clientes, condenando-a pagar R\$ 2.000,00 a título de danos morais. A decisão pode ser conferida aqui.

O que é responsabilidade objetiva?

A responsabilidade objetiva, utilizada como fundamento para a condenação pelo TJSP, ocorre quando o dever de indenizar deriva da ocorrência do ato e de sua autoria, não sendo necessário comprovar dolo ou culpa.

Basicamente, seria assim: aconteceu o fato, a empresa é responsável pela indenização.

MÉTODO CONTÁBIL DE APURAÇÃO DE HAVERES DE SOCIEDADE LIMITADA QUANDO NÃO HÁ PREVISÃO NO CONTRATO SOCIAL

GUILHERME RAUEN SILVA JARDIM:

Advogado sócio do escritório Lazzareschi, Hilal, Bolina & Rocha advogados, em São Paulo, com atuação em Direito Civil, Direito do Consumidor, Contratos, Processo Civil, Direito Comercial e Direito Societário. É Pós Graduando em Direito dos Contratos (FGV), É bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em História pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (USP), Licenciado em História pela Faculdade de Educação (USP) e Técnico em Gestão de Comércio Exterior, com ênfase em Administração de Empresas, Fundação Porto Seguro (CVPS).

O presente trabalho visa identificar como se deve apurar os haveres de sócio retirante de sociedade limitada quando o contrato social não disciplina o tema.

Para identificar o método mais adequado, destacaremos as diferenças constitutivas entre o fato jurídico da saída de um sócio do ato jurídico de alienação de participação societária, identificando a relevância de considerar (ou não) o goodwill e a expectativa de lucros futuros no cálculo contábil. Por fim, apresentaremos as distinções entre os modelos de apuração pelo fluxo de caixa descontado (que afere o valor *econômico* da quota) e o método do balanço especial ou de determinação, que calcula o valor *patrimonial* da participação do sócio retirante ou falecido, expondo nossas conclusões e a atual orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Qualquer sociedade pode ser avaliada por duas perspectivas distintas, valor econômico ou patrimonial, podendo-se privilegiar *“a história da sociedade, ou seja, o que ela amalhou, em seu patrimônio, em razão da atividade econômica explorada até o momento da dissolução”* – mensuração do valor patrimonial das quotas ou ações –, ou então avaliar mirando o futuro, procurando *“estimar quanto a sociedade tende a gerar de lucros aos seus sócios num determinado horizonte temporal”*, caso de mensuração do valor

econômico das quotas²⁷.

Em 2015, no julgamento do REsp nº 1.335.619/SP, a 3ª Turma do STJ decidiu que, em caso de dissenso (ou silêncio do contrato social) acerca da modalidade de cálculo da apuração de haveres: (i) *“o balanço de determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa”*; (ii) *“o fluxo de caixa descontado, por representar a metodologia que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa, pode ser aplicado juntamente com o balanço de determinação na apuração de haveres do sócio dissidente”*; e; (iii) *“a saída do dissidente ontologicamente não difere da alienação da participação societária. Vale dizer, também na dissolução parcial há alienação das quotas sociais; a única diferença é que a adquirente é a própria sociedade”*²⁸.

As hipóteses de saída do dissidente e de alienação de participação, no entanto, parecem-nos ontologicamente distintas porque, na alienação, duas partes manifestam a vontade de celebrar um negócio jurídico para aquisição de quotas de uma empresa e aceitam pagar determinado valor de mercado pela participação. Já nos casos de resolução da sociedade em relação a um sócio (= dissolução parcial), há um fato jurídico independente da vontade da sociedade, que se sujeita a reembolsar ao sócio retirante (ou aos seus herdeiros) o valor patrimonial que a ele cabia.

Enquanto o adquirente de quotas, em uma alienação, paga o valor de mercado visando ao lucro futuro que aquele bem irá lhe proporcionar²⁹, a sociedade, ao perder um de seus sócios, nada lucra; ao revés, passa a ter um passivo a pagar. Assim, enquanto na retirada de sócio, a sociedade lhe reembolsa o valor patrimonial das quotas sociais – diminuindo seu próprio patrimônio para adimplir esse débito para com o sócio retirante (ou seus herdeiros) –, no caso de alienação das quotas a um terceiro, nada se altera na sociedade, nem no patrimônio desta, ocorrendo a transferência patrimonial apenas entre o alienante e o adquirente.

Dada essa relevante distinção entre o negócio jurídico da alienação e o fato jurídico da retirada de sócio, reputamos que, em contraposição ao decidido no REsp nº

²⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. A dissolução de sociedades no Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário, vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2018. p. 159-160.

²⁸ STJ, REsp nº 1.335.619/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/05/2015.

²⁹ A pretensão de auferir lucros futuros é evidente no caso da alienação, como salientado por MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS: *“o comprador estará interessado em dimensionar suas possibilidades de ganhos futuros em confronto com a aplicação de seus recursos, indagando qual a melhor alternativa de investimento, se adquirir determinado em preendimento ou carrear-los para outros mais rentáveis”* (Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 26).

1.335.619/SP acima citado, o critério de avaliação das quotas em um caso e noutro deve ser diferente, posição que também é defendida por FÁBIO ULHOA COELHO:

“quando a participação societária é objeto de negociação entre partes racionais e livres, atribuem-lhes os contratantes um preço em montante que tende a se aproximar do valor econômico. Este valor, contudo, não é necessariamente o mais adequado quando a obrigação de pagar pelas quotas ou ações não deriva de negociação racional e livre, visando a assinatura de um contrato de compra e venda; mas sim, de um fato jurídico de natureza não contratual (retirada, exclusão ou morte de sócio na sociedade contratual ou heterotipia institucional). Neste último caso, o melhor critério de avaliação das quotas ou ações é sempre o patrimonial”³⁰.

De fato, as situações são distintas e, na alienação de quotas, é perfeitamente admissível utilizar critérios destinados a aferir o valor econômico da sociedade (que continuará a operar) e o resultado futuro que ela será capaz de gerar. Mas cuidando-se de dissolução parcial de sociedade, reputamos que o valor a ser aferido é o patrimonial da quota, partindo-se do pressuposto de que a avaliação deve ocorrer como se de dissolução total se tratasse, ou seja, como se a sociedade fosse cessar suas atividades, como já decidiu o STF:

“dar-se-á a apuração de haveres do sócio dissidente de maneira que a aproxime do resultado que poderia ele obter com a dissolução total, isto é, com plena verificação física e contábil dos valores do ativo, e atualizados ditos haveres, em seu valor monetário, até a data do pagamento” (REExt. nº 91.044/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Décio Miranda, 08/08/1979).

Segundo o art. 1.031 do Código Civil, *“nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor de sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado”*. Significa dizer que a norma do Código Civil – como também a do art. 606 do Código de Processo Civil³¹ (aplicável apenas na hipótese de inexistir disposição contratual

30 COELHO, Fabio Ulhoa. A dissolução de sociedades no Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário, vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 159-160.

31 Art. 606, CPC/2015: *“em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da*

a respeito) – ordena que se levante um *“balanço de determinação”* no qual cada bem do ativo e cada item do passivo é lançado a valor de mercado, refletindo a situação patrimonial da empresa na data da sua dissolução parcial. Cuida-se, pois, de um balanço especial da sociedade em certa data, não de uma avaliação econômica da empresa na mesma data, para fins de alienação.

Na avaliação de uma sociedade, ao revés, avalia-se o conjunto dos bens, direitos e obrigações, não a sua situação patrimonial no presente, mas o quanto esses mesmos bens, organizados economicamente, são capazes de propiciar no futuro a quem se interessar por adquiri-los para dar continuidade ao negócio.

Os bens da empresa não correspondem a uma reunião díspar e ilógica de coisas e direitos; são bens de produção, individualmente, mas, no todo, são considerados um universo voltado para a produção, organizados com um fim específico que faz crescer certo valor ao valor de cada elemento individualmente considerado. Essa reunião, denominada *“aviamento”* pelo Direito Comercial, pode ser caracterizada como *“o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão de produzir lucros”*³². Também destacando que a soma das partes de uma sociedade não é igual ao valor do todo economicamente organizado, RUBENS REQUIÃO assenta que,

“sendo um fato evidente que a empresa constitui uma atividade organizada contendo vários elementos, ou o estabelecimento comercial vários bens, o valor decorrente desse completo, é maior do que a soma dos elementos isolados. Essa ‘mais valia’ constitui, precisamente, o que o direito denomina de aviamento” ... [ou seja] “a aptidão da empresa de produzir lucros, decorrente da qualidade e da melhor perfeição de sua organização” ³³

Embora evidenciando as divergências existentes mesmo entre os contadores, MASSANORI MONOBE destacou, em 1986, que *“a maioria dos autores, entretanto, concorda atualmente em que o goodwill é um resultando de valor da empresa como um todo, em termos de sua capacidade de geração de lucros futuros, e do valor econômico dos seus*

resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma”.

32 BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 169.

33 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 236-237.

*ativos identificados e contabilizados*³⁴, expectativa de lucros futuros que também é acentuada na definição contábil de *goodwill*, apresentada pelo CPC0435.

Focalizando especificamente a combinação de negócios segundo o conceito de *arm's length*³⁶, SÉRGIO IUDÍCIBUS *et al* destacam que, em combinações de negócios como as operações de aquisição participações societárias, *"é comum o surgimento de um valor pago a mais sobre o valor de patrimônio líquido contábil da ação ou quota da sociedade investida"*, montante extra que resulta da *"diferença entre o valor de mercado de um imobilizado e o seu valor contábil líquido"*³⁷. No mesmo sentido MARTINHO ORNELAS, para quem, *"o goodwill adquirido, como a própria terminologia já indica, corresponde à parte do preço da alienação de determinado negócio, não identificada com os próprios ativos adquiridos, normalmente, materializado sob a figura de um ágio pago e registrado nos livros da sociedade adquirente"*³⁸.

O entendimento de que a combinação de determinado conjunto de ativos em uma atividade produtiva gera uma dinâmica de resultados econômicos diferente daquela existente em cada um dos ativos considerados *per se* levou MASSANORI MONOBE a considerar a existência do que denominou *goodwill sinérgico*³⁹, concluindo que, *"ocorrendo sinergia positiva, o valor da empresa seria sempre maior que a soma dos valores econômicos de todos os ativos utilizados, sem exceção. Assim, se o contador fosse*

34 Contribuição à mensuração e contabilização do goodwill não adquirido. Tese de Doutorado, Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 56.

35 Item nº 11 do CPC 04 (R1): *"o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) reconhecido em uma combinação de negócios é um ativo que representa benefícios econômicos futuros gerados por outros ativos adquiridos em uma combinação de negócios, que não são identificados individualmente e reconhecidos separadamente (...)"*

36 *"princípio que norteia acordos e transações comerciais realizados sob condições de equilíbrio e independência das partes envolvidas, predispostas a negociar com habilidade para barganhar"* (IUDÍCIBUS, Sérgio, *et al*, Manual de Contabilidade Societária, São Paulo, Atlas, 2010, p. 262).

37 Manual de Contabilidade Societária, São Paulo, Atlas, 2010, p. 263. Mas mesmo depois da consideração dessa "mais valia", remanesceria ainda um ativo residual, que recebe a denominação amplamente aceita de goodwill (ou fundo de comércio).

38 Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 135.

39 MAURÍCIO ORNELAS destaca que *"o goodwill formado internamente vai concretizando-se ao longo do tempo, por meio de diversas ações, cujos gastos, quando os há, são geralmente considerados como despesas do período, além do que os registros contábeis tradicionais obedecem ao 'Princípio do custo como base de valor', olvidando o valor econômico dos ativos"*. Daí resulta uma crítica contundente às diferentes opções contábeis das companhias, pois, a depender do reconhecimento do *"goodwill adquirido e não do outro (formado internamente)"*, sociedades semelhantes seriam contabilmente distintas em grave distorção, e *"aquela que tem goodwill formado internamente estaria prejudica em sua análise"* (Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 136).

*onisciente, o goodwill seria atribuível à sinergia da organização, um conceito muito mais útil para avaliação do comportamento da empresa e suas potencialidades*⁴⁰.

De fato,

“a fórmula de cálculo do goodwill leva em conta que é necessário transmitir a seus usuários a visão de que o goodwill ou aviamento corresponde ao efeito sinérgico, ou seja, a avaliação do todo patrimonial pode ser superior à avaliação individual de cada um de seus componentes; corresponde esse efeito à capacidade que a sociedade possui de gerar lucros acima daquele considerado normal; tem, portanto, caráter do algo mais, do plus, do sobrevalor”⁴¹.

O goodwill, portanto, representa uma expectativa de rentabilidade futura⁴², um conjunto de benefícios econômicos efetivamente pagos por alguém na aquisição da participação societária, *“um conjunto de intangíveis não identificáveis no processo de aquisição (inclusive a sinergia de ativos e a capacidade de gestão de novos administradores), para os quais objetivamente não é possível proceder-se a uma contabilização em separado*”⁴³, correspondendo *“à capacidade que determinado patrimônio tem de gerar valor acima do que se possa considerar como normal; constitui-se no sobrevalor ou plus*”⁴⁴.

Justamente em razão de o goodwill ser identificado como a capacidade de geração de lucros futuros, impõe-se verificar qual a forma mais correta de apurar os

40 MONOBE, Massanori. Contribuição à mensuração e contabilização do goodwill não adquirido, p. 61

41 ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 146.

42 No ponto, assenta a doutrina que *“para fixar o valor do fundo de comércio levam em conta o lucro médio apurado pela empresa nos exercícios mais recentes, projetando tal taxa para os exercícios futuros e capitalizando o montante para obter o valor atual da expectativa razoável do lucro futuro. O equivalente jurídico da organização empresarial, do aviamento dos intangíveis da empresa, é assim quantificado e definido como a creditabilidade da empresa. Esta capacidade de obter créditos resulta seja da localização do estabelecimento, seja da qualidade dos seus produtos ou serviços, ou da eficácia da veiculação publicitária; é aquilo capaz de captar, entre os concorrentes igualmente disputando o mesmo mercado, a boa vontade da clientela. É o goodwill do direito anglo-saxão, ou a clientela na versão latina”*, cf. BARBOSA, Denis Borges. Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 19/2003, p. 19-55, Jan-Mar, 2003.

43 IUDÍCIBUS, Sérgio, *et al*, Manual de Contabilidade Societária, São Paulo, Atlas, 2010, p. 263

44 ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 25.

haveres do sócio retirante, se se deve considerar essa projeção ou não, e qual é o método contábil mais adequado para evidenciar o que se procura demonstrar.

Tratando do caso de dissolução total, quando não é apenas um sócio que se retira, mas a própria sociedade que deixa de existir, MARTINHO ORNELAS aponta que *“a descontinuidade voluntária ou por decreto judicial gera procedimento avaliatório específico”*, no qual *“o acervo patrimonial é avaliado por seus valores prováveis de realização”*. Não se trata, portanto, da aferição do valor econômico da sociedade, mas de avaliação patrimonial aferido conforme o *fair value*, ou seja, o valor de mercado. De fato, tratando-se de dissolução total de sociedade, deve-se abandonar o princípio do custo como base de valor para proceder à avaliação do acervo patrimonial pelos valores de saída, mais especificamente pelos valores prováveis de realização: *“procedemos ao inventário e balanço dos ativos e passivos pertencentes à sociedade dissolvenda. Formamos o balanço de liquidação”*⁴⁵, no qual *“devem ser consignados, apenas, os ativos e passivos suscetíveis de realização monetária, em processo de liquidação ordenada”*⁴⁶.

A mesma opinião é compartilhada por FÁBIO ULHOA COELHO, para quem,

*“no balanço de determinação, além da atualização dos fatos contábeis verificados entre a data do encerramento do último exercício e a data do seu levantamento, alteram-se os critérios de avaliação e apropriação dos bens do ativo e passivo, de sorte a contabilizá-los a valor de saída ('valor de mercado'). O balanço de determinação é, bem vistas as coisas, um instrumento contábil desenvolvido exclusivamente para atender à jurisprudência dominante sobre apuração de haveres.”*⁴⁷

Dissolução total é liquidação, procedimento no qual não se pode falar em goodwill ou aviamento, pois o fundo de comércio é extinto: a sinergia da universalidade de bens esvai-se, *“não há futuro a ser considerado e, conseqüentemente, não haveria goodwill ou aviamento a ser mensurado”*; *“esse sobrevalor, sob a óptica contábil, somente pode ser objeto de mensuração, quando em continuidade a sociedade”*⁴⁸.

45 ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 62

46 idem, p. 64

47 COELHO, Fabio Ulhoa. O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. In: Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 59-60.

48 ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 109

Em suma, no caso de dissolução total, *“não há materialização do valor do aviamento ou do goodwill nem para os sócios remanescentes nem para a sociedade, dado que aqueles valores não existem de forma autônoma”*⁴⁹.

E porque, conforme já decidiu o STJ em 2009, *“a apuração de haveres de sócio que se retira da sociedade não pode levar em consideração o sucesso ou o fracasso do empreendimento, por causas posteriores à sua retirada”*⁵⁰, é descabido avaliar o fundo de comércio a partir de critério que tem como base a projeção de resultados para o futuro, e isso mesmo para os casos de dissolução parcial.

Permitir, ao revés, que os haveres do sócio que exercer o direito de retirada sejam calculados da mesma forma que em uma compra e venda de participação societária – pelo método do fluxo de caixa descontado – seria lhe conferir direito a uma opção de venda a qualquer tempo. Assim, ao sócio que quisesse se desfazer de sua participação, bastaria, a qualquer tempo, exercer o direito de retirada para, à custa da sociedade e em detrimento dos sócios fiantes, receber o preço (valor econômico) dessas quotas, isentando-o dos riscos da continuidade do negócio pela retirada da álea do sucesso ou insucesso da entidade:

*“não parece razoável entender que se está diante de uma situação análoga à da alienação da participação do sócio retirante. Se fosse o caso, estar-se-ia consagrando um evento de liquidez da participação societária, como um substituto de um mecanismo de saída não fornecido pelo mercado. Uma verdadeira opção de venda do sócio contra a sociedade, ‘a preço de mercado’”*⁵¹.

E pior, admitir-se-ia o pagamento, ao sócio retirante, em bases contingentes e meramente projetadas para o futuro⁵², salientando WILSON HOOG que

49 TRINDADE, Marcelo Fernandez; TANNOUS, Thiago Saddi. O art. 1.031 do Código Civil e a sua interpretação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário, vol. II, São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 505.

50 AgRg no REsp nº 995.475/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17/3/2009.

51 MENDES, Rodrigo Otávio Broglia. Apuração de haveres na retirada do sócio e fundo de comércio (aviamento). In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 664.

52 MATINHO ORNELAS relembra que *“a questão que se põe quanto aos resultados econômicos futuros é a de que se trata de uma estimativa, já que apenas são esperados, ou seja, trata-se de uma expectativa diagnosticada com base em determinados parâmetros adotados por quem elabora a estimativa. Consequentemente, resulta de uma análise subjetiva”*, cf. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 34.

“o fluxo de caixa descontado avalia o negócio em si (...) não na data do reembolso aos sócios, mas sim em data futura, pois está lastreado em eventos futuros, que pode ser uma projeção de caixa para 5 ou 10 anos trazidos a valor presente, por uma taxa de desconto, mais um valor residual a título de perpetuidade, logo, não se trata de um justo valor ou justa base referencial para um reembolso ao acionista que se desliga, e sim de uma expectativa, quiçá, uma especulação, ou premonição de um resultado que não é o presente, e sim um futuro presumido pela via da premonição, desde que várias hipóteses venham a ocorrer no futuro”⁵³.

Conclui-se, portanto, que caso a lei prescrevesse que o reembolso do sócio retirante deveria ser calculado com base em um valor potencial de venda da empresa, possivelmente estaria criando *“um estímulo para que os demais sócios optassem pela dissolução da sociedade, como lhes faculta o parágrafo único do art. 1.029 [do Código Civil]. Além disso, o sócio que se retirasse e tivesse o valor de reembolso calculado com base nas expectativas de rentabilidade futura da sociedade receberia o valor correspondente às suas quotas imediatamente, como se estivesse isento dos riscos futuros inerentes à atividade social”*⁵⁴.

A respeito dos perigos e do desvirtuamento que um posicionamento como esse geraria, a doutrina de FÁBIO ULHOA COELHO é bastante elucidativa:

“A avaliação das quotas pelo valor econômico, no momento da dissolução parcial da sociedade, não é o mais apropriado, por conduzir a distorções irremediáveis nos fundamentos econômicos da própria figura do investimento em atividade econômica. Explico. Como o valor econômico tenta captar o quanto os sócios lucrarão com a sociedade no futuro, fixado determinado prazo para o cálculo, o pagamento do reembolso a partir desse critério implicaria a estranha noção de alguém que lucra com determinada empresa sem correr risco nenhum.

Se a sociedade fica obrigada a pagar àquele que a deixa o mesmo

53 HOOG, Wilson Alberto Zappa. Balanço especial ou determinação para apuração de haveres e reembolso de ações. Curitiba, Juruá, 2017, p. 64.

54 TRINDADE, Marcelo Fernandez; TANNOUS, Thiago Saddi. O art. 1.031 do Código Civil e a sua interpretação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 503.

valor que receberia caso não a deixasse, o lucro em investimento empresarial passa a não depender mais do risco, e isto é uma distorção profunda no conceito. Se lucro é o retorno da disposição de alguém em assumir certo risco, ele não pode desvincular-se dos reveses que o risco empresarial embute. E tal desvinculação é inevitável se à sociedade for imposta a obrigação de pagar o que ela tende a gerar de lucro a quem, por não fazer mais parte dela, encontra-se a salvo de qualquer prejuízo derivado dos riscos empresariais. O valor patrimonial, assim, e não o econômico, é o critério mais ajustado à avaliação das quotas da sociedade limitada, quando se trata de apurar haveres de sócio retirante, excluído ou dos sucessores do falecido”⁵⁵

Se fosse o caso de, ao contrário do aqui sustentado, permitir a apuração dos haveres pelo valor de avaliação econômica da sociedade, dever-se-ia utilizar não o balanço especial de determinação, mas o fluxo de caixa descontado, procedimento no qual os resultados passados são projetados para o futuro, apurando-se a capacidade da sociedade de gerar riqueza, quantificando, de forma justa e correta, o valor do fundo de comércio.

Nessa forma de avaliação, não interessa diretamente o valor dos ativos e passivos da sociedade (ou o seu valor patrimonial), mas apenas a riqueza, a renda, o caixa que este conjunto de bens pode produzir em determinado período de tempo no futuro e, como bem explicam ERASMO VALLADÃO NOVAES E FRANÇA e MARCELO ADAMEK, o critério do fluxo de caixa descontado *“avalia indiretamente todos os ativos, inclusive os intangíveis, desde que sejam operacionais (...), justamente na medida em que os ativos operacionais influem ou repercutem na capacidade que a empresa tem de gerar fluxos de caixa positivos”*⁵⁶.

Sendo assim, avaliar parte dos ativos intangíveis por critério que, indiretamente, já considerou o valor destes e dos demais ativos operacionais, significaria verdadeiro *bis in idem*, na medida em que há dupla valoração dos ativos: diretamente, avaliando-se os bens individualmente a valor de mercado e, indiretamente, pelo método do fluxo de caixa descontado, avaliando-os como conjunto de bens capazes de gerar riqueza em determinado período de tempo futuro – o que não se pode admitir para os casos de dissolução parcial da sociedade, salvo sob pena de enriquecimento sem causa. De fato,

⁵⁵ A dissolução de sociedades no Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário, vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 159-160.

⁵⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Novaes e; ADAMEK, Marcelo. Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015, São Paulo, Malheiros, 2016. p. 71.

segundo MASSANORI MONOBE, *“ao se avaliar os ativos pelo seu valor econômico máximo, eles trarão embutidos o valor do goodwill da empresa que, até prova em contrário, constitui-se em um ativo distinto e como tal merece registro em separado”*⁵⁷.

Tendo em vista que os haveres devem ser apurados como se de dissolução total se tratasse, o herdeiro do sócio retirante ou falecido não deve receber nem mais nem menos do que receberia em caso de dissolução total, sob pena de se beneficiá-lo em detrimento dos sócios remanescentes, ou vice-versa. 58.

Frise-se, no entanto, que as conclusões aqui expostas não são unânimes entre a doutrina comercialista e contábil, sendo possível identificar o entendimento de GONÇALVES NETO, para quem deve-se incluir o fundo de comércio nos haveres e, conseqüentemente, no balanço especial, conforme a justificativa de que:

*“Deixar de conceder essa verba ao sócio que falece, retira-se da sociedade ou dela é excluído, implicaria referendar o enriquecimento da sociedade e dos sócios remanescentes às custas do empobrecimento daquele que também contribuiu com sua quota e participação para a formação desse fundo, que, muitas vezes, possui valor econômico superior ao dos demais bens corpóreos que, como ele, integram o patrimônio social”*⁵⁹.

Temos por certo, no entanto, que o fluxo de caixa descontado não deve ser aplicado para a apuração de haveres na dissolução parcial⁶⁰ e a conclusão de que o sócio que se retira (ou seus herdeiros) não têm direito ao que a sociedade poderá vir a lucrar no

57 Contribuição à mensuração e contabilização do goodwill não adquirido. Tese de Doutorado, Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 81.

58 No mesmo sentido a inquietação de PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, para quem *“a dissolução parcial é deferida ao sócio como sucedâneo da pleiteada – mas inconveniente – dissolução total. Ora, se a demandada dissolução total não propicia ao sócio o pagamento de qualquer quantia a título de fundo de comércio, por que deferi-la quando da concessão da dissolução parcial? Em suma, ao sócio que pede a dissolução total e que sabe não fazer jus ao intangível, por que cogitar de seu recebimento na dissolução parcial?”* (Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio. São Paulo, Atlas, 2012, p. 200).

59 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa - Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 255.

60 No mesmo sentido a doutrina de FERNANDO SACCO NETO, para quem *“a opção do legislador pelo valor patrimonial – na hipótese de omissão do contrato social –, além de manter-se sintonizada com o art. 1.031 do CC, é a mais acertada na medida em que a apuração de haveres – e conseqüentemente obrigação de pagamento das cotas – não decorre de ato de livre iniciativa de ambas as partes, e sim por força de fato jurídico consistente na exclusão, retirada ou falecimento de sócio”* (Da ação de dissolução parcial de sociedade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo, RT, 2015, p. 1512).

futuro já foi adotada pelo STJ em momento anterior ao já citado e criticado REsp nº 1.335.619/SP, tendo essas inquietações constado do voto vencido nesse julgado, proferido pelo Min. Villas Bôas Cueva⁶¹.

O tema foi finalmente revisitado pela 3ª Turma do STJ no recente REsp nº 1.877.331/SP, cujo julgamento foi finalizado em 14/05/2021 e, dessa vez, o voto do Min. Villa Bôas Cueva sagrou-se vencedor, constando do voto algumas de nossas conclusões, em especial as abaixo coladas:

“a metodologia de fluxo de caixa descontado está associada à aferição do valor econômico com objetivo de orientar negociações, mensurando o quanto seria racional alguém pagar para se tornar seu titular

(...)

Ora, da análise dos precedentes acerca do tema, constata-se sempre presente a preocupação de que o valor da quota do sócio retirante corresponda ao mais próximo possível do real valor dos ativos da sociedade, de modo a refletir o seu valor patrimonial real.

Para tanto não se presta a avaliação, com base no valor econômico, feita por modelos como o de fluxo de caixa descontado, destinado a nortear negociações ou investimentos, porquanto comporta, como visto, relevante grau de incerteza e prognose, sem total fidelidade aos valores reais dos ativos.

(...)

Comprador e vendedor fazem, na verdade, uma aposta de que determinada sociedade continuará a se comportar de certa maneira

⁶¹ Na ementa do REsp 958116/PR, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE 6/3/2013 consta: *“Deve-se fazer o levantamento do patrimônio da sociedade por meio de balanço patrimonial confeccionado com tal finalidade – se outra hipótese não estiver prevista no estatuto social – apurando-se o que caberia a cada sócio se a sociedade fosse extinta, o que difere da avaliação para alienação, situação em que se mensuram expectativas de resultados futuros”*. Na ocasião, manifestou-se o Min. Villas Bôas Cueva que o valor da quota do sócio retirante deve corresponder *“o mais próximo possível ao real valor dos ativos da sociedade, de modo a refletir o seu valor patrimonial real. Para tanto não se presta a avaliação, com base no valor econômico, feita por modelos como o de fluxo de caixa descontado, destinado a nortear negociações ou investimentos, porquanto comporta, como visto, relevante grau de incerteza e prognose, sem total fidelidade aos valores reais dos ativos”*.

no futuro, com certa rentabilidade, estável ou crescente, tudo baseado em avaliações de especialistas, por vezes discrepantes quanto ao desempenho futuro da empresa e do setor. A álea, portanto, é parte essencial do negócio que se resolve graças à bilateralidade e ao acordo de vontades.

Na determinação do preço a pagar ao sócio retirante, por outro lado, só haverá encontro de vontades se estipulada cláusula contratual prevendo o cálculo na respectiva apuração de haveres. Caso contrário, ocorrerá imposição de valor, que deve ser, por força da lei, da doutrina e da jurisprudência, o mais próximo possível do real, ou seja, sem elementos arbitrários como as prognoses acerca de eventos futuros e incertos (faturamento e lucratividade futuros, taxa de juros utilizada no desconto, etc.).

Essa incerteza - que advém de fatores macroeconômicos (taxa de crescimento do PIB, taxa de juros, taxa de desemprego), jurídicos (normas regulatórias e normas que criem ou ampliem incidências tributárias) e também internos (a própria gestão da empresa) - torna, a meu ver, a metodologia do fluxo de caixa descontado desaconselhável na apuração de haveres do sócio dissidente.

Nesse sentido, vale citar a mais recente doutrina, produzida já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, a corroborar que o critério legal patrimonial) continua sendo o mais acertado, ao passo que o econômico (do qual deflui a metodologia do fluxo de caixa descontado), além de inadequado para o contexto da apuração de haveres, pode ensejar consequências perniciosas, tais como (i) desestímulo ao cumprimento dos deveres dos sócios minoritários; (ii) incentivo ao exercício do direito de retirada, em prejuízo da estabilidade das empresas, e (iii) enriquecimento indevido do sócio desligado em detrimento daqueles que permanecem na sociedade.

(...)

Logo, o método amplamente indicado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, na verificação da apuração de haveres dos sócios é o do valor patrimonial com base no balanço de determinação

(...)

Acrescente-se, por fim, que, segundo os precisos comentários da doutrina, a expressão legal "*bens intangíveis*" (artigo 606, *caput*, do CPC/2015) não comporta o aviamento, que consiste na subjetiva capacidade do estabelecimento gerar lucros futuros, o que reforça o entendimento adotado pelo Tribunal local no sentido de excluir as expectativas futuras do cálculo do valor do fundo de comércio".

Contra o acórdão acima, foram interpostos os embargos de divergência ainda não julgados, indicativo de que o tema em breve será definitivamente uniformizado pelo STJ. Aguardemos.

De toda forma, pelo que foi exposto, conclui-se que o balanço de determinação especialmente levantado para a apuração de haveres no caso de dissolução parcial de sociedade limitada quando o contrato social é silente somente pode levar em consideração a situação da sociedade naquela ocasião, eliminando-se do cálculo toda e qualquer expectativa de lucros ou prejuízos futuros. Isso significa que não se pode proceder ao cálculo do "sobrevvalor" do fundo de comércio em função da expectativa de lucros futuros (goodwill) – verdadeiro pressuposto do método do fluxo de caixa descontado.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA UTILIZADA EM FAVOR DA SOCIEDADE EMPRESARIAL

RHUAN CARLOS DUARTE MARTINS

Advogado; graduado em Direito no Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC; especialista em Direito Tributário e Gestão Empresarial na Fundação Getúlio Vargas.

RESUMO: No cenário empresarial, a desconsideração da personalidade jurídica é um importante integrante na formação da relação descontinuada, apta a evidenciar empreitadas societárias as quais tem o condão de surrupiar da sociedade a sua segurança jurídica em negociar e estabelecer vínculos obrigacionais entre pessoas físicas, pessoas jurídicas e as repercussões em direito que delas advir. Nessa perspectiva, esse descortinamento deve ser observado com acuidade, haja vista a sua má utilização pode acabar por ferir configurações legítimas. O vertente trabalho científico evidenciou esse aspecto impetuoso do profissional do direito em levar a juízo demanda que vise ruir uma legítima relação, destituindo os sócios indevidamente de seu patrimônio com a finalidade de se garantir uma execução frustrada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil, Direito Processual Civil, Desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT In the business scenario, the disregard of the legal personality is an important element in the formation of the discontinued relationship, able to highlight corporate undertakings as which have the power to rob the company of its legal security in negotiating and entreabelicerigerig as repercussions on the law arising from them. From this perspective, this unveiling must be carefully observed, given that its misuse can end up hurting legitimate settings. The scientific work aspect evidenced this impetuous aspect of the legal professional in taking a requested court that seeks to collapse a legitimate relationship, unduly depriving the partners of their assets with a technician to ensure a frustrated execution.

KEYWORDS: Civil Law, Civil Procedural Law, Disregard doctrine.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da insubsistência do pedido de desconsideração da personalidade jurídica. **3. Da afetação indevida ao patrimônio dos sócios.** 4. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Reclamante requereu ao juízo por meio da petição “Id xxxxx” a desconsideração da personalidade jurídica em razão do insucesso da execução.

A frase inicial é uma solução prática cada vez mais comum nas decisões judiciais, especialmente em decisões judiciais, cujo foco se ajusta neste trabalho.

Improvável que nos dias de hoje, diante da inadimplência trabalhista, por exemplo, não se imponha aos sócios das pessoas jurídicas empregadoras os custos da condenação. É adequado? Há vários posicionamentos a serem considerados, especialmente aqueles tendentes a sobrelevar valores constitucionais a exemplo do direito ao salário frente o direito ao lucro, privilegiando nesta relação o trabalhador em detrimento do empresário. Por outro lado, há quem defenda o primado empresarial da separação patrimonial entre sócios e empresa.

Esta manifestação acadêmica, sem pretender esgotar o relevante tema, visará conceituar os institutos adjacentes à matéria processual e trazer o posicionamento pessoal do autor corroborado pela abalizada doutrina e jurisprudência.

Visará demonstrar que a abertura de um incidente processual em face dos sócios de uma pessoa jurídica Reclamada é medida juridicamente inapropriada quando destituída dos requisitos impostos pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, Lei nº 13.874, 20 de setembro de 2019, que alterou o artigo 50, do Código Civil.

2. DA INSUBSISTÊNCIA DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes mesmo de ingressar na matéria de direito do instituto trazido à baila, vê-se que é necessário apresentar fatos que corroborem que as atividades empresariais foram desempenhadas com os predicados do abuso da personalidade jurídica (má-fé no âmbito empresarial e trabalhista), caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Sem estar, pelo menos, minimamente demonstrado, evidenciaria a utilização de um importante instituto jurídico como medida executiva desproporcional, que não satisfaz aos próprios fins colimados pela lei.

Ora, a desconsideração da personalidade jurídica visa, sobretudo, descortinar o véu ilegal da constituição de uma empresa e afetar-lhe quanto aos sócios porque o ordenamento jurídico fora violado, e não porque não fora satisfatória uma execução.

62 BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado**

De acordo com a doutrina do empresalista SANTA CRUZ⁶³:

“O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, consagrado no art. 1.024 do Código Civil, constitui uma importantíssima ferramenta jurídica de incentivo ao empreendedorismo, na medida em que consagra a limitação de responsabilidade – a depender do tipo societário adotado – e, conseqüentemente, atua como importante redutor do risco empresarial.

[...]

Essa ideia de que a desconsideração da personalidade jurídica só deve ser decretada quando houver a caracterização do abuso de personalidade jurídica é, pois, a noção que representa o ideal originário da *disregard doctrine*. Com efeito, somente nos casos de *abuso de personalidade jurídica* deve ser admitida a desconsideração. Tradicionalmente, esse abuso de personalidade jurídica que admite a sua desconsideração só se caracterizava quando houvesse a prova efetiva da fraude, ou seja, da atuação dolosa, maliciosa, desonesta dos sócios em detrimento dos credores da sociedade. Adotava-se, pois, uma **concepção subjetivista** da *disregard doctrine*, que exigia a prova da fraude como elemento imprescindível à sua aplicação, isto é, era imprescindível a demonstração inequívoca de uma intenção (elemento subjetivo) de prejudicar credores. Hodiernamente, todavia, tem-se tentado estabelecer critérios mais seguros para a aplicação da teoria da desconsideração, sem que seja necessária a prova da fraude, ou seja, sem que seja preciso demonstrar a intenção de usar a pessoa jurídica de forma fraudulenta. Adota-se, pois, uma **concepção objetivista** da *disregard doctrine*, segundo a qual a caracterização do abuso de personalidade pode ser verificada por meio da **análise de dados estritamente objetivos, como o desvio de finalidade e a confusão patrimonial**.

Ainda deve privilegiar a autonomia empresarial como instituto a ser restritivamente interpretado sob pena de infringir normas comerciais conhecidas internacionalmente e na

63 SANTA CRUZ, André. **DIREITO EMPRESARIAL**: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: 2019.

legislação de regência; e aqui refira-se especificamente ao princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, consagrado no art. 1.024, do Código Civil⁶⁴:

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Nos dizeres do art. 49-A, do Código Civil⁶⁵, introduzido pela Lei de Liberdade Econômica, esse citado princípio alçou a condição de regra jurídica ao normatizar a distinção legítima e assim querida pela lei da pessoa jurídica dos seus sócios que a compõe:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Reforça-se, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não é medida executiva propriamente dita, mas instrumento de realização da função social das empresas.

E conforme já restou assentado pela jurisprudência nacional, tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, interpretação que melhor se coaduna com o art. 50, do Código Civil é a que rege sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido mero instrumento para fins fraudulentos por aqueles que a idealizaram, valendo-se dela para encobrir os ilícitos que propugnam seus sócios ou administradores (STJ, Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Especial 1.306.553/SC, 2.^a Seção, j. 10.12.2014, DJe 12.12.2014)⁶⁶:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.306.553-SC (2013/0022044-4) Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Embargante: Comércio de Carnes Vale Verde Ltda e outros
Advogado: Robson Tibúrcio Minotto

64 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro.**

65 *Idem*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro.**

66 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.306.553/SC.

Embargado: Frigorífico Rost S/A Advogado: Carlos Alberto de Assis Goes e outro(s)

EMENTA

Embargos de divergência. Artigo 50, do CC. Desconsideração da personalidade jurídica. Requisitos. Encerramento das atividades ou dissolução irregulares da sociedade. Insuficiência. Desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Dolo. Necessidade. Interpretação restritiva. Acolhimento.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas.

Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

3. Embargos de divergência acolhidos [grifos nossos].

Entendimento diverso conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica.

Por relevante, mister também refletir sobre a aplicação da Teoria *Ultra vires* no direito brasileiro, aquela que, acolhida pelo art. 1.015, do Código Civil⁶⁷, ensina que os deveres dos sócios (especialmente os administradores) faltosos com as obrigações sociais só responderam se essa falta, à título de culpa, for extravagante ao objeto do contrato

67 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro.**

social, ensejando a nulidade em relação a pessoa jurídica daqueles atos jurídicos ora praticados (sejam trabalhistas, civis, ambientais, consumeiristas etc).

Vale a citação do mencionado dispositivo:

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II - provando-se que era conhecida do terceiro;

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Isto é, interpretando o dispositivo civilista, pela teoria da *ultra vires* a sociedade não responderá por atos de seus sócios quando extrapolam os limites do estatuto ou do contrato social, situação de dependência probatória.

É necessário enveredar-se nesse debate em juízo e não reter a discussão no plano hipotético e acadêmico, dada a legitimidade das atividades da pessoa jurídica alinhada ao plano de desenvolvimento econômico que exercia naquele momento. Impossível haver por bem julgar procedente demanda que pleiteie o vertente incidente que se infirma contra os sócios que compõem a pessoa jurídica sem um juízo de cognição exauriente.

Não sendo o caso uma das hipóteses alhures descritas, resta a isenção de responsabilidade com fulcro nos artigos 50 e 1.016, ambos do Código Civil, isto é, os sócios não deverão responder por atos legítimos da sociedade objurgada se:

- Não agiram com excesso ao contrato social;
- Não era uma atividade desconhecida por terceiros;
- Não atuaram com desvio de finalidade dos negócios preponderantes da sociedade;

- Não houve qualquer abuso do direito da personalidade jurídica; e
- Não houve benefício aos sócios decorrente de atos ilícitos.

Destarte, é de suma importância a categórica análise da demanda a qual deverá, por estes motivos, ser julgada improcedente quanto à desconsideração da personalidade jurídica que vise alcançar qualquer dos sócios, sejam eles os atuais ou os retirantes, pois se não há requisitos legais que sustente a operação processual, não há superação irresponsabilidade limitada de tais integrantes.

3.DA AFETAÇÃO INDEVIDA AO PATRIMÔNIO DOS SÓCIOS

Considerando a desconsideração como medida extrema e restritiva, se cabível fosse no caso a ser analisado em Juízo, cominaria suas consequências apenas em face do sócio beneficiado pelo abuso do direito, conforme preconiza o art. 50, do Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

(...)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

E retoma-se aqui a ideia da cognição exauriente, pois se nem menos fora ilustrado e singularizado pela petição do interessado na desconstituição pontual qual dos sócios fora o supostamente beneficiado, impossível determinar qual deles é o responsável legal, diga-se, o destinatário da desconsideração da personalidade jurídica, pois não haveria possibilidade de se analisar faticamente o contexto da situação, já que foi suprimido o princípio da verificação das provas e o necessário e robusto contraditório para que o Juízo pudesse determinar com segurança jurídica a excepcional medida.

Não há, pois, que se iniciar um drástico procedimento sem provas ou elementos mínimos capazes de deflagrá-lo.

Nesse sentido, imprudente e desprendida de boa técnica jurídica (além de ser uma conduta que não prima pelo princípio da cooperação assentado no art. 6º, do Código de Processo Civil⁶⁸) será a atitude que do advogado que arrolar todo histórico societário como pessoas físicas a serem afetadas pela medida, até mesmo aquelas não mais presentes nos quadros sociais da pessoa jurídica ao tempo da inicial ou flagrantemente superado pela prescrição.

4. CONCLUSÃO

A matéria em comento é de sua importância para salvaguardar os direitos das pessoas lesadas por sócios que se utilizam das pessoas jurídicas que integram para lesar o trabalhador, consumidor, meio ambiente e toda e qualquer espécie de relação jurídica obrigacional.

Importante e eficaz instrumento que auxilia o Juízo na concretude de suas decisões. Todavia, o uso imoderado acaba funcionando com subterfúgio para o operador do direito alcançar seu intento por vias transversas. Se as regras do jogo são a lei, a sua manipulação verificada em concreto com alargadas e abstratas interpretações lesarão substancialmente o ato jurídico perfeito e a segurança jurídica.

Destarte, cumpre ao Judiciário, como última trincheira da imprudência da sociedade, se autoconter em situações pouco fundamentadas ou provadas, determinando uma concisa fase contraditória, muito mais profunda que a mera instalação desta fase dialética.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro;**

68 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.**

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado.**

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.306.553/SC.

SANTA CRUZ, André. **DIREITO EMPRESARIAL:** volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: 2019.

DIVÓRCIO E AS DEMAIS OPÇÕES JURÍDICAS AO FIM DO MATRIMÔNIO

WILLIANN RUDOLFO GEORGI:
Advogado formado pela UFSM,
especialista em Direito Tributário pelo
IBET/RS

A pandemia acabou com meu casamento...

Acho que você já ouviu essa frase nos últimos meses, não?

O número de divórcios extrajudiciais aumentou 26,9% até maio/2021. Em 2020, o número de divórcios aumentou em 65,8% em relação a 2010.

É uma estatística bastante complicada de ser analisada, então vamos por partes.

O que é um divórcio extrajudicial?

O divórcio extrajudicial, feito em cartório, pode ser feito por escritura pública, quando há consenso entre as partes sobre a partilha de bens, pagamento de pensão (alimentos), etc., e quando não há filhos menores de idade.

No site [JusDocs](#) você encontra diversos modelos de pedido de [divórcio extrajudicial](#).

Quando é o caso de divórcio?

Apenas quem é casado pode pedir o divórcio.

No caso de união estável, deve ser solicitado o pedido de dissolução de união estável.

O que é União Estável?

A união estável é uma forma de convivência, onde duas pessoas convivem com ânimo de casamento, porém não formalizam o casamento civil.

Esta modalidade já vinha sendo reconhecida na Justiça, como no caso do

Em 2002, o [Código Civil](#) conferiu a plena legalidade da união estável, expressamente prevendo sua ocorrência ao Art. 1.723.

O reconhecimento da união estável pode ocorrer de forma judicial, ou extrajudicial, em cartório.

Modelos do pedido judicial de reconhecimento de união estável, e também do pedido extrajudicial, você encontra no site [JusDocs](#).

Namoro é União Estável?

Sim e não.

A lei não traz exatamente um tempo ou forma, podendo variar de caso a caso.

O STJ já decidiu que o tempo de namoro é um fator a ser considerado, porém não é o único, conforme [REsp 1761887/MS](#).

O importante é existir a **intenção de viver maritalmente**.

Pode haver união estável entre pessoas do mesmo sexo?

Sem dúvidas.

Embora o [Código Civil](#) mencione *homem* e *mulher*, o STF já decidiu que a união estável pode ocorrer entre pessoas do mesmo gênero, ao julgar a [ADIN 4.277](#).

Amante pode ter a união estável reconhecida?

Este tema é polêmico.

Porém, recentemente o STF entendeu que **não**.

Ao julgar o [RE397762/BA](#), a Corte Suprema decidiu que amante não é companheira, eis que se trata de uma relação em tese proibida pelo direito brasileiro – sendo encarado como poligamia.

Nesta linha, o STF decidiu que não pode haver o reconhecimento de dois casamentos ou uniões estáveis ao mesmo tempo, conforme [RE 1045273/SE](#), julgado no final de 2020.

INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO, FURTO ELETRÔNICO, ESTELIONATO ELETRÔNICO E COMPETÊNCIA – LEI 14.155/21

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia aposentado, Parecerista e Consultor Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo tecer os primeiros comentários acerca da Lei 14.155/21 que promoveu alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal Brasileiros.

Seguindo a ordem topográfica do Código Penal e da Lei 14.155/21, serão abordadas as modificações levadas a efeito no crime de Invasão de Dispositivo Informático, no crime de Furto, com a criação de nova qualificadora do chamado “Furto Eletrônico Mediante Fraude”, no crime de Estelionato, relativamente à nova forma qualificada do “Estelionato Eletrônico” ou “Fraude Eletrônica” e, finalmente, com relação à alteração promovida no Código de Processo Penal a respeito da competência para processo e julgamento de crimes de estelionato perpetrados mediante depósitos, emissão de cheques sem fundos ou com pagamento frustrado e mediante transferências de valores.

2 – A NOVA REDAÇÃO DO CRIME DE “INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO” (ARTIGO 154 – A, CP)

A respeito do crime de “Invasão de Dispositivo Informático” já se havia comentado sobre seus contornos, quando da edição da Lei 12.737/12, 69 restando ajustar tais comentários antecedentes à atual redação dada pela Lei 14.155/21:

69 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Novo Crime de Invasão de Dispositivo Informático. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico> , acesso em 27.07.2021. Publicado originalmente em 04.02.2013.

2.1 - CONCEITO

A Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012 trouxe para o ordenamento jurídico – penal brasileiro o crime de “Invasão de Dispositivo Informático”, *então* consistente na conduta de “invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”.

Agora vem a lume a Lei 14.155/21 que altera sensivelmente a descrição típica, nos seguintes termos: “invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”.

A pena prevista para o crime simples (há forma qualificada e aumentos de pena) era originalmente de detenção de 3 meses a um ano e multa, agora, com o advento da Lei 14.155/21 passa a pena a ser de “reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, ocorrendo um considerável incremento punitivo.

É interessante notar que a lei original (Lei 12.737/12) sob comento acabou ganhando o epíteto de “Lei Carolina Dieckmann”, atriz da Rede Globo de televisão que foi vítima de invasão indevida de imagens contidas em sistema informático de natureza privada e cujo episódio acabou acelerando o andamento de projetos que já tramitavam com o fito de regulamentar essas práticas invasivas perpetradas em meios informáticos para modernização do Código Penal Brasileiro. Antes disso, era necessário tentar tipificar as condutas nos crimes já existentes, nem sempre de forma perfeita. A questão, sob esse ponto de vista, foi então solucionada pela Lei 12.737/12, que agora se pretende aperfeiçoar por meio da Lei 14.155/21.

2.2 - BEM JURÍDICO

O bem jurídico tutelado é a liberdade individual, eis que o tipo penal está exatamente inserido no capítulo que regula os crimes contra a liberdade individual (artigos 146 – 154, CP), em sua Seção IV – Dos Crimes contra a inviolabilidade dos Segredos (artigos 153 a 154 – B, CP). Pode-se afirmar também que é tutelada a privacidade das pessoas (intimidade e vida privada), bem jurídico albergado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, X.

Percebe-se, portanto, que a tutela é individual, envolvendo os interesses das pessoas (físicas e/ou jurídicas) implicadas, nada tendo a ver com a proteção à rede mundial de computadores e seu regular funcionamento.

Há muito que se discute sobre a necessidade ou não de erigir normas penais especiais relativas aos delitos informáticos. Seria isso mesmo necessário ou o recurso aos tipos penais tradicionais seria suficiente? Entende-se que o fenômeno informático está a exigir regulamentação especial devido às suas características que divergem de tudo quanto sempre foi usual. Isso se faz sentir claramente em outros ramos do direito como na área civil, processual, comercial, consumerista, trabalhista, cartorial etc. Por que seria diferente na seara penal?

Agiu, portanto, com correção o legislador ao criar o tipo penal ora em estudo, especialmente considerando o fato de que há tutela de bem jurídico constitucionalmente previsto, como já se explicitou acima. Seguir em seu aperfeiçoamento por intermédio da Lei 14.155/21, inobstante eventuais equívocos, é também uma atitude louvável do legislador, ao menos em sua intenção de melhorar as normativas existentes sobre o tema.

2.3 - SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

O crime é comum, de modo que pode ser sujeito ativo qualquer pessoa. O mesmo se pode dizer com relação ao sujeito passivo. O funcionário público também pode ser sujeito ativo dessa infração, mas a lei não prevê nenhuma causa de aumento de pena. Pode-se recorrer nesse caso às agravantes genéricas previstas no artigo 61, II, "f" ou "g", CP, a depender do caso. Também pode ser sujeito passivo a pessoa jurídica. É óbvio que as pessoas jurídicas também podem ter dados ou informações sigilosas abrigados em dispositivos informáticos ligados ou não à rede mundial de computadores, os quais podem ser devassados, adulterados, alterados ou destruídos à revelia da empresa ou do órgão responsável. Isso se torna mais que patente quando se constata previsão de qualificadora para a violação de segredos comerciais ou industriais e informações sigilosas definidas em lei (artigo 154 – A, § 3º., CP), o que deixa claro que podem ser vítimas pessoas jurídicas de direito privado ou público. Entende-se que melhor andaria o legislador se houvesse previsto um aumento de pena para a atuação do funcionário público no exercício das funções, bem como para os casos de violação de dados ou informações ligados a órgãos públicos em geral (administração direta ou indireta), embora em algumas situações tal lacuna possa acabar sendo indiretamente preenchida pelo aumento previsto nos casos do artigo 154 – A, § 5º., CP que, ao tutelar

certos agentes, acabará também abrangendo por ricochete a administração pública. Essa oportunidade de criação de aumentos específicos foi perdida pela Lei 14.155/21, talvez até mesmo devido à conformação do legislador com a proteção indireta já conferida pelo § 5º, do artigo 154 – A, CP.

Também será sujeito passivo do crime qualificado, nos termos do § 3º. do dispositivo, o titular do conteúdo de “comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais ou informações sigilosas, assim definidas em lei”. Percebe-se, como já dito alhures, que as pessoas jurídicas podem ser vítimas, inclusive a administração pública direta ou indireta de qualquer dos entes federativos (União, Estados, Municípios ou Distrito Federal). Podem ainda ser sujeitos passivos empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos também com relação a qualquer dos entes federativos.

O sujeito passivo da infração é, portanto, qualquer pessoa passível de sofrer dano moral ou material decorrente da ilícita obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações devido à invasão ou violação de seu sistema informático. Assim também é sujeito passivo aquele que sofre a instalação indevida de vulnerabilidades em seu sistema para o fim de obtenção de vantagens ilícitas. São exemplos as atuações em que indivíduos inserem vírus espíões para obter, adulterar ou destruir dados em sistemas informáticos. Importa ressaltar que a vítima não precisa ser a proprietária ou titular do sistema informático ou do hardware ou software invadido pelo criminoso. Na verdade, qualquer pessoa que tenha sua privacidade violada pelo invasor é sujeito passivo da infração. Por exemplo: um amigo usa o computador de outro para conversas particulares via internet, cujo conteúdo é ali armazenado por meio de senha. Alguém invade o sistema informático daquele computador e viola a privacidade, não do dono do computador, mas do seu amigo. Ora, este segundo também é vítima do crime. O mesmo se pode afirmar quanto aos usuários das chamadas “Lans Houses” que sofram o mesmo tipo de violação indevida. Essa amplitude quanto ao sujeito passivo que não necessariamente precisa ser o titular, dono ou proprietário do dispositivo, tornou-se ainda mais evidente com a alteração da redação feita pela Lei 14.155/21, já que agora não se refere mais a “dispositivo informático *alheio*” ou ao “*titular* do dispositivo”, mas sim a dispositivo “*de uso alheio*” e a “*usuário do dispositivo*”. Anote-se que a nosso ver mesmo sob a redação anterior, essas pessoas que sofriam violações em sua intimidade seriam vítimas. Mas, agora, com mais precisão, o legislador acaba com qualquer espécie de controvérsia.

Interessante a observação de Gilaberte e Montez:

Mesmo o proprietário do dispositivo pode praticar o crime, desde que esse dispositivo esteja cedido ao uso de outrem. Frise-se que a norma, ao mencionar a ausência de autorização, já não fala em “titular do dispositivo”, concatenando-se com a nova dinâmica delitiva. 70

Em suma, tanto para definição do sujeito passivo possível do crime em estudo, quanto para a mesma definição do sujeito ativo, o que importa não é a propriedade ou titularidade do dispositivo, mas sim o fato de que o usuário não tenha autorizado o acesso.

2.4 - TIPO SUBJETIVO

O tipo subjetivo do ilícito é informado somente pelo dolo. Não há previsão de figura culposa. O dolo é específico, pois exige a lei que a violação se dê com o especial fim de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações” ou “instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. Note-se que há duas especificidades independentes para o dolo do agente: primeiro o fim especial de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações”, sem a exigência de que se pretenda com isso obter vantagem ilícita. Ou seja, nessa parte o tipo penal não requer do agente outra vontade senão aquela de vulnerar o sistema e suas informações ou dados, podendo agir inclusive por mera curiosidade ou bisbilhotice. Já na instalação de vulnerabilidades, o intento tem de ser a obtenção de vantagem ilícita. Como o legislador não foi restritivo entende-se que a vantagem intencionada pode ser econômico – financeira ou de qualquer outra espécie. Por exemplo, se instalo num computador uma via de acesso a informações para obter senhas bancárias e me locupletar ou se instalo uma vulnerabilidade num computador para saber dos hábitos e preferências de uma mulher desejada para poder conquistá-la o tipo penal está perfeito.

2.5 - TIPO OBJETIVO

O crime do artigo 154 – A, CP constitui tipo misto alternativo, crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, pois que apresenta dois núcleos de conduta (verbos

70 GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus. Lei 14.155/2021 em análise: invasão de dispositivo informático, furto eletrônico, fraude eletrônica e competência. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1229253925/a-lei-n-14155-2021-em-analise-invasao-de-dispositivo-informatico-furto-eletronico-fraude-eletronica-e-competencia> , acesso em 28.07.2021.

invadir ou instalar), podendo o agente incidir em ambos, desde que num mesmo contexto, e responder por crime único.

Não exige o tipo penal que o dispositivo informático esteja ligado à rede mundial de computadores ou mesmo rede interna empresarial ou institucional (internet ou intranet). Dessa forma estão protegidos os dados e informações constantes de dispositivos de informática e/ou telemática.

A invasão era, antes da reforma, especificamente de dispositivo informático “alheio” e “mediante violação indevida” de “mecanismo de segurança” (antigos elementos normativos do tipo). Atualmente, como já dito, basta que a invasão se dê em dispositivo *“de uso alheio”*, não há mais nem mesmo a hipótese de se entender que somente seria tutelado o proprietário e/ou titular do dispositivo. Outra alteração muito bem vinda foi a de que não se exige mais a violação de “mecanismo de segurança”, bastando a invasão do dispositivo (vide Lei 14.155/21).

Por outro lado, é claro que não se poderia incriminar alguém que ingressasse no próprio dispositivo informático ou hoje também em um dispositivo de seu uso legítimo; seria como incriminar alguém que subtraísse coisa própria no caso do furto. Além disso, a violação deve ser “indevida”, ou seja, desautorizada e sem justa causa. Obviamente que o técnico informático que tem acesso ao dispositivo para consertar aparelhagem não comete crime, inclusive porque tem a autorização expressa ou no mínimo tácita do cliente. Também não comete o crime a Autoridade Policial que apreende mediante ordem judicial aparelhos informáticos e manda periciar seus conteúdos para apuração criminal.

Anote-se, porém, que essa justa causa ou autorização deve existir do início ao fim da conduta do agente e este deve se ater aos seus estritos limites razoáveis. Por exemplo, se um técnico de informática tem a autorização para violar as chaves de acesso a um sistema de alguém para fins de conserto e o faz, mas depois coleta fotos particulares ali armazenadas, corrompe dolosamente informações ou dados extrapolando os limites de seu trabalho sem autorização do titular, passa a cometer infração penal. É importante ressaltar que, como não existe figura culposa, o erro muito comum em que o técnico em informática, ao realizar um reparo, formata o computador e acaba destruindo conteúdos importantes para a pessoa sem dolo, mas por negligência ou imperícia, não constitui crime. Pode haver, contudo, infração civil passível de indenização por danos morais e/ou materiais.

Tanto na conduta de invadir o sistema como de instalar vulnerabilidades o crime é formal. Isso porque a eventual obtenção de dados ou informações, adulteração ou destruição, bem como a obtenção de vantagem ilícita constituirão mero exaurimento. O crime estará consumado com a simples invasão ou instalação.

O objeto material da conduta é o “dispositivo informático de uso alheio”. Estes são os computadores pessoais, industriais, comerciais ou institucionais. Além disso, hoje há uma infinidade de dispositivos informáticos, inclusive móveis, tais como os notebooks, tablets, netbooks, celulares com recursos de informática e telemática, Iphones, Smartphones ou quaisquer outros aparelhos que tenham capacidade de armazenar dados ou informações passíveis da violação prevista no tipo penal. É importante notar que o legislador optou por não apresentar uma lista exaustiva dos aparelhos e assim agindo foi sábio.

Gilaberte e Montez chamam a atenção para o fato relevante de que a locução “dispositivo informático” não se reduz a “hardware”, mas também abrange “softwares” que “trabalham com dados que são armazenados em servidores, que são dispositivos informáticos de uso alheio”. Exemplificam com o acesso não autorizado a arquivos em “nuvem”. Nesses casos, mesmo não havendo invasão de um dispositivo da vítima, haverá a violação de dispositivo do “servidor da empresa” prestadora do serviço, o qual, por seu turno, é de *uso* do prejudicado. 71

Ao usar a locução “dispositivo informático” de forma genérica, possibilitou a criação adequada de uma norma para a qual é viável uma “interpretação progressiva”, ou seja, o tipo penal do artigo 154 – A, CP é capaz de se atualizar automaticamente sempre que surgir um novo dispositivo informático, o que ocorre quase que diariamente na velocidade espantosa da ciência da computação e das comunicações. Essa espécie de redação possibilitadora de interpretação progressiva é a ideal para essas infrações penais ligadas à informática nos dias atuais, já que, caso contrário, correr-se-ia o risco de que a norma viesse a tornar-se obsoleta no dia seguinte em razão do Princípio da Legalidade Estrita.

Sob a égide da redação original da Lei 12.737/12 não era qualquer dispositivo informático invadido que contava com a proteção legal. Para que houvesse o crime era necessário que o dispositivo contasse com “mecanismo de segurança” (v.g. antivírus,

71 GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit. Os autores apresentam jurisprudência que reconhece essa amplitude do termo em discussão: TJDF. Apelação Criminal. 3ª. Turma Criminal, n. 20160110635069/DF, Rel. Nilsoni de Freitas Custódio, j. em 19.09.2019.

“firewall”, senhas etc.). Assim sendo, o dispositivo informático despido de mecanismo de segurança não podia ser objeto material das condutas incriminadas, já que o crime exigia que houvesse “violação indevida de mecanismo de segurança”. Dessa maneira, a invasão ou instalação de vulnerabilidades em sistemas desprotegidos era fato atípico. Observava-se na época que na requisição da perícia nesses casos era importante que a autoridade policial formulasse quesito a fim de que o perito indicasse a presença de “mecanismo de segurança” no dispositivo informático violado, bem como que esse mecanismo teria sido violado, indicando, inclusive, se possível, a forma dessa violação, para melhor aferição e descrição do “modus operandi” do agente. Atualmente, com o advento da Lei 14.155/21, eliminando a exigência de mecanismos de proteção, sob o ponto de vista da comprovação de um elemento do tipo penal, tal quesitação não seria mais necessária. No entanto, entende-se que ainda deva ser procedida no que tange à devida descrição do “modus operandi” do agente, bem como com relevância para a avaliação da culpabilidade, já que a superação de um mecanismo de proteção certamente revela uma circunstância apreciável na dosimetria da pena – base, nos termos do artigo 59, CP. Fazendo uma comparação, não é idêntica a reprovabilidade de alguém que invade, embora contra a vontade ou sem a autorização do morador, o domicílio alheio quando encontra a porta escancarada, e outra pessoa que para invadir, precisa pular um muro ou quebrar um cadeado.

Vale ressaltar que a retirada da exigência de “violação de mecanismo de proteção” foi uma excelente medida tomada pelo legislador no bojo da Lei 14.155/21. Um dos Projetos de Lei que deu origem a esse aperfeiçoamento do dispositivo, tornando-o mais eficaz e abrangente (PL n. 4093/2015) 72 já fazia na época menção à nossa crítica a respeito da inconveniência dessa restrição em publicação que tratava ainda da Lei 12.737/12:

Sinceramente não se compreende essa desproteção legislativa exatamente aos mais desprotegidos. É como se o legislador considerasse não haver violação de domicílio se alguém invadisse uma casa que estivesse com as portas abertas e ali permanecesse sem a autorização do morador e mesmo contra a sua vontade expressa! Não parece justo nem racional presumir que quem não instala proteções em seu computador está permitindo tacitamente uma

72 PL 4093/2015. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE44E6C85B17B4A06825384D5214A6E.proposicoesWebExterno1?codteor=1425229&filename=Tramitacao-PL+4093/2015, acesso em 27.07.2021.

invasão, assim como deixar a porta ou o portão de casa abertos ou destrancados não significa de modo algum que se pretenda permitir a entrada de qualquer pessoa em sua moradia. A forma vinculada disposta no tipo penal (“mediante violação indevida de mecanismo de segurança”) poderia muito bem não ter sido utilizada pelo legislador que somente deveria chamar a atenção para a invasão ou instalação desautorizadas e/ou sem justa causa. Isso seria feito simplesmente com a locução “mediante violação indevida” sem necessidade de menção a mecanismos de segurança.

Observe-se ainda que ao exigir a “violação indevida de mecanismo de segurança”, não bastará a existência de instalação desses mecanismos no dispositivo informático invadido, mas também será necessário que esses mecanismos estejam atuantes no momento da invasão, caso contrário não terá havido sua violação e o fato também será atípico, o que é ainda mais estranho. Explica-se: imagine-se que um computador pessoal é dotado de antivírus, mas por algum motivo esse antivírus foi momentaneamente desativado pelo próprio dono do aparelho. Se há uma invasão nesse momento, o fato é atípico! Note-se que neste caso o exemplo da porta aberta e da invasão de domicílio é realmente muito elucidativo. A casa tem portas, mas estas estão abertas, então as pessoas podem entrar sem a autorização do morador? É claro que não! Mas, parece que com os sistemas informáticos o raciocínio legislativo foi diverso e, diga-se, equivocadíssimo.

Na realidade o ideal, conforme já dito, seria que o legislador incriminasse diretamente somente a invasão ou instalação de vulnerabilidades, independentemente da violação de mecanismo de segurança. Poderia inclusive o legislador criar uma qualificadora ou uma causa especial de aumento pena para o caso de a invasão se dar com a violação de mecanismo de segurança. O desvalor da ação nesse caso seria justificadamente exacerbado como ocorre, por

exemplo, no caso de furto qualificado por rompimento de obstáculo à subtração da coisa. 73

Percebe-se que nossa crítica foi devidamente acatada pela legislação (Lei 14.155/21) ao retirar a exigência de violação de mecanismo protetivo do tipo penal. Perdeu-se, porém, a chance de prever como aumento de pena a conduta em que o agente efetivamente viola mecanismo de proteção existente. No Projeto de Lei 4093/15, a que já se fez menção, havia a previsão desse aumento no que seria um § 4º. do artigo 154 – A, o qual, infelizmente, nunca se converteu em lei. O aumento seria de um terço até a metade “se o acesso” se desse “mediante violação de mecanismo de segurança”. Na verdade, o projeto acatava nossas duas críticas, tanto a negativa, referente à necessidade de eliminação da exigência de mecanismos de segurança violados, como a positiva, consistente na proposta de exacerbação punitiva quando esse tipo de violação ocorresse. Mas, a Lei 14.155/21 somente concretizou a eliminação da exigência de violação de mecanismo de segurança, o que já é um progresso.

Retomando a questão do bem jurídico, nunca é demais lembrar que o que se protege são a privacidade e a liberdade individuais e não a rede mundial de computadores. Para que haja o crime é necessário que ocorra “invasão” indevida. Dessa forma o acesso a informações disponibilizadas livremente na internet e redes sociais (v.g. Facebook, Orkut, Instagram, Telegram, Twitter, GETTR etc.), sem qualquer barreira de privacidade não constitui qualquer ilegalidade. Nesse caso há certamente autorização, no mínimo tácita, de quem de direito, ao acesso a todas as suas informações deixadas em aberto na rede.

2.6 - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime é formal e, portanto, se consuma com a mera invasão ou instalação de vulnerabilidade, não importando se são obtidos os fins específicos de coleta, adulteração ou destruição de dados ou informações ou mesmo obtenção de vantagem ilícita. Tais resultados constituem mero exaurimento da infração em estudo. Não obstante formal, o ilícito é plurissubsistente, de forma que admite tentativa. É plenamente possível que uma pessoa tente invadir um sistema ou instalar vulnerabilidades e não o consiga por motivos alheios à sua vontade, seja porque é

73 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Novo Crime de Invasão de Dispositivo Informático. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico> , acesso em 27.07.2021. Publicado originalmente em 04.02.2013.

fisicamente impedida, seja porque não consegue, embora tente violar os mecanismos de proteção eventualmente presentes.

2.7 - CONDUTA EQUIPARADA (ARTIGO 154 – A, § 1º., CP)

À semelhança do que ocorre com os crimes, por exemplo, previstos nos artigos 34 da Lei 11.343/06, 291 e 294, CP, o legislador prevê também como crime a conduta de quem atua de forma a fornecer ou disponibilizar de qualquer forma instrumentos para a prática do crime previsto no artigo 154-A, CP. Essa previsão legal está no § 1º., do citado artigo, onde se incrimina com a mesma pena do “caput” a conduta de quem “produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput”. Efetivamente tão relevante como invadir ou instalar vulnerabilidades em dispositivo informático é disponibilizar o instrumental necessário para tanto. A equiparação legal das condutas é correta.

Também o § 1º. descreve crime de ação múltipla e de dolo específico, pois que exige o intuito de ensejar a prática das condutas previstas no “caput”.

A Lei 14.155/21 não promoveu qualquer alteração nesse § 1º.

2.8 - AUMENTO DE PENA POR PREJUÍZO ECONÔMICO (ARTIGO 154 – A, § 2º., CP)

A ocorrência de prejuízo econômico ensejava um aumento de pena de um sexto a um terço, agora o aumento é maior, variando de um terço a dois terços, conforme estabeleceu a Lei 14.155/21. Em se tratando de “novatio legis in pejus”, o atual patamar de aumento somente pode ser aplicado para crimes ocorridos após a vigência da norma modificadora, não contando, portanto, com retroatividade. Para casos ocorridos antes da vigência da Lei 14.155/21, o acréscimo continuará sendo de um sexto a um terço.

O incremento da lesão patrimonial produz agravamento do desvalor do resultado da conduta, justificando a exacerbação punitiva. O § 2º. é bem claro, de forma que não há se cogitar de aplicação de aumento considerando eventual dano moral. Somente o prejuízo de caráter econômico – financeiro alicerça o aumento. Pretender equipar tal situação ao dano moral constituiria analogia “in malam partem” vedada na seara penal. Ademais, é de considerar que o dano moral é praticamente inerente a esse tipo de conduta invasiva da privacidade e intimidade e mesmo que pretendesse o legislador prever aumento por esse motivo não poderia, pois que estaria configurado indevido “bis in idem”. Também é de se atentar que o aumento de pena do § 2º., até

mesmo pela topografia do dispositivo, somente tem aplicabilidade para a figura simples e a figura equiparada (artigo 154 – A, “caput” e seu § 1º., CP), não alcançando a forma qualificada do § 3º.

2.9 - FORMAS QUALIFICADAS (ARTIGO 154 – A, § 3º., CP)

O § 3º. do dispositivo sob comento previa uma pena diferenciada de reclusão, de seis meses a dois anos e multa e agora, com a Lei 14.155/15, prevê uma pena de “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa” para os seguintes casos:

a) Quando a invasão possibilitar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas;

b) Quando possibilitar a obtenção do conteúdo de segredos comerciais ou industriais;

c) Quando possibilitar a obtenção do conteúdo de informações sigilosas, assim definidas em lei;

d) Quando possibilitar o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

A primeira observação de valia diz respeito à percepção de que o legislador transforma em qualificadoras fatos que seriam exaurimento do crime formal do artigo 154 – A, “caput”, CP. Para a configuração do crime simples de “Invasão de Dispositivo Informático” bastaria a invasão ou instalação de vulnerabilidade, sendo que a obtenção de outros dados ou informações ou mesmo destruição, adulteração ou vantagens ilícitas constituem exaurimento. Então, em geral, quando o agente conseguir obter dados ou informações efetivamente com a invasão ou vulneração haverá figura qualificada.

O primeiro caso diz respeito a “comunicações eletrônicas privadas” como, por exemplo, troca de e-mails, mensagens SMS, conversas reservadas em redes sociais ou salas de bate – papo da internet, trocas de fotos, imagens ou vídeos privados.

Na segunda figura está previsto o caso de violação de segredos comerciais ou industriais, o que justifica a exacerbação punitiva, dados os interesses econômicos e negociais que podem ser prejudicados. É irrelevante que os segredos sobreditos possam ser abertos devido a previsões contratuais de validade temporal do sigilo ou mesmo outras condições específicas. Se essas condições temporais ou de outra natureza não estiverem satisfeitas, o invasor responde pelo crime qualificado. Digamos, por exemplo,

que uma empresa pactue que um segredo industrial será preservado por 20 anos e após esse período será aberto ao público e tornado inclusive de domínio público. A violação antes do prazo estipulado é crime qualificado. O mesmo se pode dizer se esse segredo fosse mantido, mediante a condição do adimplemento do pagamento de determinado valor em prestações. Se o adquirente do segredo, faltando ainda a última prestação a pagar, violar o sigilo sem autorização cometerá crime qualificado.

Já na terceira figura está previsto a acesso a informações sigilosas, “assim definidas em lei” (quando o texto se refere a lei não pode haver equiparação a outras espécies normativas como decretos, portarias, resoluções etc., trata-se de lei em sentido estrito). Aqui se tratam de informações protegidas por sigilo legal e naturalmente ligadas a órgãos governamentais, inclusive por questões de segurança nacional. Essa figura é uma “norma penal em branco imprópria ou homogênea”, pois que exige para seu complemento e aplicabilidade o recurso a outra lei que defina quais são as informações consideradas sigilosas. Ademais se trata de “norma penal em branco imprópria heterovitelina”, pois que o complemento necessário deverá ser buscado em outra lei e não no próprio Código Penal. 74 Hoje regulamenta a questão do acesso a informações sigilosas em todos os âmbitos federativos a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Finalmente há previsão do caso em que a invasão enseje o “controle remoto não autorizado do dispositivo” violado. Trata-se denominada operação de “acesso remoto” que pode ser implantada legalmente e deliberadamente em empresas, por exemplo, por via de um programa chamado “Team Viewer”, o qual possibilita que uma equipe de trabalho tenha acesso, inclusive visual e operacional em tempo real a tudo aquilo que outros colegas estão fazendo em máquinas diversas. Entretanto, tal acesso remoto pode ser realizado de forma clandestina por meio de invasão por um vírus Trojan e então possibilitar ao invasor a manipulação de dados, informações, bem como até mesmo de ações no sistema informático alheio sem ciência ou autorização de quem de direito. Imagine-se que alguém consiga invadir um sistema de uma financeira por acesso remoto e dali excluir débitos de pessoas ou seus próprios débitos.

Em todos os casos qualificados pelo legislador há certamente um notável incremento do desvalor do resultado. Não importa se os segredos violados com a

74 As “normas penais em branco próprias ou heterogêneas” são aquelas que exigem para seu complemento uma espécie normativa diversa da lei (v.g. Decreto, Resolução, Portaria etc.). Doutra banda, as “normas penais em branco impróprias homovitelinas” são aquelas cujo complemento está no mesmo diploma legal (v.g. conceito de casa no crime de violação de domicílio, dentro do próprio Código Penal).

invasão estão armazenados no dispositivo informático por conteúdos de imagens, gravações de voz, documento escrito, desenhos, símbolos etc. O que importa é que o sigilo seja violado. Também não interessa se da violação ocorre efetivo dano material ou moral. Aliás, com relação ao eventual dano material (econômico), como já dito anteriormente, não é aplicável a causa de aumento do § 2º., que se destina somente ao “caput” e § 1º.. Portanto, eventual dano decorrente das violações sobreditas caracterizará mero exaurimento no “iter criminis”.

Ressalte-se que as figuras qualificadas do § 3º., do artigo 154 – A, CP configuram crime subsidiário. Na redação original dada pela Lei 12.737/12 eram de subsidiariedade expressa, pois que em seu preceito secundário previam que somente seriam aplicadas “se a conduta não” constituísse “crime mais grave”. Com o advento da Lei 14.155/15, foi eliminada essa indicação de subsidiariedade expressa, mas isso não faz com que não permaneça a característica subsidiária, apenas agora de forma tácita. 75 Seriam exemplos de crimes mais graves que afastam, agora por subsidiariedade tácita, o tipo penal qualificado em estudo, a violação de sigilo bancário ou de instituição financeira nos termos do artigo 18 da Lei 7.492/86, bem como determinadas condutas previstas na Lei de Segurança Nacional (v.g. artigos 13 e 21 da Lei 7.170/83), dentre outros casos.

Observe-se que a pena disposta pela Lei 14.155/21 não pode retroagir a casos ocorridos antes da sua vigência, pois que se trata de “novatio legis in pejus”.

2.10 - OUTROS AUMENTOS DE PENA (ARTIGO 154 – A, §§ 4º. E 5º., I A IV, CP)

A partir do § 4º., por disposição expressa ali contida, passam a ser previstas causas de aumento de pena aplicáveis estritamente aos casos do § 3º., ou seja, somente para os crimes qualificados, não alcançando as figuras simples ou equiparada. Efetivamente o § 4º. diz expressamente: “na hipótese do § 3º.”. Nada impede, porém,

75 Neste sentido: COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Lei 14.155/21 incrementa punição de crimes eletrônicos e informáticos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-28/opiniao-lei-1415521-incrementa-punicao-crimes-eletronicos-informaticos#:~:text=Foi%20publicada%20nesta%20sexta%20feira,definindo%20hip%C3%B3tese%20de%20compet%C3%Aancia%20criminal.>, acesso em 28.07.2021. No mesmo sentido afirma Cunha: “Outra alteração no § 3º foi a supressão da ressalva sobre a incidência da qualificadora ‘se a conduta não constitui crime mais grave’. A redação atual não se refere à subsidiariedade dessa infração penal, mas isso é indiferente, pois o caso concreto deve determinar se a conduta descrita na qualificadora constitui o crime do art. 154-A ou outro de natureza mais grave”. CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.155/21 e os crimes de fraude digital: primeiras impressões e reflexos no CP e no CPP. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/05/28/lei-14-15521-e-os-crimes-de-fraude-digital-primeiras-impressoes-e-reflexos-no-cp-e-no-cpp/>, acesso em 28.07.2021.

que ocorrendo a concomitância das causas de aumentos dos §§ 4º. e 5º., estes sejam cumulados, incidindo sobre a pena prevista no § 3º., muito embora o mais natural seja a aplicação da exasperação maior tão somente, nos termos do artigo 68, Parágrafo Único, CP.

O primeiro aumento, previsto no § 4º., é da ordem de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. Novamente o desvalor do resultado indica a exacerbação punitiva. Ora, diferente é o invasor obter os dados ou informações e guarda-los para si. Quando ele transmite esses dados a terceiros amplia o dano à privacidade ou ao sigilo, o que justifica a reprimenda mais gravosa. É por esse desvalor do resultado ampliado que o legislador erige em causa especial de aumento o que normalmente seria um “post factum” não punível ou mero exaurimento delitivo.

Já o § 5º., prevê um aumento que varia de um terço até a metade quando o crime qualificado tiver por sujeitos passivos as pessoas elencadas nos incisos I a IV do dispositivo. São elas: Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Presidente de Assembleia Legislativa de Estado, Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Presidente de Câmara Municipal ou dirigente máximo da administração direta ou indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. Essas pessoas gozam de especial proteção legal não devido a um injustificado privilégio pessoal, mas sim por causa do cargo ocupado e da relevância de suas atribuições e importância diferenciada dos informes sigilosos que detém e podem envolver, como envolvem frequentemente, interesses que suplantam em muito a seara pessoal para atingir o interesse público e o bem comum.

2.11 - CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O crime é comum, já que não exige especial qualidade do sujeito ativo. É também formal porque não exige no tipo básico (simples) resultado naturalístico para sua consumação, mas a mera invasão ou instalação de vulnerabilidade. Também é formal na figura equiparada porque não exige que o material para a prática delitiva chegue efetivamente às mãos do destinatário, ou seja, realmente utilizado. Já nas figuras qualificadas é material porque exige para consumação a obtenção efetiva de conteúdos ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido. Em qualquer caso o crime é plurissubsistente, admitindo tentativa. Trata-se ainda de crime instantâneo, comissivo, doloso (não há figuras culposas ou omissivas) e unissubjetivo ou monossubjetivo

porque pode ser perpetrado por uma única pessoa, não exigindo concurso. Também pode ser comissivo por omissão quando um garante deixar de cumprir com seu dever de agir nos termos do artigo 13, § 2º., CP. Finalmente trata-se de crime simples por tutelar apenas um bem jurídico, qual seja a privacidade e o sigilo de dados e informações contidos em dispositivos informáticos de qualquer natureza.

2.12 - ALGUMAS DISTINÇÕES

É preciso estar atento para o fato de que o crime previsto no artigo 154 – A, CP pode ser meio para a prática de infrações mais graves, tais como estelionatos, furtos mediante fraude, dentre outros. Nesses casos, seja pela subsidiariedade, no caso do artigo 154 – A, § 3º., CP, seja pela consunção nos demais casos, deverá haver prevalência do crime – fim e afastamento do concurso formal ou material com o crime de “Invasão de Dispositivo Informático”.

A Lei 9.296/96 trata das interceptações telefônicas e também das interceptações de comunicações em sistemas informáticos e telemáticos (artigo 1º., Parágrafo Único), prevendo em seu artigo 10 crime para a realização dessas diligências fora dos casos legalmente previstos e sem ordem judicial. Como já dito, no confronto com o artigo 154 – A, § 3º., CP, a subsidiariedade ali expressa apontará para a prevalência do artigo 10 da Lei de Interceptação telefônica. Além disso, há que distinguir a interceptação da invasão de dispositivo informático ou de instalação de vulnerabilidades para obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações. Na interceptação telemática ou informática a comunicação é captada no exato momento em que ocorre e no crime previsto no artigo 154 – A, CP a obtenção das informações ou dados ocorre posteriormente, mediante invasão de dispositivo informático que as armazena ou guarda. Uma coisa é instalar um dispositivo que permita ao infrator, sem ordem judicial, captar imediatamente no mesmo momento em que a mensagem SMS é digitada, o seu conteúdo (interceptação ilegal – artigo 10 da Lei 9.296/96), outra muito diversa é instalar um vírus espião para obter o teor dessas mensagens SMS armazenado num computador ou mesmo num celular ou smartphone (artigo 154 – A, CP). Ademais, a Lei de Interceptação Telefônica não prevê as condutas de adulteração, destruição de dados ou informações e nem mesmo de instalação de vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Finalmente não se deve confundir o crime do artigo 154 – A, CP com os crimes de “Inserção de dados falsos em sistemas de informação” (artigo 313 – A, CP) e de “Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações” (artigo 313 – B, CP). Ambos são crimes próprios de funcionário público contra a Administração em geral que prevalecem por especialidade em relação ao crime do artigo 154 – A, CP.

2.13 - PENA E AÇÃO PENAL

A pena prevista para o crime simples (artigo 154 – A, “caput”, CP) e para a figura equiparada (artigo 154 – A, § 1º., CP) era originalmente de detenção de 3 meses a 1 ano e multa. Dessa forma tratava-se de infração de menor potencial ofensivo, afeta ao procedimento da Lei 9.099/95. Mesmo na forma majorada do § 2º., a pena máxima não ultrapassaria 1 ano e 4 meses (aumento máximo de um terço), de modo que seguiria como infração de menor potencial. No entanto, com a Lei 14.155/21 a pena passa a ser para as formas simples e equiparada, de “reclusão de 1 a 4 anos e multa”. Não se trata mais de infração de menor potencial, sendo possível apenas a aplicação da Suspensão Condicional do Processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95, já que a pena mínima não supera um ano. Com o aumento do § 2º., obviamente não se trata de infração de menor potencial e ainda acaba vedada também a Suspensão Condicional do Processo, já que a pena mínima será maior que um ano com o acréscimo previsto.

Também a forma qualificada do artigo 154 – A, § 3º., CP era abrangida pela Lei 9.099/95, eis que a pena máxima não ultrapassava dois anos (reclusão de 6 meses a dois anos e multa). Apenas nas hipóteses de aplicação dos aumentos de pena previstos nos §§ 4º. ou 5º., é que a pena máxima iria ultrapassar o patamar de dois anos, de modo que não seria mais abrangida pela Lei 9.099/95. O único instituto dessa lei então aplicável seria a suspensão condicional do processo nos termos do artigo 89 daquele diploma, já que a pena mínima não ultrapassa um ano, nem mesmo com os acréscimos máximos. Somente cogitando da concomitância dos aumentos dos §§ 4º. e 5º., é que o patamar, considerando os acréscimos máximos, suplantara um ano na pena mínima de modo que nem mesmo a suspensão condicional do processo seria admissível. Mas, tudo isso mudou com a Lei 14.155/21. Agora a pena do § 3º. é de “reclusão, de 2 a 5 anos, e multa”, não se tratando mais de infração de menor potencial e não sendo aplicável jamais a suspensão condicional do processo, ainda que não haja incidência de aumentos de pena previstos nos §§ 4º. e 5º.

Por obviedade, esses afastamentos dos institutos da Lei 9.099/95 e penas maiores somente podem ser aplicados a partir da vigência da Lei 14.155/21, não tendo força retroativa, eis que são “novatio legis in pejus”.

O artigo 154 – B, CP regula a ação penal. A regra ali estabelecida é a da ação penal pública condicionada. Excepcionalmente a ação será pública incondicionada quando o delito for praticado contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e empresas

concessionárias de serviços públicos. Esse dispositivo confirma a possibilidade da pessoa jurídica como sujeito passivo do ilícito. Entende-se ainda que quando as pessoas físicas elencadas no § 5º, do artigo 154 – A, CP forem vítimas o crime também será de ação penal pública incondicionada, tendo em vista que direta ou indiretamente a administração pública será atingida pela conduta do agente.

A Lei 14.155/21 não alterou as regras de ação penal para o crime de “Invasão de Dispositivo Informático”.

3 – A QUALIFICADORA DO FURTO MEDIANTE FRAUDE ELETRÔNICO OU INFORMÁTICO

A fraude de qualquer espécie é qualificadora tradicional do furto nos termos do artigo 155, § 4º, II, CP. O que ocorre com o advento da Lei 14.155/21 é que o legislador cria uma nova qualificadora (artigo 155, § 4º – B, CP), também baseada no elemento da fraude, mas com um detalhe especializador que se refere a ser tal fraude perpetrada por meio eletrônico e/ou informático.

A partir da Lei 14.155/21 a prática do furto mediante fraude em geral será tipificada com pena menor (“reclusão, de dois a oito anos, e multa”), no artigo 155, § 4º, II, CP. Apenas quando a fraude for praticada por meio eletrônico ou informático, haverá pena maior (“reclusão, de quatro a oito anos, e multa”), de acordo com o artigo 155, § 4º – B, CP.

Então o chamado “Furto Eletrônico ou Informático” será caracterizado pela fraude praticada com emprego de “dispositivo eletrônico ou informático”, não exigindo a tipificação que tal dispositivo seja necessariamente conectado à internet, nem que haja necessariamente violação de mecanismo de segurança ou utilização de programas maliciosos. O § 4º – B em estudo termina sua descrição com a fórmula genérica de “qualquer outro meio fraudulento análogo”. Isso pode levar alguns à confusão com o “Furto Mediante Fraude” do § 4º, II. Essa confusão não se justifica. Esses meios fraudulentos genéricos devem ser “análogos”, ou seja, envolver uso da tecnologia eletrônica e/ou informática. Outras fraudes serão tipificadas no antigo artigo 155, § 4º, II, CP.

Observe-se, porém, que a presença da fraude é essencial à configuração dessa qualificadora, não bastando o emprego de meios eletrônicos ou informáticos. É exemplo

de Gilaberte e Montez 76 o caso do indivíduo que emprega um dispositivo eletrônico para acionamento de explosivo e subtração de dinheiro em um banco. Houve uso de meio eletrônico, mas não fraude. O crime seria qualificado também, mas no artigo 155, § 4º. – A, CP (emprego de explosivo) e não no artigo 155, § 4º. – B, CP.

Importa ainda tem em mente que o emprego de dispositivo informático há que ser “meio” ou “instrumento” para a prática do crime, não apenas integrante da conduta ou forma de o agente obter a subtração. Por exemplo, se um indivíduo consegue convencer alguém a convidá-lo para uma festa, por meio de conversa telefônica ou por troca de mensagens de whatsapp, a fim de furtar objetos na casa dessa pessoa, comete o furto mediante fraude previsto no artigo 155, § 4º., II, CP e não o furto eletrônico em estudo. O dispositivo informático não foi instrumento do crime, mas apenas a forma pela qual o infrator se comunicou com a vítima. 77

Outra observação feita pelos mesmos autores é a de que os dispositivos eletrônicos são o gênero de que os dispositivos informáticos são a espécie. Ou seja, um dispositivo eletrônico não necessariamente será também informático, de forma que a amplitude dos instrumentos utilizáveis na qualificadora em estudo é bem mais abrangente do que os dispositivos que seriam invadidos no crime previsto no artigo 154 – A, CP, que se refere somente aos “dispositivos informáticos”. No caso da qualificadora podem ser utilizados, por exemplo, cartões eletrônicos, cartões com chip etc. 78

A Lei 14.155/21 ainda cria causas de aumento de pena específicas para os casos do “Furto Eletrônico ou Informático Mediante Fraude”. Isso se dá no § 4º. – C, sendo, portanto, tais aumentos restritos aos casos do § 4º. – B não alcançando as demais figuras do furto.

No § 4º. – C, inciso I, é previsto um aumento variante entre um terço e dois terços, se o crime é cometido com utilização de servidor mantido fora do território nacional. Para além da afetação indireta da Soberania Nacional, é relevante o fato de que essa espécie de artifício dificulta sobremaneira as investigações dessa espécie de ilícito e, conseqüentemente, a punição dos culpados e o eventual ressarcimento das vítimas.

76 GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit.

77 Op. Cit.

78 Op. Cit.

Atente-se para o fato de que o que precisa estar fora do país não é o agente, mas sim o servidor. 79

Já no inciso II do § 4º. – C, surge um aumento de um terço até o dobro no caso de crime praticado contra idoso ou vulnerável. Nessas circunstâncias o que justifica o aumento são as condições especiais de hipossuficiência das vítimas, a exigirem maior tutela penal. O idoso é aquela pessoa com 60 anos completos ou mais, nos estritos termos do artigo 1º., da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Por seu turno, os “vulneráveis” são aquelas pessoas designadas no artigo 217 – A e § 1º., CP. A essa conclusão se chega por interpretação sistemática do Código Penal que convola a palavra “vulnerável” em um termo técnico jurídico, cujo emprego pelo legislador desde então passa a gerar a presunção de um sentido técnico. Como leciona Maximiliano: “quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica”. 80

São vulneráveis, segundo o Código Penal: os menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais sem discernimento e as pessoas que, por qualquer outra causa, sejam incapazes de ofertar resistência. Observe-se que a incapacidade de resistência nos casos de furto mediante fraude diz respeito à resistência de natureza intelectual e não física, já que o furto é um crime não informado por violência ou grave ameaça. Seriam exemplos, indivíduos narcotizados ou bêbados, mas não ao ponto de não poderem reagir fisicamente, pois nesse caso ocorreria o crime de roubo (artigo 157, CP, violência imprópria).

79 Op. Cit.

80 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109.

Em posição diversa se manifestam Gilaberte e Montez, para os quais o conceito de vulnerabilidade do Código Penal só teria aplicação aos casos de crimes sexuais. Para os autores, deveria ser aferida neste caso a vulnerabilidade patrimonial em situações de hipossuficiência da vítima em geral previstos em vários diplomas (v.g. situações de violência doméstica e familiar contra a mulher; deficientes mentais ou físicos; pródigos etc.). GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit. O conceito então se torna fluído, infringindo a legalidade estrita cara ao Direito Penal, e não leva em consideração a interpretação sistemática necessária do Código Penal, razão pela qual, respeitosamente, discordamos dos autores. Em acordo com nosso entendimento: COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Lei 14.155/2021: promove alterações nos crimes de invasão de dispositivo informático, furto e estelionato. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2021/05/lei-141552021-promove-alteracoes-nos.html#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.155%2F2021%20tamb%C3%A9m%20promoveu%20duas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20no,com%20o%20C2%A7%204%C2%BA%2DB.>, acesso em 28.07.2021. E ainda de acordo com nosso entendimento: CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit., com a seguinte afirmação: “A lei não conceitua, para os efeitos do furto, quem pode ser considerado vulnerável. O conceito pode ser obtido no art. 217-A, ou seja, podemos considerar vulneráveis o menor de quatorze anos e a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”.

Ambas as causas de aumento apresentam um intervalo de variação. A aplicação de maior ou menor incremento penal deverá ser procedida, na dicção legal, “considerada a relevância do resultado gravoso”. Isso quer dizer que a maior amplitude do dano patrimonial (maior desvalor do resultado) levará à aplicação de um patamar maior de aumento (v.g. 2/3 ou o dobro). Ao reverso, se a amplitude de dano patrimonial for menor (menor desvalor do resultado), então o julgador deverá aplicar um aumento menor (v.g. 1/3).

Não se deve confundir a referência do legislador à “relevância do resultado gravoso” com questões como Princípio da Insignificância ou mesmo com os casos de “Furto Privilegiado”. Como já exposto, a expressão se refere ao sopesar do incremento penal de acordo com o maior ou menor prejuízo patrimonial causado pela conduta. Questão totalmente diversa é se o crime é bagatela, quando ocorrerá atipicidade. Também diversa é a questão da presença do privilégio, nos termos do artigo 155, § 2º, CP, quando então o autor terá direito público subjetivo a benefícios penais. Nem a insignificância, nem o privilégio serão de plano afastados pela presença do emprego de dispositivos informáticos ou eletrônicos e nem mesmo pelas causas de aumento. Ademais, já foi reconhecido majoritariamente pela doutrina e jurisprudência a possibilidade de crime de furto qualificado – privilegiado, inclusive conforme a Súmula 511, STJ, de modo que os aumentos de pena e a qualificadora, conforme já dito, não obstam o reconhecimento do privilégio. 81

Pela mesma senda seguem Costa, Fontes e Hoffmann:

Antes de indicar os percentuais de aumento, a lei usou a expressão “considerada a relevância do resultado gravoso”. A melhor interpretação parece ser a que utiliza a gravidade do resultado como parâmetro de navegação entre o patamar mínimo e máximo de aumento, e não como condição de incidência da majorante. Isso significa que o tão só fato de se tratar de vítima idosa ou vulnerável implica na aplicação do aumento, que será mínimo ou máximo conforme o prejuízo efetivamente causado”. 82

E ainda no mesmo diapasão se manifesta Cavalcante:

81 Por esses motivos discordamos, respeitosamente, da interpretação dada por Gilaberte e Montez, que aponta para uma indeterminação da expressão “considerando a relevância do resultado gravoso”, embaraçando-a, a nosso ver, indevidamente, com a questão do privilégio. Cf. GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit.

82 COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

O juiz, no momento da dosimetria, deverá definir qual é a fração de aumento que será imposta (1/3, 1/2, 2/3 etc.). Essa escolha deverá ser fundamentada e levará em consideração a “relevância do resultado gravoso”. Assim, por exemplo, se o idoso teve um prejuízo patrimonial muito elevado, o magistrado poderá utilizar essa circunstância para impor um aumento no patamar de 2/3”. 83

Deve ser anotada a observação pertinente de Cunha a respeito da equivocada manifestação do relator do projeto em seu parecer, pretendendo conectar a aplicabilidade dos aumentos ao fato de que haja um resultado de monta:

O § 4º-C se refere ao aumento da pena “considerada a relevância do resultado gravoso”, fórmula inédita no Código Penal. Considerando que ambos os incisos têm frações variáveis, infere-se que o legislador deixou expresso o que seria mesmo intuitivo: quanto mais severo o prejuízo, maior deve ser o aumento. Mas, no parecer em que se analisava o projeto de lei, o relator da matéria fez a seguinte observação:

“Todavia, concordamos que a elevação da pena do crime de furto mediante fraude eletrônica cometida contra idosos ou fora do território nacional não deva se dar indiscriminadamente: deve haver algo mais que torne a conduta mais grave. Assim, a elevação de pena se justificará diante da relevância do resultado gravoso, como exemplo, quando gera graves prejuízos para a sobrevivência da vítima. Ademais, a elevação não deve se dar de forma estanque, mas em um patamar flexível”.

Essa não nos parece a melhor forma de aplicar a causa de aumento de pena. Ora, se a majorante se refere ao crime cometido fora do território nacional e ao crime cometido contra idoso ou vulnerável, são as características intrínsecas do idoso, do vulnerável e da transnacionalidade do meio de execução que justificam primariamente o aumento. Se essas são as circunstâncias do crime, impõe-se o aumento, cuja variação, sim, deve se basear na maior gravidade do caso concreto. Utilizar a gravidade como fundamento da majorante, e não como algo derivado das circunstâncias mencionadas nos incisos I e II, subverte a lógica da aplicação da pena. Se o fundamento para a majoração fosse a extensão do

83 CAVALCANTE, Márcio André Lopes, Op. Cit.

prejuízo, o texto legal deveria consistir em algo como “Aumenta-se a pena de 1/3 a 2/3 conforme a relevância do resultado”. 84

Conforme já exposto acima, é preciso cautela para não fazer confusão entre um critério evidente de dosimetria dos patamares de aumento de pena com questões como insignificância ou privilégio.

Obviamente, as causas de aumento somente poderão ser aplicadas se o agente tiver ciência delas, sob pena de incursão pela chamada responsabilidade objetiva (inteligência do artigo 19, CP). Por exemplo, se por meio da internet um indivíduo consegue fraudar alguém e subtrair-lhe valores, mas sem ter consciência de que se trata de um idoso, já que o contato não é pessoal, não pode responder por tal incremento penal. Caberá, como se vê, à acusação o “onus probandi” de demonstrar o conhecimento do agente a respeito das causas de aumento. 85

Em havendo concomitância das causas de aumento de pena enfocadas não haveria óbice legal à sua cumulação, mas o mais natural seria a prevalência da causa de maior aumento, afastando-se a de menor incremento, nos estritos termos do artigo 68, Parágrafo Único, CP. Dessa forma, prevaleceria, na concomitância, o aumento previsto no artigo 155, § 4º. – C, II, CP.

Nunca é demais atentar para a distinção entre o furto mediante fraude e o estelionato. No primeiro o agente ludibria a vítima para, com sua distração, poder subtrair-lhe os bens. No segundo o agente aplica o engodo na vítima, fazendo com que ela mesma acabe lhe entregando ou transferindo os bens. 86 Essa distinção tradicional vale, obviamente, tanto para o furto mediante fraude e o estelionato comuns, quanto para aqueles eletrônicos e/ou informáticos.

4 – A QUALIFICADORA DA “FRAUDE ELETRÔNICA” OU DO “ESTELIONATO ELETRÔNICO OU INFORMÁTICO”

84 CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit.

85 O exemplo do idoso enganado via internet sem que o agente saiba tratar-se de idoso é de autoria de Costa, Fontes e Hoffmann. Op. Cit. Também menciona a necessidade de ciência das circunstâncias Sanches Cunha. Cf. CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit.

86 Veja-se por todos: GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 568. “No furto com fraude o comportamento ardiloso, insidioso, como regra, é utilizado para que seja facilitada a subtração pelo próprio agente dos bens pertencentes à vítima. Ao contrário, no crime de estelionato, o artifício, o ardil, o engodo são utilizados pelo agente para que, induzindo ou mantendo a vítima em erro, ela própria possa entregar-lhe a vantagem ilícita”.

A Lei 14.155/21 também atentou para a questão do estelionato cometido por meios eletrônicos e/ou informáticos que, tal qual o furto, vem sendo motivo de preocupação a partir de quando as diversas atividades humanas, desde o lazer até as operações financeiras, foram permeadas pela informática e a eletrônica.

Criou-se então uma nova figura qualificada de Estelionato com o “nomen juris” de “Fraude Eletrônica”, conforme dispõe o artigo 171, § 2º. – A, CP.

A pena prevista para essa figura é de “reclusão, de 4 a 8 anos, e multa”, sempre que a fraude for cometida utilizando-se o autor de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzidos a erro por intermédio de redes sociais, contatos telefônicos ou correio eletrônico fraudulento. O § 2º. – A ainda encerra o dispositivo com o emprego de uma fórmula genérica a permitir a interpretação analógica e progressiva, fazendo menção a “qualquer outro meio fraudulento análogo”.

Com perspicácia, Gilaberte e Montez apontam um erro material de natureza gramatical (concordância), na redação do tipo penal em estudo:

A concordância nominal usada no dispositivo também não é a mais adequada. O texto legal aborda o fornecimento de informações “pela vítima ou terceiro induzido a erro”, passando a impressão de que não é necessário que a vítima aja em falsa representação da realidade determinada pelo autor. Quando o sujeito é composto e constituído por gêneros diferentes, o ideal é que o predicativo concorde no masculino plural, a fim de que não parem dúvidas. Assim, a construção da frase deveria se referir à vítima e a terceiro “induzidos a erro”, que é efetivamente o que o legislador quis dizer. 87

Assim sendo, inobstante o erro material legislativo, exige o tipo penal que tanto a vítima quanto o terceiro sejam induzidos a erro pelo autor da infração. Enfim, como é de trivial conhecimento, a fraude é elemento constitutivo inarredável do estelionato seja ele em qualquer de suas formas.

Como antes da Lei 14.155/21 não havia qualificadora para o estelionato com uso de meios informáticos e/ou eletrônicos, é claro que essa qualificadora somente pode ser aplicada para os casos ocorridos após sua vigência, não tendo força retroativa por configurar nova lei mais gravosa.

No § 2º. – B é previsto, tal qual ocorre no furto eletrônico ou informático, um aumento da ordem de um terço a dois terços se o crime do § 2º. – A é cometido com uso

87 GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit.

de servidor mantido fora do território nacional. Note-se que esse aumento é exclusivo para o caso de “Fraude Eletrônica”, não sendo aplicável a outros casos de estelionato. Valem aqui os mesmos comentários já expendidos acerca do aumento idêntico previsto para os casos de furto eletrônico e/ou informático.

No seguimento é alterado o § 4º., agora com “nomen juris” de “Estelionato contra idoso ou vulnerável”. Antes esse mesmo parágrafo já previa aumento de pena, mas somente para os casos envolvendo vítimas idosas. Além disso, o aumento era fixo no dobro e atualmente tem variação entre um terço e o dobro. O incremento agora abrange também os vulneráveis. É prevista ali uma causa especial de aumento de pena da ordem de um terço ao dobro, quando o crime tiver como sujeito passivo idoso ou vulnerável. Esse aumento é análogo àquele previsto no caso do furto eletrônico. No entanto, não se pode dizer, como no caso anterior, que haja plena identidade. Isso porque no caso do furto o aumento é restrito aos furtos eletrônicos, conforme já visto, enquanto que no estelionato a causa de aumento em estudo é aplicável a todas as suas modalidades, incluindo a “Fraude Eletrônica”. Por isso no furto a questão é tratada num só parágrafo com dois incisos (vide artigo 155, § 4º. – C, I e II, CP), enquanto no estelionato o aumento referente ao servidor estrangeiro é previsto separadamente no artigo 171, § 2º. – B, CP, restrito aos casos do § 2º. – A, e o aumento relativo às vítimas idosas ou vulneráveis é previsto em apartado no artigo 171, § 4º., CP, sem a restrição aos casos de “Fraude Eletrônica”.

O que não se compreende é por que no caso do furto essa mesma técnica não foi utilizada, violando a proporcionalidade e razoabilidade. Note-se que o aumento para os casos de vítimas idosas ou vulneráveis se justifica por serem hipossuficientes diante de uma ação fraudulenta, portanto, no caso do furto, o aumento deveria ter sido previsto de tal forma a abranger não somente o furto mediante fraude eletrônico, mas o furto mediante fraude em geral (artigo 155, § 4º., II – fraude). Não seria realmente o caso de estender o aumento a todo e qualquer furto, mas seria sim o de aplicá-lo sem distinção a todos os furtos mediante fraude, eletrônicos ou não. Entretanto, não foi isso que o legislador fez e, portanto, temos tratamentos diversos entre o furto e o estelionato. Aliás, esse equívoco já vem da alteração que incluiu originalmente o aumento de pena do “Estelionato contra Idoso” e não tomou a mesma atitude com relação ao furto mediante fraude contra idoso, isso ainda na época da edição da Lei 13.228/15. O que temos hoje, portanto, é apenas a continuidade de um antigo equívoco e a conseqüente perda de oportunidade de seu conserto.

Com relação ao direito intertemporal deve-se observar que esse aumento de pena do § 4º., na sua atual conformação, pode ser lei mais gravosa ou mais benéfica, conforme as circunstâncias. Explica-se: quanto aos idosos, como já havia previsão de aumento e esse aumento era fixo no dobro, não havendo variância, e agora existe a variação de um terço ao dobro, pode-se dizer que se trata de “novatio legis in mellius”, com força retroativa, já

que o aumento pode ser menor e se for o máximo não há prejuízo, constituindo mera continuidade normativa típica. Já com relação aos vulneráveis não havia previsão de aumento algum, de modo que indubitavelmente se trata de “novatio legis in pejus” e sem força retroativa, somente podendo ser aplicada a casos posteriores à sua vigência.

Quanto aos demais aspectos dessa causa de aumento de pena, tirante sua maior amplitude, valem aqui as mesmas observações formuladas com relação à similar previsão do furto eletrônico.

Reitere-se a importância de ter em conta a diferença entre o furto mediante fraude (eletrônico ou comum) e o estelionato (também eletrônico ou comum), sabendo-se com isso aplicar um ou outro tratamento legal de acordo com a correta tipificação.

Um exemplo para aclarar:

Suponha-se que um indivíduo envie um email para uma pessoa, dizendo ser funcionário do banco onde esta tem conta corrente e pedindo seus dados cadastrais para confirmação, bem como suas senhas de acesso. Depois, com o uso de um cartão clonado ou mediante ingresso em aplicativo, faz o próprio criminoso a transferência de valores para uma conta à qual tem acesso. Esse é um caso de furto mediante fraude eletrônico. O criminoso fez a transferência, portanto, subtraiu o numerário. Não foi a vítima que lhe transferiu. Num outro quadro, novamente por meio de um email malicioso ou mensagem de whatsapp, o infrator consegue convencer a vítima a fazer-lhe uma transferência de valores para uma conta a que tem acesso. Nesse caso foi a vítima mesma quem entregou o valor ao criminoso submetida a engano, de modo que se configura a “Fraude Eletrônica” e não o furto. Não houve subtração, mas tradição (entrega) do bem.

5 – COMPETÊNCIA PARA PROCESSO E JULGAMENTO DE CRIMES DE ESTELIONATO POR CHEQUE SEM FUNDO, FRUSTRAÇÃO DE PAGAMENTO DE CHEQUE, DEPÓSITOS E TRANSFERÊNCIAS

A Lei 14.155/21 também promove uma alteração no Código de Processo Penal Brasileiro, tratando especificamente da competência para os crimes de estelionato por meio de depósitos, transferências, cheques sem fundo ou frustração de pagamento de cheques. Note-se que essa alteração não é específica para fraudes eletrônicas, mas abrange outros casos tradicionais de estelionato como, por exemplo, os cheques sem fundos e demais situações sem necessidade do requisito da fraude eletrônica.

É criado um § 4º. no artigo 70, CPP que determina que nos casos acima aventados a competência será a do local do domicílio da vítima. Também esclarece o dispositivo que, em havendo pluralidade de vítimas com domicílios diversos, a competência será firmada pela prevenção.

A nova regra nos parece salutar, tendo em vista que havia bastante discussão acerca da competência para esses casos, principalmente envolvendo depósitos e transferências de valores. Além disso, toda a discussão foi exacerbada com o surgimento de bancos virtuais, o que dificultava ainda mais o estabelecimento de uma competência “ratione loci”.

Quanto aos cheques sem fundos ou com pagamento frustrado, já havia certa pacificação considerando-se o local da recusa do pagamento, inclusive com Súmulas do STJ e do STF a respeito, embora não houvesse norma legal explícita. De acordo com as Súmulas 244, STJ e 521, STF o local que estabelecia a competência para tais casos era o de recusa do pagamento, ou seja, a praça do cheque, onde ficava a agência bancária do emitente. Essas Súmulas agora perdem eficácia diante de disposição legal expressa que elege a competência do domicílio da vítima. 88

Porém, não se pode pensar que em qualquer caso de fraudes por meio de cheque será aplicada a regra do artigo 70, § 4º., CPP. Esta se refere apenas à figura equiparada do artigo 171, § 2º., VI, CPP (cheque sem fundos ou frustração do pagamento). Em casos de cheques falsificados, cheques de contas encerradas, cheques falsos ou clonados, cheques furtados ou roubados etc., aplica-se a regra normal do artigo 70, “caput”, CPP e a Súmula 48, STJ que afirma competir “ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque” (esta Súmula não sofre qualquer dano com o advento da Lei 14.155/21). Na prática isso não altera muito o resultado da competência, considerando que a vítima normalmente é lesada no local de seu domicílio. Mas, em casos especiais em que a vítima é lesada fora da área de seu domicílio, haverá divergência. Imagine o seguinte:

Um indivíduo de São José dos Campos – SP passa um cheque sem fundos em Lorena-SP (onde a vítima é estabelecida), cheque este de sua titularidade (do infrator) em

88 Essa também é a orientação de Cavalcante ao afirmar que tais súmulas “estão superadas”. Cf. CAVALCANTE, Márcio André Lopes, Op. Cit. Igualmente é o entendimento de Gilaberte e Montez: GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit. Diversamente, entendem Costa, Fontes e Hoffmann, para os quais não houve maiores prejuízos às mencionadas Súmulas. Cf. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit. Acontece que os autores incidem em um equívoco. Aduzem que o local da recusa do pagamento pelo sacado seria o mesmo de domicílio da vítima, quando não é isso. O local de recusa do pagamento é o da “praça do cheque”, ou seja, onde se localiza a agência bancária daquele que **emitiu o cheque e não daquele que o recebeu**. Quem emite o cheque é o autor do estelionato, não a vítima. Essa inversão indevida levou os autores a erro em sua conclusão. Na verdade, a redação dada ao artigo 70, § 4º., CPP pela Lei 14.155/21 prejudica totalmente as Súmulas em destaque, estabelecendo regra legal que inverte a competência antes indicada pelos tribunais superiores. Na realidade o domicílio da vítima somente coincidiria com o da recusa do pagamento, acaso estelionatário e vítima morassem e tivessem contas bancárias na mesma cidade. Ainda assim, a recusa do pagamento se daria na agência do estelionatário e não na da vítima, salvo se também tivessem contas na mesma agência.

banco na primeira cidade. Antes a competência era de São José dos Campos – SP, agora é de Lorena – SP, domicílio da vítima. Outro caso seria um indivíduo que passa um cheque falso em Lorena-SP. Acaso a vítima seja também moradora de Lorena – SP, embora se aplique ao caso o artigo 70, “caput”, CPP e não seu § 4º., a competência continua em Lorena-SP e acaba coincidindo acidentalmente com o domicílio da vítima. Nada acaba se alterando na prática, mas tão somente a norma legal aplicável é diversa. Porém, nesse caso do cheque falso, se a vítima que o recebeu era, por exemplo, um vendedor ambulante, morador de Ubatuba – SP, a competência continuará em Lorena – SP e, portanto, também na prática haverá alteração pela aplicação do artigo 70, “caput”, CPP e Súmula 48, STJ no caso de cheque falso e não do artigo 70, § 4º., CPP.

Já nos casos de crimes de estelionato cometidos mediante depósitos ou transferências de valores, aplica-se diretamente a regra do artigo 70, § 4º., CPP, sendo competente o local de domicílio da vítima e, em havendo pluralidade, a questão se resolve pela prevenção.

Frise-se, por fim, que nos demais casos de estelionato, seja do “caput” ou parágrafos do artigo 171, CP, a competência continua se firmando pela regra geral do artigo 70, “caput”, CPP (local onde se consuma a infração, o que equivale a dizer, no caso de crimes patrimoniais, onde ocorre o efetivo prejuízo da vítima).

No que diz respeito ao direito intertemporal, em se tratando de norma de caráter estritamente processual penal (competência), aplica-se, em regra, o sistema do isolamento dos atos processuais ou aplicação imediata, sem que seja necessário adentrar em questões de retroatividade ou ultratividade. Porém, o que fazer em relação aos processos já em andamento? Continuar no mesmo juízo ou remetê-lo de acordo com a nova regra?

Em se aplicando a regra geral do isolamento dos atos processuais, conforme artigo 2º., CPP, caberia remeter os autos ao novo juízo competente de acordo com o artigo 70, § 4º., CPP. Pode haver quem assim entenda, dada a determinação expressa do artigo 2º., CPP já mencionado. 89

Entretanto, considera-se que essa alteração geraria graves entraves, especialmente à nossa já combatida agilidade processual. No que tange às regras de competência existe a chamada “perpetuatio jurisdictionis”, obtida por integração do artigo 43, CPC c/c artigo 3º., CPP. 90 De acordo com o princípio da “perpetuatio jurisdictionis” quando iniciado um

89 Neste sentido: GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus, Op. Cit. COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique, Op. Cit.

90 Eis a redação do artigo 43, CPC: “Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta”.

processo em determinado juízo, nele deve seguir até seu final julgamento (seria uma exceção à aplicação imediata das normas processuais, adotando-se o sistema da unidade processual). Quando um processo se inicia a competência é firmada, de maneira que eventuais alterações nesse tópico serão tidas, em regra, como irrelevantes. 91 A aplicação desse princípio por meio da analogia ao Processo Civil, que tem sido admitida correntemente, 92 nos parece a melhor solução para os casos em andamento. O ideal seria que o legislador houvesse previsto uma norma de transição determinando expressamente esse procedimento. Infelizmente não o fez, o que certamente gerará alguma controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Agora, quanto aos casos em que ainda não há processo, mesmo havendo inquérito em andamento, a aplicação da nova norma é imediata, de acordo com o artigo 2º, CPP, pois que a “perpetuatio jurisdictionis” não se refere à fase pré – processual, mas somente quando já iniciado o processo em juízo. Portanto, não importa se o fato se deu antes da nova norma, o que pode importa é se o processo já estava em andamento antes dela.

6 – CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, pode-se afirmar que no que diz respeito ao regramento de delitos informáticos e eletrônicos, desde a invasão de dispositivos até a prática de

91 Neste sentido: CAVALCANTE, Márcio André Lopes, Op. Cit.

92 Ainda antes do CPC de 2015, já era esse procedimento admitido pelo STJ, conforme se vê do seguinte julgado: **HC 246.383/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, 6ª. Turma, j. em 18/06/2013, DJe 20/08/2013: “O art. 3º do Código de Processo Penal admite que se estenda à seara Processual Penal o disposto no art. 87 do Código de Processo Civil/1973, segundo o qual se determina a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”. E nada mudou desde então, mesmo com o novo CPP e seu artigo 43. Esse julgado vem sendo repetido com as mesmas fundamentações em decisões posteriores. Por exemplo, no voto do Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, proferido no Conflito de Competência STJ n. 149.111/PR, j. em 08.02.2017: “Com efeito, o art. 3º do Código de Processo Penal admite que se estenda à seara Processual Penal o disposto no art. 87 do Código de Processo Civil/1973, segundo o qual se determina a competência no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia (HC 246.383/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 20/08/2013). A norma sofreu algumas alterações de redação no art. 43 do CPC/2015, mas manteve, em essência o mesmo espírito”. Nesse julgado o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca apenas afasta a “perpetuatio jurisdictionis” porque se pretendia alicerçá-la na fase de Inquérito Policial e não no início da ação penal. Finalmente vale destacar que em pesquisa no site JusBrasil é possível encontrar decisões do STF, STJ, TJs e TRFs acatando a “perpetuatio jurisdictionis” no Processo Penal por analogia, desde a década de 1990 até 2021. Consulte-se o link: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=APLICA%C3%87%C3%83O+AO+PROCESSO+PENAL+DO+PRINC%C3%8DPIO+DA+PERPETUATIO+JURISDICTIONIS&p=15>, acesso em 29.07.2021.**

crimes patrimoniais, a Lei 14.155/21 pode ser considerada uma evolução do cenário jurídico brasileiro, embora não esteja imune a erros e críticas.

No que tange à questão processual de regramento da competência para o crime de estelionato, também se considera ter havido em geral um avanço, especialmente no que se refere à segurança jurídica sobre o tema.

7 – REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Novo Crime de Invasão de Dispositivo Informático. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico> , acesso em 27.07.2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Lei 14.155/2021: promove alterações nos crimes de invasão de dispositivo informático, furto e estelionato. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2021/05/lei-141552021-promove-alteracoes-nos.html#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2014.155%2F2021%20tamb%C3%A9m%20promoveu%20duas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20no,com%20o%20C2%A7%204%C2%BA%2DB.> , acesso em 28.07.2021.

COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. Lei 14.155/21 incrementa punição de crime eletrônicos e informáticos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-28/opinio-lei-1415521-incrementa-punicao-crimes-eletronicos-informaticos#:~:text=Foi%20publicada%20nesta%20sexta%2Dfeira,definindo%20hip%C3%B3tese%20de%20compet%C3%A2ncia%20criminal.> , acesso em 28.07.2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.155/21 e os crimes de fraude digital: primeiras impressões e reflexos no CP e no CPP. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/05/28/lei-14-15521-e-os-crimes-de-fraude-digital-primeiras-impressoes-e-reflexos-no-cp-e-no-cpp/> , acesso em 28.07.2021.

GILABERTE, Bruno, MONTEZ, Marcus. Lei 14.155/2021 em análise: invasão de dispositivo informático, furto eletrônico, fraude eletrônica e competência. Disponível em <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1229253925/a-lei-n-14155-2021-em-analise-invasao-de-dispositivo-informatico-furto-eletronico-fraude-eletronica-e-competencia> , acesso em 28.07.2021.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018.



MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18^a ed. Rio de Janeiro: Forens e, 1999.

O DISCURSO OFICIAL DA TEORIA DA PENA

ALIXANDRE BARROSO VIEIRA: Mestre em Direito pela PUC/MG, pós-graduado em Ciências Penais pela mesma instituição e graduado em direito pela Funcesi. Ex-Professor de Direito Penal e Processo Penal do CENSI - Itabira (graduação); e da Funcesi nas disciplinas de direito penal (professor visitante da graduação). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. É ainda pós-graduado lato senso em Direito Ambiental, e Direito Processual Civil, pela Faculdade Internacional de Curitiba - FACINTER. Advogado Criminalista.

Resumo: O presente artigo objetiva discorrer sobre as teorias justificacionistas, bem com criticar a finalidade por eles proposta. Ao longo dos tempos o homem tenta justificar a finalidade da pena. Foram criados diversos discursos, porém nenhum se mostra satisfatório. A pena sempre teve um caráter cruel e desumano. Não é por acaso que Ferrajoli (2006, p.319) afirma em sua obra que a história das penas é muito mais cruel do que a histórias dos crimes. Trata-se de um tema fascinante que merece nossa reflexão.

Palavras-chave: pena. finalidades. direito penal. teoria da pena.

Abstract: This article aims to discuss the justificacionistas theories, as well as criticizing the purpose they proposed. Over time man tries to justify the purpose of punishment. Several speeches were created, but none shown satisfactory. The penalty has always had a cruel and inhuman character. It is no coincidence that Ferrajoli (2006, p.319) states in his book that the history of pens is much more cruel than the stories of crimes. It is a fascinating topic that deserves our reflection.

Key words: penalty; purpose; criminal law theory of punishment.

1.INTRODUÇÃO

O escopo deste trabalho é analisar as teorias da pena, bem como as críticas a elas destinadas. Sabe-se que existem muitas teorias que buscam explicar o fim da pena, a literatura a respeito do tema é rica, porém parece que nenhuma encontra consenso geral entre os juristas. Faz se necessário, que o criminalista adote uma teoria que justifique o fim da pena, pois este se confunde com o próprio fim do direito penal. A pena de prisão é

amarga e esconde muitas “sub-penas” que ocorrem nas prisões de maneira velada, como os abusos sexuais, as sevícias e opressões em que vivem os reclusos. Muitas juristas que realmente conhecem o cárcere, preferem morrer à viver segregados nesse sistema penal atualmente falido.

A própria história das penas é muito mais cruel do que a história dos crimes. Nesse sentido ensina Ferrajoli “a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos” (FERRAJOLI, 2006, p. 355) E continua o mestre italiano:

[...] Porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um (FERRAJOLI, 2006, p. 355).

2. TEORIAS ABSOLUTAS

A teoria absoluta propõe castigar o delinquente, ou seja, pagar o mal com o mal. Melhor dizendo ao mal do crime se impõe o mal da pena. Logo o que se busca é um ideal de justiça. Não existe preocupação com o futuro (prevenção), o que se busca é somente punir o criminoso sem preocupação com uma possível reincidência no futuro. Nesse sentido afirma com autoridade Paganella Boschi (2011): “De acordo com essa teoria, a pena tem que ser imposta por causa do fato, isto é, por ter o indivíduo delinquido (qui peccatum est)”. (BOSCHI, 2011, p.88) De maneira bem clara, a pena é um fim em si mesma, e deve ser aplicada para garantir a justiça no caso concreto.

De forma alegórica, Immanuel Kant (2008) em sua obra intitulada, A Metafísica dos Costumes, nos demonstra de maneira clara a idéia proposta pela teoria da absoluta através de seu famoso exemplo:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse se separar e se dispersar pelo mundo), o último assassino (criminoso) restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguínea não se vinculasse por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça (KANT, 2008, p.176)

Segundo Kant (2008) a lei é um imperativo categórico, deste modo deve-se impor uma sanção para todo aquele que viole a lei estatal, para que se cumpra um mandado de justiça. (KANT, 2008, p. 175) Outro filósofo que contribuiu de maneira decisiva para a formação da teoria absoluta foi Hegel (1997). Em sua obra livro Princípios de Filosofia do Direito, Hegel defende que a tese, de que quando um crime é praticado a lei é violada necessitando novamente ser reafirmada através da sanção penal. Melhor dizendo, se o crime é a negação do direito e a pena é a negação do crime, conclui-se que a pena reafirma o direito violado pelo injusto. (HEGEL, 1997, p.91)

A teoria absoluta não está em conformidade com o princípio da legalidade, por tratar a pena como fim em si mesma; e desta forma, não se preocupar com o ser humano e sua dignidade. Como se extrai das lições de Cláudio Brandão (2002)

Todavia, o Direito Penal fundamentado no Princípio da Legalidade põe como figura central de seu sistema a pessoa humana, protegida pelo referenciado Princípio. Isso posto, o mal da pena deve transcender a ela e visar a valorização do homem, que é dito como destinatário do Direito Penal e valorizado em sua dignidade humana (BRANDÃO, 2002, p.159).

Em suma, a teoria da retribuição visa castigar o delinquente, como forma de retribuição do mal causado pelo injusto. A pena, segundo esta teoria é um fim em si, e não carece de uma visão futurística a cerca da ressocialização do criminoso. Cabe ainda aqui destacar um ponto positivo da teoria retributiva é a sua proporcionalidade, o que não ocorria na época da vingança privada.

2.2. CRÍTICAS A TEORIA ABSOLUTA DA PENA

A pena não pode englobar em sua finalidade um caráter religioso, no sentido de punir o criminoso porque pecou (punitur, quia peccatum est). Vivemos em um Estado democrático de direito laico, logo a pena não pode estar vinculada a crença religiosa. Ademais todo poder emana do povo e não de Deus, segundo o artigo primeiro, parágrafo único da Constituição Federal. Nesse sentido são as lições de Roxin (1997)

Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los iudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre em paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede

obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo (ROXIN, 1997, p.84).

Figueiredo Dias (1999) na mesma linha, afirma que o Estado não pode ser uma

(...) entidade sancionadora do pecado e do vício, tal qual como uma qualquer instância os define, mas tem de se limitar a proteger bens jurídicos; e para tanto não pode a pena servir de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta (do latim, ab-soluta, terminologicamente desligada: dê-s-ligada) (DIAS, Figueiredo. 1999).

Destarte, fica claro que a pena não pode ter caráter expiatório, nem muito menos religioso. Porém não é incomum esse tipo de discurso seja propalado a comunidade, como podemos visualizar o discurso do Papa Pio XII no VI Congresso Internacional de Direito Penal, a respeito do caráter retributivo da pena: “o Juiz Supremo, no juízo (julgamento) final, aplica unicamente o princípio da retribuição. Este possuirá, então, um valor que não cabe desconhecer.”(MIR PUIG, 2007. p.87-88.) Percebe-se a integração entre o discurso retributivista da teoria absoluta e o discurso religioso empregado pelo igreja católica.

Uma segunda crítica a teoria retributiva é no sentido de que, o fim da teoria absoluta é visar uma compensação de culpas. Ou seja, ao mal do crime se impõe o mal da pena. Porém sabe-se que no direito penal, não admite a compensação de culpas. Logo a teoria absoluta por mais sedutora que pareça, não deixa claro os reais fins da pena. (ROXIN, 1998, p.17.) Ou seja, o Estado pune sem saber o porquê, mas pune como forma de retribuir o mal provocado pelo injusto. Melhor dizendo, não se sabe os fundamentos da pena, mas sabe-se que deve existir a punição ao infrator da lei penal, como forma de retribuir o mal causado pelo crime.

3. TEORIAS RELATIVAS

As teorias relativas tem um viés futurista, pois visam a prevenção. Teorias relativas justificam a imposição do mal da pena, para que o cidadão não pratique mais crimes. Segundo essa teoria a pena tem o fim de intimidar e neutralizar os indivíduos, para que não venham a praticar nenhum injusto. O brocardo que resume o esse pensamento, e está presente em quase todos os livros de direito penal é o seguinte: *punitur et ne peccetur*, ou seja, pune-se para que o cidadão não peque mais. O discurso dessa teoria é um discurso utilitarista, isto é a pena é vista como meio de controle social, pune-se para se evitar um mal maior.

As teorias relativas se dividem em prevenção geral e prevenção especial, vejamos cada uma delas.

3.1 PREVENÇÃO GERAL

Esse discurso estatal se baseia na coação psicológica, realizada através da ameaça de imposição de pena, a toda sociedade. O principal expoente da teoria preventivo-geral foi Anselm Von Ritter Feuerbach, que desenvolveu a teoria da prevenção geral, através do caráter intimidatório da pena. (HASSEMER, 2004, p.27) Essa teoria se subdivide em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

A teoria da prevenção geral negativa age como um recurso político-criminal, objetivando uma coação psicológica a toda sociedade. Nesse sentido, afirma com autoridade Cláudio Brandão: "(...) a corrente da prevenção negativa, para qual com a infligência do mal da pena, evita-se que novos delitos tornem a acontecer. A teoria da coação psicológica de Feuerbach, se enquadra perfeitamente na prevenção geral negativa." (BRANDÃO, 2002, p. 160) Vejamos ainda, as palavras de Roxin (1997):

El aspecto negativo se puede describir con "el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes". Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach. Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con teinto cálculo que les pueda afectar una "intimidación" y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Políticossalmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y outra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener êxito en cuanto a la prevención general.(ROXIN,1997, p.91)

A teoria da prevenção geral positiva também conhecida como prevenção integração, objetiva reafirmar a validade e eficácia da lei penal perante a sociedade, bem com a reafirmação de todo sistema legal e proteção de bens jurídicos essenciais a pessoa humana. Nesse sentido são as lições de Alessandro Baratta (2004):

El Estado, como expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad, de la cual son responsables determinados individuos, por medio de las instancias oficiales del control social,(legislación, policía, magistratura, instituciones penitenciarias). Éstas interpretan la legítima reacción de la sociedad, o de 1; gran mayoría de ella, dirigida a la reprobación y a la condena del

coniportamiento desviado individual, y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales (BARATTA, 2004, p.36).

Com isso a prevenção geral positiva, tem por escopo reafirmar a confiança da população nas leis bem como, promover uma pacificação social. Caso os violadores da lei penal não fossem sancionados, isso poderia provocar uma incitação ao crime, a imitação dos criminosos. (ROXIN, 1997, P.91-92)

Já para Jakobs, a teoria da prevenção geral positiva, tem por principal fim a estabilização do direito que se produz com a reafirmação da lei penal violada, definida por ele por bem jurídico-penal. Vejamos as palavras de Jakobs:

Se habla de prevención general positiva -no intimidatoria, sino, como se ha dicho, confirmatoria-, es decir, de una confirmación frente a todos". Esta teoría de la prevención general positiva no carece de antecedentes, sino que es próxima, a su vez, a la doctrina de Welzel según la cual el Derecho penal tiene una "función ético-social", lo que significa que demostraría "la vigencia inquebrantada" de los "valores de acto de la actitud conforme a Derecho", que forma "el juicio ético-social de los ciudadanos" y fortalece "su permanente actitud favorable al Derecho"(JACKBS,1998, P.32).

Em resumo para Jakobs (1998), a prevenção integração não tem nada a ver com a proteção de bem jurídicos, como diz Roxin(1997), para ele o direito tem a função de estabilizar as expectativas normativas e políticas. Na doutrina existe o dilema, sobre quem criou a prevenção integração, não se sabe ao certo se foi Jakobs ou Roxin.

3.2 CRÍTICA A PREVENÇÃO GERAL

A crítica a ser feita aqui é tanto a prevenção geral negativa, bem como a prevenção geral positiva. A prevenção geral negativa, não cumpre o seu objetivo de inibir condutas criminosas, pois o que o cidadão de forma geral teme não é o direito penal e sua sanção. Sabe-se que muitas vezes o que é levado em conta em se evitar comportamentos criminosos, são os freios morais e religiosos e não o direito penal e a sua ameaça de sanção aos possíveis infratores.

Outra crítica é cabível quanto ao rigor da pena, há muito tempo já é sabido em termos gerais, que a gravidade da pena, não provoca coação psicológica no indivíduo que tem a intenção de praticar um injusto. Pode-se dizer que, o que provoca certa coação psicológica é a certeza ou grande probabilidade de ser sancionado pela lei penal. Nesse sentido ensinava Beccaria (2005) em sua obra clássica, publicada em 1764:

Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranqüilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e menos penosa no corpo do réu. (BECCARIA, 2005, p. 62)

Segundo Roxin, a teoria da prevenção geral apresenta defeitos teóricos e práticos, para o ilustre penalista a pena não pode ser usada como forma de terrorismo estatal. Infelizmente na prática, o Estado tem usado do direito penal simbólico, bem como do terrorismo estatal com o fim de coibir delitos através da gravidade pena, um exemplo seria a lei de crimes hediondos. Essa prática infeliz do legislador deve ser evitada sob pena de se violar a dignidade da pessoa humana. (ROXIN, 1997, P.93)

4. TEORIA MISTA OU ECLÉTICA

Essa teoria nasceu no século XX, por meio da doutrina de Merkel. A teoria unificada da pena faz uma junção das teorias absoluta com a teoria relativa, ou seja englobam o discurso preventivo e retributivo da pena em uma só teoria. Logo a pena segundo esta teoria, tem por fim a punição por si só, bem como a prevenção de futuros delitos. Nesse sentido leciona Juarez Cirino dos Santos (2008):

Finalmente, as modernas teorias unificadas da pena criminal representam uma combinação das teorias isoladas, realizada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal. Assim, a pena representaria (a) retribuição do injusto realizado, mediante compensação ou expiação da culpabilidade, (b) prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como

manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica etc (SANTOS, 2008, P.469-470).

Essas também são as lições de Leonardo Isaac Yarochevsky (2004): “Grosso modo, pode se afirmar que as teorias unitárias, mistas ou ecléticas procuram fundir, no mesmo plano, a idéia do justo (retribuição) e a idéia do útil (prevenção)”(YAROCHEWSKY, 2004, p.186). Deve-se lembrar que esta é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 59, assim sendo, o Brasil a exemplo da Alemanha também adotou a teoria mista. Para não nos tornamos repetitivos remetemos o leitor, ao que foi exposto acima acerca da função retributiva e preventiva da pena.

5. CRÍTICAS AS TEORIAS MISTAS

A teoria unificadora da pena não cumpre a função por ela proposta, de retribuir o mal do crime com o mal da pena, nem muito menos a função de intimidar a sociedade ou possíveis infratores. Além disso, a adoção de uma teoria que abarca várias finalidades da pena, que são contraditórias e excludentes entre si, pode servir para legitimar a qualquer punição de acordo com o caso concreto. (ROXIN, 1997, P.95) Também nesse sentido leciona Francisco Muñoz Conde (2001)

Precisamente en esto fracasan también las teorías de la unión. Para estas teorías, lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y por via de excepción admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. Pero como recientemente ha demostrado ROXIN, la retribución no es el único efecto de la pena, sino tino más de sus diversos caracteres. Si se distingue cada uno de los distintos estadios en que la pena aparece, se observara que en cada uno de ellos la pena cumple funciones y finalidades distintas. En el momento de La amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en La aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, La idea de prevención especial, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincent (CONDE, 2001, p.74).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias justificacionistas da pena não tem realizado as suas funções declaradas; aliás a única teoria da pena que cumprindo a sua finalidade é a teoria retributiva, de impor o mal da pena ao mal do crime de forma cruel e desumana.(YAROCHEWSKY, 2004, 220.)

A criminologia crítica ao abordar esse assunto, revela que a pena tem uma finalidade oculta, qual seja de garantir uma sociedade desigual; esta sim sua real finalidade. O direito penal infelizmente está a serviço dos burgueses. Sabe-se que o direito penal é seletivo, e provoca a estigmatização em indivíduos excluídos das relações de produção e de baixa renda. Tem ainda a função política de garantir e reproduzir a escalada social vertical como uma das funções da pena, bem como encobrir e imunizar condutas das elites com alto poder econômico. (BARATTA, 2004, p.173-175) Nesse sentido afirma com autoridade Maria Lucia Karam (1991):

Mas, onde a eficácia publicitária do sistema penal se manifesta mais forte e perversamente e em sua atuação sobre as classes subalternas, que, desejando a solução penal, não percebem que são elas próprias as vítimas preferenciais daquela carga de estigma, injustiça e violência; que, levadas a aplaudir a solução extrema da pena de morte oficializada ou extra-oficial, não percebem que estão assinando suas próprias sentenças de morte. Fazendo acreditar na fantasia de uma falsa solução, que, além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, ; seletiva e desigualmente distribuídos, provocando, ainda, um enorme volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação de liberdade e morte, O sistema penal poderia, facilmente, se enquadrar entre os produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos, cuja publicidade enganosa ou abusiva se pretende proibir, através da paradoxal criação de novos crimes, por uma lei penal, que, assim, contraria a si mesma (Karam, 1991, p.207)

O Estado tem tentado justificar a pena com essas finalidades falaciosas pregadas pelas teorias justificacionistas. Devemos repensar a finalidade da pena no atual Estado. Porque punir e para que punir?

Michel Foucault (2010) já ensina que estes modelos justificacionistas são falidos, o que já foi constatado pelo estado, muito embora o Estado ainda insista em justificar e usar a pena com essas finalidades falaciosas. (FOUCAULT, p.126-127)

Muitos penalistas têm definido a pena, como um mal necessário. Porém sabe que devemos refletir acerca do pensamento proposto por Gustav Radbruch (2004) "Não

precisamos de um Direito Penal melhor, mas de algo melhor que um direito penal.” (RADBRUCH, 2004, p. 246)

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi: Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROXIN, Claus. Derecho penal parte general tomo I: fundamentos la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas, Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: 1999.

ROXIN, Claus. *Sentidos e Limites da Pena Estatal*. In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. 7ªed. Buenos Aires: B de F, 2007.

HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: B de F, 2004.

JAKOBS, Günter. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: Cuadernos de Conferencias y artículos, n.16, Universidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa, revisão Roberto Leal Ferreira. 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal parte geral – 3^a edição, Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Da reincidência criminal. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

CONDE, Francisco Muñoz. Introduccion al derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2001.

BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

Karam, Maria Lucia. De crimes, penas e fantasias. Rio de Janeiro: Editora Luam 1.Ed., 1991.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CRIMES VIRTUAIS: UMA ABORDAGEM JURÍDICA ACERCA DAS LIMITAÇÕES NO COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

JUSTINO SOARES DOS SANTOS FILHO:

Graduando do curso de Direito da
Universidade de Gurupi – UnirG.

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN⁹³

(orientador)

RESUMO: Os avanços tecnológicos encontrados na área da informática causaram e ainda causam um significativo impacto na sociedade, que os consomem diariamente. Esse impacto pode também ser percebido quando se utiliza das ferramentas trazidas por essa área no cometimento de crimes. No caso em tela, fala-se em crimes cibernéticos ou virtuais, que são crimes realizados por meio da internet. Frente a isso, o presente estudo possui a finalidade de analisar o desenvolvimento dos crimes virtuais, apresentando as suas particularidades e mostrando a sua punibilidade. De igual modo, também se discute quais dificuldades são encontradas na instrução probatória e na identificação do agente. Na metodologia, tem como técnica de pesquisa a referência bibliográfica e como meio de pesquisas, sites de busca, livros, artigos científicos e a norma brasileira. Nos resultados ficou evidente constatar que os crimes virtuais trazem além do prejuízo financeiro ao Estado, gera insegurança social. Portanto, é urgente que se tenha leis mais específicas que tratem desses crimes e uma maior modernização dos equipamentos de investigação.

Palavras-chave: Crimes virtuais. Combate. Legislação brasileira. Limitações.

ABSTRACT: Technological advances found in the area of information technology have caused and still cause a significant impact on society, which consumes them daily. This impact can also be seen when using the tools brought by this area in the commission of crimes. In the present case, we are talking about cyber or virtual crimes, which are crimes carried out through the internet. In view of this, this study aims to analyze the development of virtual crimes, presenting their particularities and showing their punishment. Likewise, it is also discussed which difficulties are found in the evidentiary instruction and in the identification of the agent. In the methodology, the bibliographic reference is used as a research technique and as a means of research, search sites, books, scientific articles and the Brazilian standard. In the results, it was evident to verify that virtual crimes bring, in addition to the financial loss to the State, it generates social insecurity. Therefore, it is

93 Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG..

urgent to have more specific laws that deal with these crimes and a greater modernization of investigation equipment.

Keywords: Virtual crimes. Combat. Brazilian legislation. Limitations.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Dos crimes virtuais: aspectos gerais. 4. Legislação Brasileira frente aos crimes virtuais. 5. Da investigação policial dos crimes virtuais. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico na área da informática e dos meios digitais trouxe para a sociedade um significativo impacto, principalmente na forma de comunicação. Esses avanços se encontram por meio de aparelhos digitais, tais como Smartphones, tablets e principalmente pelas redes sociais, assim como sites e demais ferramentas. Esses aparatos são utilizados diariamente e constantemente pelo indivíduo, para fins de toda ordem.

Devido ao seu uso de forma constante por qualquer indivíduo, no âmbito digital tem-se percebido juntamente com o seu crescimento, o aumento da prática de crimes dessa espécie. Diariamente diversos cidadãos, empresas e até o Estado são vítimas de ataques oriundos do meio digital (TRUZZI, 2013).

Em razão da ocorrência cada vez mais numerosa de crimes de toda ordem na área digital, o Direito vem voltado seus olhos para esse cenário. Denominado de crimes cibernéticos ou virtuais, a legislação brasileira, juntamente com as equipes de investigação vem ampliando o trabalho na penalização, combate e prevenção desses crimes em solo brasileiro.

É com base nesse cenário que a presente pesquisa busca discorrer. Desse modo, objetiva-se analisar o real impacto que os crimes cibernéticos possuem para o Direito, apresentando o seu conceito e o seu *modus operandi*. Além disso, num objetivo mais específico, discute-se de que forma a linha investigativa pode trabalhar para elucidar a autoria e desenvolvimento de tais atos delituosos. Elaborado esses objetivos, também se discorre a respeito dos efeitos que os crimes cibernéticos trazem para o cenário jurídico.

Portanto, no decorrer de sua análise procura-se responder: quais os efeitos jurídicos e sociais dos crimes cibernéticos no âmbito do Direito? E quais as limitações impostas na busca por provas?

Cabe destacar que tal temática é de suma importância em razão das muitas situações passíveis de verificação com relação aos crimes cibernéticos, que vem prejudicando cada vez mais pessoas e órgãos públicos.

2. METODOLOGIA

Esse trabalho se configura como uma revisão de literatura, ao qual foi formulado por meio de dados bibliográficos e documentos. Os materiais foram constituídos pelas leis nacionais, de artigos científicos, de periódicos, de reportagens jornalísticas e demais materiais relacionados ao tema.

A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os dias 10 a 28 de agosto de 2021.

3. DOS CRIMES VIRTUAIS: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar no tema central desse estudo, é necessário inicialmente discorrer em linhas gerais sobre os crimes virtuais. Os crimes virtuais ou também chamados de crimes cibernéticos se originam por meio da rede de computadores. É por meio desse aparato que é possível aferir este tipo de crime.

Importante explicar que existem ações ilícitas que são realizadas contra o computador, enquanto há outras que são feitas por “meio” dele, sendo esse último o enquadramento do crime virtual (GOMES, 2000).

Para realizar um crime virtual é necessário que haja uma rede conectada, e para isso necessita-se de internet. Esse termo, surgido durante a década de 1960, é entendida como uma “estrutura onde são passados milhares de terabytes de dados diariamente entre servidores e computadores pessoais, smartphones, tablets, consoles, televisores, etc.” (CIRIACO, 2016, p. 02).

É portanto, uma rede de computadores que compartilham informações e dados entre si. Isso ocorre através do *World Wide Web* (www) que é como uma teia mundial, onde se permite que o usuário possa utilizar o conteúdo passado pela internet (CIRIACO, 2016).

É por meio da rede de computadores que o crime virtual é realizado. Em termos conceituais, Rosa (2016, p. 55) diz que o crime cibernético é “todo aquele ato que venha a prejudicar outrem por meio de dados armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão”. Alves (2020, p. 12) por sua vez, explica que é “o uso de um sistema de informática cujo objetivo é atingir um bem ou interesse que seja tutelado pelo Direito, pertencente ao Estado, ao direito privado ou ainda à integridade física, moral, individual de outrem”.

Para Gonçalves (2017) os crimes virtuais são as ações ilegais praticadas por criminosos através de várias ferramentas eletrônicas, como por exemplo, um computador, um celular, um notebook, dentre outros. O criminoso busca com isso produzir, distribuir, vender ou qualquer outra atitude que venha expor o conteúdo adquirido de modo ilegal.

Continuando, desde o crescimento e a efetivação do uso da internet na sociedade, nas últimas décadas tem-se percebido um aumento significativo de crimes que são praticados por meio da rede de computadores. A título de exemplo, cita-se abaixo um trecho de uma reportagem jornalística que mostra os recentes dados sobre a criminalidade na internet:

[...] O número de denúncias anônimas de crimes cometidos pela internet mais que dobrou em 2020. De janeiro a dezembro do ano passado, foram 156.692 denúncias anônimas, contra 75.428 em 2019. Os dados levam em conta as notificações recebidas pela Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, uma parceria, da ONG Safernet Brasil com o Ministério Público Federal (MPF). O total de 156.692 é o maior número da série histórica desde que o levantamento começou, em 2014.⁹⁴

Com os dados acima apresentados, fica evidente constatar que a prática do crime cibernético ainda é nos dias atuais muito frequente. Isso mostra que os cibercriminosos (nome dado aqueles que praticam o presente delito) tem utilizado da internet para realizar diversos crimes, causando prejuízos a terceiros, a empresas e ao Estado.⁹⁵

Esses crimes podem ser divididos em três categorias principais; a saber:

Cibercrimes puros: são aqueles em que o computador é o alvo dos infratores. Ou seja, quando o sistema (pessoal ou corporativo) sofre um ataque.

Cibercrimes mistos: acontecem quando o sistema de computador é usado como “arma” para a prática dessas ações.

94 Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/02/09/numero-de-denuncias-de-crimes-cometidos-pela-internet-mais-que-dobra-em-2020.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2021.

95 Há ainda de se mencionar o *cracker* e o *hacker*, que também estão presentes nos crimes cibernéticos. O primeiro possui enorme conhecimento de sistemas operacionais e linguagens de programação, e faz uso desse conhecimento para tirar vantagens e lucros financeiros ou de dados pessoais, para posteriormente destruir e roubar. O segundo, também detém um conhecimento elevado sobre informática, mas o faz apenas em benefício próprio, como para provar a si mesmo que é capaz de praticar tais crimes (TAVARES, 2013).

Cibercrimes comuns: são aqueles em que o computador é usado como um acessório, apenas para guardar informações ilegais e roubadas.

(PINHEIRO, 2021, p. 25)

Além dos citados acima, tem-se também os crimes virtuais impróprios (uso de equiparados eletrônicos para efetuar o crime, mas não danificando algum dado) e os crimes virtuais próprios (é preciso haver a quebra de sigilo de dados). (CUNHA, 2020).

Cabe destacar que o aumento da prática de crimes na internet também se deu por conta da popularização das redes sociais e da facilidade em resolver questões financeiras por meio de sites e aplicativos de banco. Nesses locais, a troca constante de imagens pessoais, de informações financeiras e sigilosas, de vídeos, de senhas e mensagens facilitou a continuidade de práticas delituosas nesses locais.

Como bem ressalta Bittencourt (2017, p. 12), de um lado a tecnologia trouxe “aos seus usuários uma maior liberdade e igualdade individual, em contrapartida tirou-lhes a habilidade de distinguir as pessoas com as quais se relacionam virtualmente, não sabendo exatamente se está lidando com um criminoso ou não”.

O fato é que os crimes virtuais são o grande destaque da sociedade moderna. Como milhares de pessoas fazem uso de qualquer aparato eletrônico nos dias de hoje, naturalmente o número de ataques e de cometimento de crimes acaba sendo elevado. Cabe salientar que muitos indivíduos acabam por ajudar o cibercriminoso na consumação do crime, na forma de exposição dos seus dados pessoais (senhas, imagens, vídeos, localização, etc.) o que se torna uma fonte de informação fundamental para que os crimes dessa natureza ocorram.

No entanto, a legislação brasileira tem promulgado normas que visem coibir essas práticas, conforme se expõe o tópico seguinte.

4. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AOS CRIMES VIRTUAIS

Uma das principais imagens que se tem a respeito dos crimes virtuais é em relação a “falsa” impunidade. Diz-se falsa porque mesmo que não sendo plenamente eficiente na prática, o Brasil dispõe de normas e de projetos de leis que tenham como objetivo punir e prevenir que novos atos delituosos sejam realizados no campo informático.

A principal lei que rege sobre o presente tema é a Lei nº. 12.737/2012 conhecida como a Lei Carolina Dieckmann. Essa lei surgiu em razão do fato de que a popularmente atriz Carolina Dieckmann sofreu ameaças de um cibercriminosos que detinha em seu arquivo (que foram hackeadas) suas fotos íntimas. Mesmo não cedendo às ameaças, as

fotos acabaram por serem expostas a toda a rede. Diante da repercussão que esse caso tomou, o Congresso Nacional se movimentou até que fora criada a presente lei.

O objetivo da lei em comento é criminalizar a invasão de computadores, o “roubo” de senhas e arquivos, além da exposição de fotos e vídeos íntimos dos usuários. Nestas situações a penalidade prevista é de 03 meses a 01 ano, conforme regula o caput do art. 154-A:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Pena - detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, e multa.

(BRASIL, 2012)

O que se percebe neste artigo acima citado é a tutela da privacidade e da intimidade, bens tão valiosos ao ser humano, como também a proteção de dados particulares do proprietário deste dispositivo. Cabe lembrar que na respectiva lei, “prevê que o dono de seus próprios dados deva colocar meios ou medidas que impeçam ou dificultem a invasão desses dados, gerando assim a sua proteção, para que assim, demonstre que esses arquivos não sejam de conhecimento público” (TAVARES, 2013, p. 40).

Ainda nessa lei, também é importante mencionar que ela trouxe penas para os casos onde há possibilidade de invasão, com o intuito de conseguir dados pessoais das vítimas. A sua normatização é decorrente da observância do princípio constitucional da privacidade. Sendo assim, visa esta norma a segurança de dispositivos eletrônicos, como o Smartphone, por exemplo.

Art. 154-A [...]

§2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão à terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas.

(BRASIL, 2012)

Pela lei em destaque, nota-se que ela é muito clara ao fazer entender a responsabilização do indivíduo que invadir, enganando as ferramentas de segurança, com o intuito de violar a intimidade digital de terceiro. Essa norma, portanto, é um importante instrumento normativo no combate aos crimes cibernéticos (BRASIL, 2012).

Além da supracitada lei, há de se mencionar a Lei nº 12.965/2014 que instituiu o Marco Civil da Internet. Assim como a lei anterior mencionada, essa também veio em decorrência do aumento de ataques a websites oficiais do governo, de empresas públicas e de contas privadas. Por essa situação, buscou-se por meio do Marco Civil da Internet a tutela da informação. Assim, no texto da presente norma encontra-se as garantias individuais dos internautas e os direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. (BRASIL, 2014).

De acordo com Silva (2020) o Marco Civil da Internet desde a sua promulgação fora debatido. Apesar das discordâncias em alguns pontos da norma, fato é que ela trouxe importantes benefícios aos provedores, que deixou para os usuários a total responsabilidade por aquilo que produzem e consomem, com exceção dos conteúdos expostos em redes sociais. Em caso de retirada, se o provedor não o fizer, responderá em várias esferas judiciais.

Portanto, atualmente as leis citadas nesse tópico são as que regulamentam sobre os crimes virtuais no Brasil. Entretanto, ainda que seja necessária a sua existência, a sua eficácia tem tido pouco sucesso, em parte porque ela é vista como leis brandas. Nesse aspecto, Brandão (2021, p. 01) afirma que “o Brasil é um paraíso dos cibercriminosos, com penas brandas e procedimento processual penal ultrapassado”.

Soma-se a isso, o fato de que a pouca eficácia dessas leis acaba por também prejudicar a sua investigação, conforme se analisa no tópico a seguir.

5. DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL DOS CRIMES VIRTUAIS

Inicialmente, para se obter resultados na investigação desses crimes ocorridos virtualmente, é essencial que se identifique qual forma o usuário utilizou, ou seja, quais ferramentas foram mecanismos para as práticas delituosas. Por isso a importância de compreender como funciona a internet e as formas maliciosas existentes nela.

Para se entender o grau de dificuldade existente na investigação policial nos crimes virtuais, cumpre ressaltar alguns aspectos básicos quanto aos procedimentos na execução dos crimes. Uma vez que na década de 1950, período no qual não existia internet, uma organização criminosa se dividia em funções para o cumprimento das práticas ilegais, uma delas envolvia o contato físico do criminoso com o cliente. Assim, a organização promoveria o encontro com o cliente-criminoso para a obtenção do “produto”, efetivando o contato em local físico, consumando o crime. Caso a polícia não tomasse conhecimento, os membros da organização e o cliente se dispersariam na sociedade (BARRETO, 2017).

Porém, se a polícia conseguisse intervir, ela desmancharia parte da organização, identificaria alguns dos membros dela, seus meios de operação, algumas das práticas corriqueiras da organização, bem como os locais habituais de encontro e também o consumidor final. Agora, se esta mesma organização fosse formada atualmente, seria impossível que esta não se valesse dos recursos tecnológicos para efetivar a prática do crime. Utilizaria, por exemplo, a internet para comunicação interna entre os integrantes em diversos locais (BARRETO, 2017).

Ocorre também a facilitação da divulgação e compartilhamento de conteúdos ilícitos como vídeos sexuais através do meio virtual, uma vez que não se faria mais necessário à presença física do consumidor para a obtenção do material. Sem o local físico, a perspectiva de uma eventual apreensão dos produtos ilícitos, da identificação dos criminosos e dos consumidores, e até mesmo um possível resgate de vítimas é deteriorada.

Em uma análise feita por Soares (2013), as estatísticas criminais brasileiras indicam que o foco da repressão policial se concentra principalmente nas prisões em flagrante, as quais são mais fáceis de investigar. Porém, grande parte dos delitos não são sequer denunciados, por vários motivos como a opressão sócio-cultural ou os interesses particulares existentes no protecionismo político de esquemas criminosos sofisticados. Visto que esses crimes estão longe de serem de conhecimento público, é notório que a população e o Estado não possuem estatísticas que se aproximem à realidade fática criminosa. Uma vez que não são conhecidos, impossível criar mecanismos que solucionem esses problemas.

Outra grande dificuldade de se obter provas no mundo virtual é a instabilidade, ou seja, ela pode ser facilmente apagada, alterada, editada, excluída ou perdida. Isso se diferencia enormemente das investigações policiais em crimes do mundo real, uma vez que no mundo físico é muito mais difícil de exterminar por completo evidências das ações humanas (CUNHA, 2020).

Já no mundo virtual, com essa possibilidade, o acesso aos vestígios criminosos são impalpáveis e demandam mais esforço da análise criminal. Além disso, devido à globalização, se torna muito mais simples a prática dos crimes virtuais uma vez que se

pode acessar a internet de qualquer lugar do mundo, o que torna o ato criminoso muito mais fácil e rápido do que a identificação dele.

Sobre isso, Gustavo Testa Corrêa (2018, p. 10) discorre:

Enquanto no mundo real o dano causado à vítima é quase que imediato, no mundo virtual ela talvez demore muito tempo até perceber que seu computador foi infectado, ou suas informações roubadas, fazendo com que muitas das evidências relacionadas ao fato criminoso se percam. Até mesmo as grandes empresas, quando identificam a invasão em contas particulares de seus clientes, geralmente não informam a polícia a fim de inibir que se torne de conhecimento público a falha no sistema de segurança, colocando em situação delicada sua imagem perante os clientes. Dessa forma, é comum que os *crackers* se encaminhem em maior quantidade para esta finalidade.

As redes sociais também se tornaram alvos dos crimes virtuais conforme foram se tornando cada vez mais populares entre os brasileiros e ao redor do mundo, sendo utilizadas para buscar relacionamentos, diversão, passatempo, divulgar informações, anunciar produtos e serviços, além de muitas outras funções.

Visto a facilidade de criar perfis falsos nas redes sociais, acessando as contas virtuais por qualquer computador ou dispositivo em qualquer lugar, é muito difícil, para não dizer quase impossível que as autoridades consigam alcançar o autor da prática. Todas essas características tornam a identificação do agressor muito complexa, exige muito tempo da polícia, e ainda a incerteza de sucesso é muito grande (PRADO, 2020).

No entanto, algumas medidas tem sido implantadas para que os crimes cibernéticos não vingam. A título de exemplo, no campo legislativo, há o Projeto de Lei nº 4554/20 que visa aumentar as penas pelos crimes de furto e estelionato realizados com o uso de dispositivos eletrônicos (celulares, computadores, tablets).

Em 2021 o presente projeto foi aprovado pelo Plenário da Câmara do Senado, se transformando posteriormente na Lei Ordinária 14.155/2021. Em seu texto, cria-se agravantes para os crimes acima mencionados. Como menção, cita-se:

Art. 154-A. [...]

§ 4º-B. A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança

ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 4º-C. A pena prevista no § 4º-B deste artigo, considerando a relevância do resultado gravoso:

I – aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional;

II – aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

(BRASIL, 2020)

Com a presente norma, nota-se que o legislador buscou aumentar a pena como forma de coibir que os cibercriminosos venham a praticar qualquer ato contra terceiros por meio virtual. Também se preocupou em inserir aumento de pena quando o crime for praticado contra idoso ou vulnerável, justamente pela facilidade que esses indivíduos possuem em “cair” nas armadilhas dos cibercriminosos.

Já a Lei Ordinária 14.155/2021 formalizou as mudanças trazidas pelo Projeto de Lei. A respeito das suas principais mudanças, cabe destacar:

Quadro 1 – Mudanças trazidas pela Lei Ordinária 14.155/2021

Redação original	Redação atual
Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio , conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.	Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio , conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.	§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.
§ 3º (...) Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.	§ 3º (...) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Fonte: PROCÓPIO (2021).

Ao comentar sobre a norma, Brandão (2021, p. 02) afirma que ela busca dar maior visibilidade à efetividade do combate ao crime digital, aumentando a “abrangência dos tipos penais, aumentando as penas para esses crimes, assim como delimitando a regra de competência que visa facilitar o acesso da vítima às autoridades locais”.

No campo da investigação, algumas medidas também tem sido implantadas buscando diminuir a prática de crimes cibernéticos. Como exemplo, há no Brasil o inquérito eletrônico, que simplifica e dá maior rapidez ao cumprimento dos mandados, além de facilitar a instrução probatória (NETO; SANTOS; GIMENES, 2018).

Outro ponto muito importante nesse cenário é a identificação do autor. Nesses casos, é possível encontrar a autoria do crime cibernético por meio do número do IP (Internet Protocol) que é como uma identidade própria que cada máquina possui. Por meio do IP de um computador, por exemplo, é possível encontrar a identidade do cibercriminoso fazendo uso de registros de navegação, que mapeiam lugares acessados por ele e ainda quais os serviços que foram utilizados (NETO; SANTOS; GIMENES, 2018).

No entanto, em alguns casos, os cibercriminosos conseguem driblar esse sistema, se tornando impossível a sua identificação. Aqui, volta-se novamente a discussão sobre uma maior atenção à modernização do sistema de investigação da polícia relacionada à essa área.

Além da importância em se ter equipamentos mais modernos de investigação aos crimes virtuais, os processos jurídicos para esses crimes também devem acompanhar a rapidez dos avanços tecnológicos. Num cenário atual, muitos cibercriminosos ficam impunes devido a demora na investigação e punição.

Ao opinar sobre esse assunto, Wendt (2019, p. 44) defende que só haverá “melhoria nas investigações quando houver uma maior rapidez na expedição e cumprimento de mandados além da celeridade por parte da perícia, união entre as forças de Segurança Pública e aperfeiçoamento na legislação”.

Dessa forma, finaliza-se esse estudo entendendo que de fato há empecilhos que dificultem a investigação dos crimes cibernéticos. No entanto, com a união de todos os poderes públicos, da sociedade e de um sistema mais ágil, pode-se vislumbrar uma melhoria no combate, punição e prevenção dos crimes virtuais no Brasil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia tem avançado no mundo de modo rápido e constante. Em que pese a sua importância e os benefícios dela advindos, o fato é que tem aumentado o número de crimes praticados na rede da internet. São os chamados de crimes cibernéticos ou crimes virtuais.

Diante dessa nova realidade, houve o surgimento de novas práticas ilícitas no contexto digital, o que torna necessária a intervenção do Direito Penal na evolução dessas tecnologias, a fim de garantir a aplicação das normas penais de forma eficaz, abrangendo todo o universo criminoso existente na sociedade da informação.

Conforme exposto no decorrer desse estudo, ficou claro observar que os crimes cibernéticos afetam toda a estrutura política, social e jurídica, trazendo prejuízos de toda ordem. Desse modo, não pode o Direito – enquanto ciência social – se afastar dessa realidade. O fato é que utilizar a internet como forma de prejuízo social e jurídico contra pessoas ou organizações ou até mesmo ao Estado é considerado crime.

Para além da criação de leis e outras normativas, o que se verificou é que a investigação aos crimes virtuais ainda é bastante limitada. Isso decorre pelo fato de que, mesmo com o avanço dos aparatos tecnológicos de identificação e busca de cibercriminosos, os investigadores encontram-se aparados por equipamentos ainda muito atrasados em relação aos já encontrados pelos cibercriminosos.

A identificação do criminoso nesse campo também é possível, mas ainda não é plenamente eficaz, uma vez que os cibercriminosos mais experientes tem conseguido driblar o sistema de segurança, impossibilitando a sua identificação.

Em que pese todos os problemas encontrados, é imperioso afirmar que já existe um movimento de todas as áreas para que os crimes virtuais não possam prosperar. Campanhas publicitárias informando os perigos da rede virtual são constantemente divulgados na mídia como forma de conscientização da sociedade, leis que ampliam a pena para crimes virtuais têm surgido com mais frequência nos últimos anos (vide a Lei Ordinária 14.155/2021) e no campo jurídico, já há ferramentas que ajudem a agilizar o processo, como o citado inquérito policial.

Apesar disso, frisa-se novamente a urgência em se ter leis mais específicas que tratem desses crimes, uma vez que dados probabilísticos têm demonstrado um aumento na prática. Soma-se a isso, uma maior modernização dos equipamentos de investigação a esses crimes. Com isso, facilmente os crimes virtuais irão diminuir.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Matheus de Araújo. **Crimes Digitais: análise da criminalidade digital sob a perspectiva do Direito Processual Penal e do Instituto da Prova**. 1º Edição. Editora: Dialética, 2020.

BARRETO, Alessandro Gonçalves. **Investigação Digital em fontes abertas**. Rio de Janeiro. Brasport, 2017.

BITTENCOURT, Rodolfo Pacheco Paula. **O anonimato, a liberdade, a publicidade e o direito eletrônico.** 2017. Disponível em: <https://rodolfoppb.jusbrasil.com.br/artigos/371604693/o-anonimato-a-liberdade-a-publicidade-e-o-direito-eletronico>> Acesso em: 24 ago. 2021.

BRANDÃO, Francisco. **Câmara aprova penas mais duras para crimes cibernéticos.** 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/746980-camara-aprova-penas-mais-duras-para-crimes-ciberneticos/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4554/2020.** Altera o Código Penal, para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e o Código de Processo Penal, para prever a competência dos crimes cometidos pela internet ou de forma eletrônica pelo lugar de domicílio ou residência da vítima. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0yz4x06etwvmhy7uqfwlk8iq74267515.node0?codteor=1947262&filename=PL+4554/2020. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet; e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para definir a competência em modalidades de estelionato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14155.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

CIRIACO, Douglas. **Qual a diferença entre Internet e World Wide Web?** 2016. Disponível em: <https://canaltech.com.br/entretenimento/qual-a-diferenca-entre-internet-e-world-wide-web/>. Acesso em: 12 ago. 2021.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet.** 8 ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial.** 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

D'URSO, Filizzola Luiz. **Em Tempos de Cibercrimes.** 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI310551,31047Em+tempos+de+cibercries> es. Acesso em: 12 ago. 2021.

FERREIRA, Ivette Senise. **A Criminalidade Informática. Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes.** Editora Edipro, 2018.

GIMENES, Emanuel Alberto S. Garcia. **Crimes Virtuais**. 2018. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Emanuel_Gimenes.html. Acesso em: 12 ago. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes informáticos**. 2000. Disponível em: www.ibcrim.org.br. Acesso em: 17 mar. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, volume III. Niterói: 2014.

MACHADO, Felipe e VIANNA, Túlio Lima. **Crimes Informáticos: Conforme a Lei 12.737/2012**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

NETO, Mário Furlaneto Neto. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico**. 2. ed. Edipro, 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PROCÓPIO, Michael. **Lei 14.155/2021: a fraude eletrônica e outras alterações no Código Penal**. 2021. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/lei-14-155-2021-a-fraude-eletronica-e-outras-alteracoes-no-codigo-penal/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

ROSA, Fabrizio. **Crimes da Informática**. 2ª Ed. Campinas. Bookseller, 2016.

SARTÓRIO, Giovanna. **Crimes Virtuais: Entenda o que são e Saiba Como recorrer**. 2018. Disponível em: <http://www.joaquimnabuco.edu.br/noticias/crimes-virtuais-entenda-o-que-sao-e-saiba-como-recorrer>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SILVA, Mazukyevicz Ramon Santos do Nascimento. **Crimes virtuais e o ordenamento jurídico Brasileiro: análise dogmática**. 1 ed. Editora: Clube dos Autores, 2020.

SOARES, Luís Eduardo. **PEC - 51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública**. In: Boletim do IBCCrim, ano 21, nº 252, novembro de 2013.

TAVARES, Winicius Matias. **Estelionato Eletrônico e Necessidade de Tipificação Legal**. 2013. 58 f. Trabalho de conclusão de curso de Direito – Faculdade UNIRG, Gurupi – TO, 2013.

TRUZZI, Gisele. **Crimes Eletrônicos: A internet é uma terra sem leis?** Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias PROCRIM – SP. ISSN: 2238-1678. Ano 2 – nº. 04, Fevereiro, 2013.

WENDT, Emerson. **Direito E TI Cibercrimes:** Livraria do Advogado Editora, 2019.

WENDT, Emerson; NOGUEIRA JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos: Ameaças e Procedimentos de Investigação.** 2º ed. Editora Braspot: 2017.

O CONTRATO DE TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: INCLUSÃO SOCIAL E ACESSIBILIDADE

MATHEUS DE LIMA SILVA: Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Fui estagiário na 5ª Vara Cível da Justiça Federal (TRF1); na Defensoria Pública da União e no escritório de advocacia Solano Donato & Advogados Associados.

ANA PATRÍCIA RODRIGUES PIMENTEL⁹⁶

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa busca analisar o contrato de trabalho da pessoa com deficiência – PcD, quanto suas garantias de inclusão social e de acessibilidade para o bom desempenho das suas funções enquanto empregado. Nesse contexto surge o seguinte problema: Quais aspectos jurídicos relacionados ao contrato de trabalho da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico pátrio? A partir de referências bibliográficas, artigos e legislações que abordem a estruturação desse contrato e o perfil da PcD, disponíveis por meio de buscas em endereços eletrônicos oficiais e em revistas científicas reconhecidas, como por exemplo o site do Governo Federal (Planalto) e os sítios eletrônicos dos tribunais superiores. Este estudo é preponderantemente descritivo, mas conterà uma dimensão explicativa. Será de natureza básica e aplicada, com a abordagem quali-quantitativa, e será realizado a partir de pesquisa bibliográfica e documental, por meio do método dedutivo. Ao final desse trabalho de pesquisa fica possível a resposta da problemática, construir algumas reflexões sobre a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Palavras-Chave: Acessibilidade. Contrato de trabalho da pessoa com deficiência. Inclusão social. Legislação brasileira.

⁹⁶ Graduada em Direito pela Universidade Regional de Gurupi (2003). Especialista em Direito Tributário; Em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Em Direito civil e Processo Civil, ambos pela Fundação Universidade do Tocantins – UNITINS. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Professora Adjunta, vinculada mediante concurso público a Universidade Federal do Tocantins – UFT. E-mail: ana.pr@uft.edu.br. ORCID ID <https://orcid.org/000-0002-79225725>. Endereço de correspondência: Quadra 208 Sul (ARSE 23), Alameda 01, Lote 07, Residencial das Artes, Apartamento 303 – B, CEP 77.020-558, Palmas – TO.

ABSTRACT: This research seeks to analyze the employment contract of people with disabilities - PwD, as to their guarantees of social inclusion and accessibility for the good performance of their functions as a job. In this context, the following problem arises: What legal aspects are related to the employment contract of people with disabilities in the Brazilian legal system? From bibliographical references, articles and legislation that address the structuring of the contract and the profile of the PCD, available through searches in official electronic addresses and in recognized scientific journals, such as the Federal Government website (Planalto) and websites electronics of the higher courts. This study is predominantly descriptive, but will contain an explanatory dimension. It will be of basic and applied nature, with a quali-quantitative approach, and will be carried out from bibliographical and documentary research, through the deductive method. At the end of this research work, an answer to the problem is possible, building some reflections on the inclusion of people with disabilities in the labor market.

Keywords: Accessibility. Employment contract of the disabled person. Social inclusion. Brazilian legislation.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: DEFINIÇÃO E CONTEXTO NORMATIVO. 3 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO À PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 4 AS GARANTIAS DE INCLUSÃO SOCIAL E ACESSIBILIDADE LABORAL A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como tema o contrato de trabalho sendo que sua delimitação consiste em estudar o contrato de trabalho da Pessoa com Deficiência - PcD97, principalmente nas suas contribuições para a inclusão social e a acessibilidade, tendo como base as normas federais e os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

Contextualizando, o contrato de trabalho vai além da clássica noção Contratualistas, ele é o instrumento que tutela uma série de prerrogativas conquistadas pela classe trabalhadora ao longo dos anos. A definição legal, no que lhe concerne, está prevista no art. 442, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), portanto um marco legislativo na proteção dos interesses trabalhistas. No entanto, tornou-se uma definição rudimentar, pois não se expressa de maneira abrangente e necessária para as diversas categorias de pessoas.

97 Doravante será utilizado o termo "PcD" para se referir a Pessoa com deficiência, conforme a aprovação da Convenção da ONU, em 2006.

Nesse conjunto, os objetivos específicos dos estudo consistem em analisar a definição jurídica inerente às pessoas com deficiência; explicitar as garantias de inclusão social e acessibilidade da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e explanar acerca da legislação e entendimentos judiciais acerca da temática proposta.

No primeiro momento será discutido a abordagem dada às pessoas com deficiência para posteriormente tratar-se do contexto legislativo e o conceito de contrato de trabalho. Mais tarde dar-se-á a análise das normas federais vigentes que versam sobre a inclusão da PcD no mercado de trabalho e das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST), onde se encontram os fundamentos legais usados pelo poder judiciário, com o objetivo de realizar um estudo jurisprudencial, normativo e social da inclusão da PcD no mercado de trabalho.

A PcD ganhou uma maior evidência no ordenamento jurídico com o advento da Constituição de 1988, onde deixou de ser um grupo segregado e passou a estar incluído no direito material coletivo, sendo nivelado ao estado de direito fundamental, mais precisamente no art. 7º, XXXI, onde proíbe a discriminação na contratação da pessoa com deficiência para o trabalho. As disposições contidas na Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989, estabeleceu normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais da PcD e a sua efetiva integração social.

O trabalho em si, como maneira de participação social na produção econômica de nossa sociedade capitalista, é instrumento que auferir estima ao trabalhador, essencialmente por permitir ao empregado a dignidade de poder comprar seus itens com seu próprio esforço e a integração social com os colegas e colaboradores do serviço. E partindo desta perspectiva é que a presente pesquisa se caracteriza relevante para a comunidade civil, uma vez que o caminho para que a maioria das pessoas alcancem oportunidades sem distinções é com a regulamentação do Estado e com a aplicabilidade desses comandos normativos.

No contrato de trabalho, para exemplificar, também há a proteção a PcD quando a norma determina que as empresas que possuem 100 (cem) ou mais funcionários devem preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de seus cargos com PcD ou beneficiários da Previdência Social reabilitados, prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91 e no art. 36 do Decreto nº 3.298/99.

A problemática deste assunto advém de muitas perspectivas, uma delas é a ausência da garantia de inclusão e acessibilidade para desenvolvimento das atividades laborais garantidas pelas leis federais para a PcD. Ressalta-se que com a disseminação da legislação pátria para a população geral, uma sociedade pode alcançar uma maior inserção social de

determinados nichos populacionais. Partindo disso, a adversidade tratada na pesquisa consiste nas determinações do ordenamento jurídico federal brasileiro, que preconizam o contrato de trabalho da pessoa com deficiência (PcD) essencialmente quanto a inserção na atividade trabalhista.

2 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: DEFINIÇÃO E CONTEXTO NORMATIVO

A pessoa com deficiência consiste, segundo a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, proclamada pela ONU em 2006, seu artigo 1º, são aquelas que: “têm impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interações com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas” (MONTEIRO, 2011, p. 2)

Uma vez assumida a responsabilidade protetora com o lado mais fragilizado das relações trabalhistas, emerge para o Estado, outros participantes que precisam de tratamento distinto conforme as suas peculiaridades. Carecido de cautelas e incentivo para o ingresso no mercado de trabalho, a pessoa com deficiência - PcD é um agente que na maioria das vezes se torna invisível ao olhar do empresário na busca por um funcionário.

A definição legal de quem se enquadraria como uma PcD, Monteiro et. al. (2011, p. 02) salienta que:

Na categoria deficiência física permaneceram os sujeitos que possuem alterações parciais ou completas em um ou mais segmentos do corpo humano

A deficiência, pode ocorrer na forma física, na perda de membros, na “deficiência mental e/ou intelectual, fazendo com que haja a perda ou a diminuição em sua participação na sociedade” (CUNHA, 2018, p. 45).

Não se deve confundir deficiência com incapacidade para o trabalho. A primeira é atributo do indivíduo e impõe ao mesmo, comprometimento em sua capacidade funcional, “enquanto a incapacidade é o comprometimento total em relação às exigências de determinada atividade na avaliação da capacidade funcional residual” (REBELLO, 2018, p. 23).

A trajetória das pessoas com deficiência é marcada por uma grande rejeição, não apenas em nosso país, mas também no mundo. Incorporar a PcD como um indivíduo capaz e possuidor de garantias legislativas denota-se um processo recente.

Durante o apogeu da civilização grega, bebês deficientes eram sacrificados e por

isso, Platão e Aristóteles, propuseram ao currículo de planejamento urbano grego, eliminar todos disformes que nasciam. Em contrapartida, Homero, um dos mais famosos poetas gregos, autor de *Íliada* e *Odisseia*, era cego. O que comprova o tamanho do paradoxo que é o julgamento prévio de uma pessoa com deficiência como incapaz no trabalho ou para a vida social e afetiva (CUNHA, 2018).

Apenas no século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 que se incorporou os princípios da liberdade, dignidade e direitos iguais inerentes a todos os seres humanos. No que diz respeito ao direito do trabalho, desde 1925, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) preconiza a qualificação profissional e a reabilitação de pessoas com deficiência em sua recomendação nº 22 (OIT). Desde então, a inclusão das pessoas com deficiência na economia e no social tem se tornado um tema crescente em nossa convivência, especialmente nas empresas.

Conforme a Constituição Federal de 1988 e o seu conceito estruturante de Estado Democrático de Direito, deve-se incentivar a sociedade civil e as empresas privadas a serem democráticas e inclusivas. Instigar a criação de mecanismos inclusivos e benéficos aos trabalhadores, como por exemplo as cotas no Direito do Trabalho do país em favor de grupos de pessoas, é uma dinâmica para o aperfeiçoamento democrático e inclusivo do sistema social, profissional, econômico, cultural brasileiro.

Após a promulgação da Constituição Cidadã, como dito anteriormente, houve o incremento da Lei nº 8.213 /1991 em nosso arcabouço normativo. Isso garantiu ao profissional portador de deficiência uma segurança maior ao conseguir o vínculo empregatício. No art. 93, § 1º, do referido dispositivo, temos a previsão de que, a demissão de pessoa com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social ao encerramento do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa sem motivo em contrato por prazo indeterminado apenas poderá acontecer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social.

A trajetória normativa sobre a PcD no mercado de trabalho teve outros pontos importantes, dos quais destaca-se o lançamento do Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver Sem Limites, instituída pelo Decreto nº 7.612/2011, mantido com verbas destinadas ao aumento da performance de programas já existentes, além de incentivar novos projetos durante 2011 e 2014. Este Plano foi estruturado em cima de quatro fases: Acesso à Educação; Inclusão Social (Inserção no Trabalho); Atenção à Saúde e Acessibilidade.

Como observa Garcia (2014), é importante ter-se em mente que questões culturais demoram a ser modificadas, mas esse é o movimento que tem sido empreendido pelas

pessoas com deficiência e suas organizações representativas nas últimas décadas.

As pessoas com algum tipo de deficiência correspondem a mais de um bilhão de pessoas no mundo, o que representa 15% da população mundial, sendo que cerca de 80% delas residem em países em desenvolvimento e aproximadamente 200 milhões experimentam dificuldades funcionais consideráveis (WHO & WORLD BANK, 2011).

A contratação trabalhista da pessoa com deficiência é um assunto muito pertinente e atual dentro do Direito. Isso ocorre porque o número de PcD está crescendo de uma maneira vertiginosa, ainda de acordo com o relatório da WHO & The World Bank, de 2011, tem-se que o número de pessoas com deficiências está aumentando, uma vez que está havendo crescimento demográfico, as populações estão envelhecendo – e o risco de deficiência em idosos é maior – e há um aumento de doenças crônicas, como diabetes, doenças cardiovasculares, câncer e distúrbios mentais. Mesmo com as diversas melhorias realizadas nas condições sociais e econômicas dessas pessoas, há diversos empecilhos a serem superados.

Em julho de 2015, o Brasil promulgou a “Lei da Inclusão da Pessoa com Deficiência” (LBI), também conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”. Os direitos previstos nesse regulamento abrangem saúde, educação, trabalho, assistência social, esporte, previdência social, transporte e outros campos, além de estabelecerem a autonomia dessas pessoas em igualdade de condições com as demais. Outrossim, no que diz respeito ao preconceito e suas faces discriminatórias, a lei estipula que quem lesar, afastar ou cancelar o reconhecimento ou a aplicação dos direitos e liberdades das pessoas com deficiência será multado, podendo ser punido com pena de um a três anos de prisão.

3 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO À PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O art. 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas define *contrato de trabalho* como “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

O ínclito Mauricio Godinho Delgado leciona que definir um fenômeno consiste na:

Atividade intelectual de apreensão e desvelamento dos elementos componentes desse fenômeno e do nexos lógico que os mantém integrados. A definição é, pois, uma declaração da essência e composição de um determinado fenômeno: supõe, desse modo, o enunciado não só de seus elementos integrantes como do vínculo que os mantém unidos (DELGADO, 2016, p. 559).

É imprescindível observar os elementos, a forma, os requisitos e tudo que compõe e que caracteriza o contrato de trabalho, para se chegar a uma melhor compreensão acerca do conceito. Levando-se em consideração o acordo que as partes firmarão, as partes de comum acordo irão decidir qual forma vai ser utilizado. Os direitos e deveres dos indivíduos que irão acordar devem ser mútuos, uma vez que cada parte terá que cumprir com o acordo.

Em que pese a proteção proporcionada pelo contrato de trabalho, um dos obstáculos enfrentados pelas PcD, é justamente a dificuldade da inclusão no mercado de trabalho formal, isto é, aquela atividade laborativa que preserva todos os direitos trabalhistas perante o Estado. Sobre o ingresso no ambiente laborativo, Carla Tereza Martins Romar leciona que:

Podemos definir o contrato de trabalho como sendo o acordo de vontades, manifestado de forma expressa (verbalmente ou por escrito) ou de forma tácita, por meio do qual uma pessoa física (empregado) se compromete a prestar pessoalmente e de forma subordinada serviços contínuos a uma outra pessoa física, a uma pessoa jurídica ou a um ente sem personalidade jurídica (empregador), mediante remuneração (ROMAR, 2017, p. 180).

Conforme a legislação trabalhista, no art. 442 da CLT, o contrato de trabalho pode ser entendido como um acordo efetivado entre a contratante e o contratado. Este vínculo consegue ser feito de forma escrita ou verbal, por tempo determinado ou indeterminado e sua finalidade é firmar a relação empregatícia que será criada, ou seja, oficializar o vínculo entre a pessoa física e o contratante, seja esta última pessoa jurídica ou não. Mas, além disso, também serve como um documento no qual deverá conter uma série de informações referentes ao colaborador e às tarefas que ele irá exercer na organização.

Atualmente, em que pese destacar, ações discriminativas e exclusivas ainda possuem espaço em nossa sociedade. À título de exemplo pode-se citar a existência de locais públicos sem as devidas rampas para cadeirantes ou ainda, a ausência de uma educação em libras para que o atendimento ao público inclua os surdos e mudos.

Com o passar dos anos as sociedades avançaram seus debates em temáticas interligadas à saúde e aos direitos humanos. O que ocasionou, seguramente, uma nova perspectiva em relação às pessoas com deficiência e sua qualidade de vida. Diante desse aspecto, é compreensivo que as relações interpessoais ainda não estejam em um nível adequado para os indivíduos com deficiências, afinal, este tratamento desigual foi estigmatizado e construído culturalmente durante muito tempo. Refletindo inclusive nos

usos costumeiros de termos como “deficientes” e “incapacitados”.

Os direitos fundamentais, portanto, nasceram para garantir os interesses do cidadão frente ao Estado. Porém Afonso da Silva, afirma:

[...] visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico (SILVA, 2015, p. 67).

O judiciário está cada vez mais atuante no combate à discriminação e na salvaguarda dos direitos das pessoas com deficiências. No julgamento do **REsp 1.733.468**, de junho de 2018, o Superior Tribunal de Justiça manteve a condenação de uma empresa de Minas Gerais a pagar R\$ 25 mil como compensação por danos morais a um portador de distrofia muscular progressiva, haja vista que a empresa em comento estaria “negligenciado e discriminado enquanto pessoa com deficiência física motora na utilização de ônibus do transporte coletivo urbano”. O que se pode destacar é que “essas barreiras, na maioria dos casos, ocorrem devido à falta de informações sobre a deficiência, o que acaba gerando dúvidas acerca da absorção desses profissionais pelas empresas” (COSTA, 2019, p. 16).

A proteção ao trabalhador não está restrita às posições jurídicas de caráter laboral, pois há direitos humanos e fundamentais que, embora não sejam tipicamente trabalhistas, também são aplicáveis às relações de trabalho, como os direitos da personalidade, dentre os quais se destacam a privacidade, a intimidade, a imagem e a honra.

Ressalta-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao garantir aposentadoria especial de pessoa com deficiência, conforme se verifica a seguir:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À APOSENTADORIA ESPECIAL (CF, ART. 40, § 4º, I). INJUSTA FRUSTRAÇÃO DESSE DIREITO EM DECORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONAL, PROLONGADA E LESIVA OMISSÃO IMPUTÁVEL A ÓRGÃOS ESTATAIS DA UNIÃO FEDERAL. CORRELAÇÃO ENTRE A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE

LEGISLAR E O RECONHECIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. MANDADO DE INJUNÇÃO CONHECIDO E DEFERIDO. (STF, MI 1.967 / DF)

A posição do Supremo Tribunal Federal coroa o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho, que tem por finalidade evitar que o homem-trabalhador seja tratado simplesmente como uma mercadoria num possível embate entre o dirigente e o subordinado. É necessário olhar o direito do trabalho como um paradigma dos direitos fundamentais, para que com base nesses direitos, haja promoção da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho.

Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, em caso de demissão de pessoa com deficiência, nos termos do § 1º do artigo 93, da Lei nº 8.213/91, outra pessoa também com deficiência deverá ser contratada para a vaga, garantindo a cota:

DISPENSA DE EMPREGADO DEFICIENTE FÍSICO. O § 1º do artigo 93, da Lei nº 8.213/91 prescreve que a dispensa só poderá ocorrer após a contratação de outro trabalhador na mesma condição do dispensado. No entanto, por obedecido o número mínimo de empregados, conforme disposto no caput do referido artigo, afastada a exigência de nova contratação. O banco empregador dispensou o reclamante sem justa causa, exercendo o poder potestativo de dispensa, não se observando qualquer irregularidade sob o aspecto analisado.(TRT-1 - RO: 00011651020125010002 RJ, Relator: Mirian Lippi Pacheco, Data de Julgamento: 27/08/2013, Quinta Turma, Data de Publicação: 24/09/2013)

A atividade laborativa pode ser descrita como uma fonte de dignidade para o homem e que, por consequência, torna o trabalhador autônomo, estimulando que suas ações perante a sociedade sejam pautadas pelos valores e princípios éticos individuais.

A dignidade humana é um dos imperativos basilares do nosso ordenamento jurídico, estando previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III. Vale-se mencionar que para o dicionário Aurélio, dignidade tem vários significados, tais como: honestidade, merecedor, apropriado, função, título etc. Porém esta definição é muito aquém do verdadeiro sentido do princípio. Vejamos então o entendimento de Celso Ribeiro Bastos:

Embora dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. (BASTOS; 2012, p. 166).

Sobre os direitos de personalidade que resguardam a dignidade da pessoa humana, leciona Maria Helena Diniz que:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social). (DINIZ, 2018, p. 142.)

Conforme Nascimento (2014, p.468), os direitos de personalidade são “aqueles de natureza extrapatrimonial que se referem aos atributos essenciais definidores da pessoa, e dentre todos os direitos são aqueles que mais perto procuram valorizar a dignidade do ser humano”, devendo este ser respeitado em sua integralidade, concernindo suas limitações e possibilitando acesso de pessoas com deficiência ao mercado de trabalho. São direitos de que o indivíduo necessita para preservar sua integridade física, intelectual e moral.

É através do trabalho que o ser humano busca não só a autonomia financeira e os meios para sua sobrevivência, como também, as condições para se desenvolver socialmente, culturalmente e realizar seus projetos de vida. Dessa maneira, o ambiente do labor sadio é componente primordial para que o trabalhador tenha saúde psíquica e física para realizar-se no seu meio social, familiar e cultural.

4 AS GARANTIAS DE INCLUSÃO SOCIAL E ACESSIBILIDADE LABORAL A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Para que haja a contratação de um profissional para uma vaga, há determinados quesitos a serem preenchidos, como habilidades com manuseio de equipamentos ou ainda experiência na área pretendida. Assim, a capacitação de um deficiente não é uma tarefa fácil, afinal cada um apresenta sua limitação e essas características tendem a ser trabalhadas de forma individualizada para facilitar o aprendizado da pessoa com

deficiência.

As empresas devem estar adequadas às pessoas com deficiência, fazendo os ajustes necessários nos equipamentos, postos e organização do trabalho com a finalidade de minimizar ou excluir os possíveis riscos ocupacionais; essas medidas devem ser especiais promovendo a acessibilidade e ajustes na organização do trabalho atendendo as necessidades específicas, visando estabelecer igualdade de oportunidade e tratamento no trabalho, para não expor o deficiente a discriminação perante aos demais trabalhadores (SANTOS, 2016).

Apoios especiais que permitem compensar uma ou mais limitações da pessoa com deficiência podem focar na orientação, supervisão e ajudas técnicas, dentre outros, de modo a superar barreiras da mobilidade e comunicação, possibilitando ao portador da deficiência plena utilização de suas capacidades e condições de normalidade, como descrito na Instrução normativa nº 20/01 da Secretária da Inspeção do Trabalho do MTE. Pode-se ter como exemplos serviços de mensagens e *vibracall* em telefones para deficientes auditivos, folheadores eletrônicos para tetraplégicos, impressão em braile, sinalização e alarmes sonoros, corrimão para auxiliar a locomoção e algumas tecnologias de acesso ao computador e a internet como, sintetizadores de voz e livros falados para os deficientes visuais, interprete em libras ou até mesmo banheiros adaptados para cadeirantes (TANAKA; RODRIGUES, 2013).

Apesar da legislação admitir preferências para as pessoas com necessidades especiais na ocupação de um percentual variável de vagas no serviço público e privado, o princípio norteador é a tentativa de assegurar a igualdade de oportunidades de acesso ao mercado de trabalho a essas pessoas, e não apenas impor procedimentos assistencialistas às empresas. As pessoas com necessidades especiais precisam ter qualificação e aptidão física para ocupar as vagas a elas destinadas.

O preparo de pessoas com necessidades especiais para o mercado de trabalho demanda a construção de programas específicos que tenham como principal objetivo a adoção de práticas que possibilitem a entrada dessas pessoas no mercado de trabalho de forma competitiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolver este estudo possibilitou o aprofundamento nesse conteúdo, e, os seus resultados levaram a questionamentos que, desvendaram caminhos, com algumas novas respostas e com mais clareza na dinâmica de suas dimensões.

A pesquisa realizada, possibilitou desenvolver novos questionamentos e reflexões sobre a inclusão da pessoa com deficiência no trabalho, pretendeu-se favorecer o

desenvolvimento de mais uma forma de intervenção no trabalho do psicólogo, de outros profissionais da área da saúde, e da dinâmica das próprias organizações. Porém, diante de todas as leituras realizadas e analisadas evidencia-se que ainda vivemos em uma sociedade não muito inclusiva, que tem muito a melhorar, principalmente no setor trabalhista, fazendo cumprir-se as normas.

Destaca-se neste trabalho que apesar do avanço conquistado pelos deficientes físicos, ainda há uma necessidade imensa de melhoria, para que não sejam vistos como diferentes e incapacitados no desenvolvimento da força de trabalho. Para se ter uma sociedade inclusiva, é necessária uma grande dedicação à educação e informação, com o intuito de esclarecer a visão das pessoas sobre as causas da deficiência e sua etiologia. Dessa forma, tendo uma boa educação formal para os próprios deficientes, preparando-os para o mercado e mobilizando atenção sobre este fato, podem-se marchar rumo a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse contexto a proposta do estudo consistiu em servir de apoio para os indivíduos que buscam conhecer melhor a legislação brasileira sobre as pessoas com deficiência e quais são os dispositivos que delimitam os direitos dessa camada populacional, pois possui materiais apropriados para oferecer embasamento a teorização do estudo proposto. Além disso, busca apreciar ou destacar as ações estatais que versam sobre o assunto, para que possa despertar a ponderação crítica ao leitor.

Quando o consumidor interage com pessoas portadoras de alguma espécie de deficiência em lojas ou repartições, surge uma noção de participação na sociedade contagiante e demonstra que a nossa coletividade está mais aberta as pessoas desprivilegiadas, forçando assim uma mudança de mentalidade nos demais que ainda persistem com seus preconceitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de out. de 1988.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
Acesso em: 11 de marc. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, 20 de dez. de 1999.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm#:~:text=D3298&text=DECRETO%20N%C2%BA%203.298%2C%20DE%20,prote%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20pravid%C3%AAs> Acesso em: 11 de marc. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.612, 17 de nov. de 2011.** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7612.htm> Acesso em: 03 de marc. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.098, 19 de dez. de 2000.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm> Acesso em: 11 de marc. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146, 06. de jul. de 2015.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm> Acesso em: 03 de marc. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.853, 24 de out. de 1989.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm> Acesso em: 11 de marc. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.867, 10 de nov. de 1999.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9867.htm> Acesso em: 11 de marc. 2021.

COELHO, Cecília Martins; SAMPAIO, Rosana Ferreira; MANCINI, Marisa Cotta.

Trabalhadores com deficiência: vivências de prazer e sofrimento. Psicol. Soc., Belo Horizonte , v. 26, n. 1, p. 214-223, abr. 2014 .

COSTA, Rayssa Alexandre. **Mercado de trabalho e deficiência: o efeito da mudança de ocupação sobre os profissionais reabilitados.** 2019. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2019. doi:10.11606/T.11.2020.tde-22012020-102422. Acesso em: 2020-10-30.

CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da Cunha. **Direito do Trabalho.** Ed , editora SARAIVA, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 6 ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores.** – Mauricio Godinho Delgado. – 18. Ed. – São Paulo: LTr, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** 16ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2018.

GARCIA, Vinicius Gaspar. Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 165-187, abr. 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho** / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Justa Causa.** São Paulo: LTR, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto Martins. **Direito do Trabalho**. Ed 24^a, editora ATLAS, 2017.

MONTEIRO, Líbia Gomes et al . Responsabilidade social empresarial: inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Rev. bras. educ. espec.**, Marília , v. 17, n. 3, p. 459-480, dez. 2011 .

NASCIMENTO, Amauri Mascaro Nascimento. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. Ed.28^o, LTR, 2014.

OYOS, A.C.N.; MANZINI, E. J.; CARVALHO, M.B.; BALTASAR, M.F.; MIRANDA, T.G. **Justificativas para a formação profissional da pessoa com deficiência mental: revisão da literatura brasileira especializada**. Cadernos de Pesquisa, São Paulo,2013

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do contrato de trabalho: função e local**. São Paulo: LTr, 2017.

SANTOS, Evilasia **Possmoser dos. Inclusão social de pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. 35f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração) - Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2016.

SANTOS, Júlio Cesar. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SHIMONO, Sumiko Oki. **Educação e Trabalho: caminhos da inclusão na perspectiva da pessoa com deficiência**. Dissertação (Mestrado em Educação), Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Efetividade dos direitos sociais**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 12 de maio de 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. Ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

TANAKA, E.D.O.; RODRIGUES, R.R.J. **Em busca de novas expectativas de trabalho para o portador de deficiência mental**. In: MARQUEZINE, M.C. et al. (Orgs.) **Inclusão**. Londrina: Eduel, 2003, p. 323-330.

TEIXEIRA, B.M.; LEMOS JÚNIOR, E.P. **Reflexos da reforma trabalhista na inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 39, n. 1, p.277-294, jan./jun. 2019. Disponível em <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/50983>>. Acesso em 30 out.

2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO); THE WORLD BANK. World Report on Disability. Geneva: WHO, p.350. 2011.

USUCAPIÃO DE IMÓVEL PÚBLICO NO MUNICÍPIO DE ANTÔNIO DIAS, MINAS GERAIS: UM ESTUDO SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CASO

LUIZ HENRIQUE MURICI.

Pesquisador e Pós-Graduado em
Direito Privado pela PUC Minas.

RODOLPHO SAMPAIO JÚNIOR⁹⁸.

(orientador)

Resumo: O artigo analisou a Apelação Cível nº: 1.0194.10.011238-3/001, cuja matéria tratava da possibilidade de usucapir uma área do DER-MG, Autarquia estadual. O problema que se apresenta é que a prescrição aquisitiva do imóvel em questão é expressamente vedada pela Constituição Federal. Uma necessária análise técnica acerca do tema justifica o presente trabalho, posto que o novo direito civil constitucional tem trazido ponderações por vezes conflitantes com preceitos estabelecidos na Carta Magna. Para enfrentar o tema, dentre as práticas de pesquisa utilizadas, utilizou-se a pesquisa qualitativa, com análise de correntes de pensamento e uma busca pela compreensão das causas que levaram ao problema. A pesquisa bibliográfica também foi preponderante para o levantamento de posicionamentos técnicos acerca do tema. Levantou-se a hipótese da viabilidade técnica da usucapião de terra pública, na esteira do direito civil constitucional. Além dessa, buscou-se estudar a sua antítese em jurisprudências e jurisprudência brasileira. Por fim, foram apresentados institutos que pudessem ser alternativas à questão da necessária observância ao direito constitucional à moradia.

Palavras-chave: Direito Civil Constitucional. Usucapião de terra pública. (Im)possibilidade. Direito à moradia.

Sumário: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento 2.1 Direito Civil Constitucional: breves apontamentos. 2.2 Função social da propriedade e a usucapião. 2.3 Direito fundamental à moradia, mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. 3 Breve leitura dos fundamentos de uma impertinência na usucapião de terras públicas. 4 Desapropriação para reforma agrária: rápida apresentação do instituto. 4.1 Doação de terras: instrumento para assegurar direito social à moradia. 5 O caso 1.0194.10.011238-3/001. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

⁹⁸ Doutor em Direito Civil. Professor da Faculdade Milton Campos e PUC Minas.

No fim do ano de 2014, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) julgou a Apelação Cível nº: 1.0194.10.011238-3/001, motivando o festejo de juristas brasileiros que defendem a usucapião de terras públicas.

Ex-funcionários do Departamento de Estradas e Rodagem de Minas Gerais (DER-MG) ocupavam um imóvel há aproximadamente 30 (trinta) anos no município de Antônio Dias, Minas Gerais. O terreno, em tese, pertencia à Autarquia estadual. A ocupação da propriedade por todo esse período deu origem a uma vila dotada de infraestrutura como: água, luz e asfalto.

Moradores da vila ingressaram com ação de usucapião, sustentando que no decurso do período estavam na posse do imóvel com ânimo de dono, de forma pacífica e sem qualquer oposição do DER; perfazendo, portanto, os requisitos necessários para usucapir. O juiz titular da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Coronel Fabriciano indeferiu o pedido do DER-MG que solicitava a retomada do bem. Inclusive, houve parecer do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) no sentido de declarar o domínio da área em desfavor da Autarquia (TATURCE, 2014).

O presente estudo de caso se justifica na demanda por apresentação de trabalho de conclusão de curso na pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. O objetivo geral da pesquisa foi realizar uma análise técnico-jurídica sobre a decisão proferida no caso estudado.

Dentre os objetivos específicos, se aponta o cotejo do aresto com texto constitucional, normas infraconstitucionais, jurisprudência e doutrina sobre o assunto, avaliando a (in)existência de inconstitucionalidade ou ilegalidade na decisão. Buscou-se, ainda, estudar hipotéticas alternativas à usucapião de terra pública como instituto apto a viabilizar um direito fundamental à moradia.

O trabalho possui natureza de pesquisa aplicada. Segundo Mário de Souza Almeida, estudos dessa natureza buscam gerar conhecimentos que possam ser úteis em uma realidade (ALMEIDA, 2011, p. 31). Fez-se levantamento bibliográfico e leitura de textos, livros, artigos e legislações. Para Antônio Carlos Gil, isso permite cobrir uma gama de maior de informações durante a pesquisa, (GIL, 2006, p. 96).

O julgado em análise aquece a discussão sobre a possibilidade aventada; viu-se que a defesa de posição favorável ao que foi deferido no processo possui adeptos na doutrina civilista brasileira inspirada na constitucionalização do direito civil.

No entanto, o trabalho verificou opiniões doutrinárias em caminho oposto; predominantemente, no sentido de que não cabe a um cidadão se apropriar de bem público. Fez-se apontamentos sobre a função social da propriedade e a usucapião, além

de uma sintetizada leitura sobre os fundamentos de uma impertinência da usucapião de terras públicas. Por fim, realizou-se breve análise sobre a desapropriação para fim de reforma agrária e quanto a doação de terras públicas.

Nessa esteira, nos pareceu haver instituto jurídico viável a ser perseguido para buscar solução a problemas como a falta de acesso a moradia. A desapropriação para reforma agrária e a doação de terreno público para assentamento de famílias são exemplos que puderam ser citados e foram brevemente comentados.

Em sede de ponderações finais, apresentou-se o posicionamento ao qual se filiou, com uma avaliação crítica sobre a ideia de que a usucapião de terras públicas é caminho viável para se fazer alcançar segurança a famílias que necessitam de moradia. Principalmente, diante da possibilidade de aumento dos conflitos decorrentes da grilagem e invasão de terras do estado e áreas de preservação ambiental que são realidade na atual conjuntura.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Direito Civil Constitucional: breves apontamentos

A constitucionalização do direito civil trouxe novo entendimento acerca da interpretação dos institutos civilistas. Esses, deverão advir de uma filtragem constitucional, posicionando a Lei Fundamental no centro do sistema hermenêutico, conforme ensina Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2001, p. 44).

Segundo César Fiúza, a evolução do direito civil constitucional passou por três fases no Brasil. Na primeira fase a preocupação era identificar e analisar o conteúdo de direito civil na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB); o marco teórico desse período partiu do professor Carlos Alberto Bittar (FIÚZA, 2009).

A segunda fase, interpretativa, ainda em andamento conforme o autor, busca interpretar o Código Civil à luz da Constituição; os problemas do Direito Privado passam a ser avaliados sob a perspectiva do texto constitucional. Os professores Gustavo Tepedino e Pietro Perlingieri são expoentes nessa premissa.

Por fim, a terceira fase é denominada civilista constitucional ou programática. A hermenêutica civil-constitucional não é deixada de lado; porém, passa-se a destacar a importância de se implantar o projeto constitucional na esfera privada. A dignidade da pessoa humana é revigorada como fundamento da república com objetivo de voltar as atenções e cuidado para com o ser humano. Conforme o autor, interpreta-se o Direito Civil à luz da Lei Fundamental; mas, agora, com objetivo de fazer cumprir efetivamente o programa constitucional de dar vida digna às pessoas.

Para César Fiúza, isso não significa dizer que o Direito Civil perdeu sua importância; mesmo porque, no entorno dele continua a gravitar microsistemas como o direito dos contratos, de família, de propriedade e outros (FIÚZA, 2009).

Desse modo, um contrato que estabeleça pena humilhante não será assentido por ofender o princípio da dignidade da pessoa humana. O conceito de família restou pluralizado, em deferência a princípios constitucionais como igualdade, liberdade e felicidade, irradiados da dignidade da pessoa humana. Por fim, da mesma fonte emana o filtro que reconfigura o instituto da propriedade, que poderá ser usucapida se não cumprir a função social.

2.2 Função social da propriedade e a usucapião

Antes de falar sobre a função social da propriedade, cumpre lembrar Rudolf Von Ihering. Em sua teoria objetiva da posse, o autor estabeleceu diretrizes que arrimam esse instituto como objeto, condição e fundamento de um direito (IHERING, 2009). Ihering defende que a posse é interesse protegido por lei e interesses tutelados nessa envergadura são direito:

“... a posse foi reconhecida como um interesse que exige a proteção e é digno de obtê-la; e todo interesse que a lei protege deve receber do jurista o nome de *direto*, considerando-se como uma instituição jurídica o conjunto de princípios que a ela se referem. A posse, como relação de pessoa e coisa, é um direito: como parte do sistema jurídico, é uma *instituição de direito*. (IHERING, 2009, p. 49) (Itálico do autor) (Grifo nosso).

Maria Helena Diniz, falando sobre outro teórico de relevância no tema, Friedrich Carl Von Savigny, diz que o jurista caracterizou a posse com dois elementos essenciais: o *corpus*, elemento material da posse que se revela no poder de detenção e disposição da coisa; e o *animus domini*, que era o elemento subjetivo da teoria e se traduzia na intenção de ter a propriedade. E continua a autora, interpretando Savigny, a ensinar que aquele que não possui vontade de ter o bem como se seu fosse, é mero detentor da coisa e não possuidor (DINIZ, 2009).

Como visto, a posse é reconhecida como objeto de estudo e proteção desde Ihering e Savigny. O poder de detenção e disposição da coisa são elementos essenciais para diferenciar o possuidor do mero detentor da propriedade. Tem ânimo de dono aquele que age como se dono fosse.

A Constituição Federal de 1988 não assegura explicitamente um direito à posse. No entanto, todo o Livro III, que trata do direito das coisas, no Código Civil de 2002, disciplina e protege o instituto. Portanto, a posse é direito no sistema jurídico brasileiro, corroborando Ihering. O diploma estabelece, ainda, a posse como requisito para a prescrição aquisitiva. O proprietário poderá perder o direito à propriedade da terra se terceiro, de boa-fé, mantiver posse mansa, pacífica e contínua, com ânimo de dono e der destinação para o imóvel. Trata-se, esse último requisito, da função social da propriedade.

Dizer da função de determinada propriedade é falar sobre para que serve aquele bem. Uma conduta desidiosa do proprietário que mantém a propriedade sem destinação, vazia, abandonada, sem uso, sem aproveitamento, pode dar espaço para uma sanção traduzida na perda do bem. Isso porque, se até a sociedade é mera ficção, a ausência de utilidade justifica a retirada da proteção conferida pelo direito, que também é criação fictícia. (FARIAS; ROSENVALD, 2012a).

Em releitura na doutrina, verifica-se que a constituição mexicana de 1917 já havia abolido o caráter absoluto da propriedade privada. De seu lado, na constituição de Weimar de 1919 foi realizado o compromisso de harmonização dos direitos individuais com os direitos decorrentes do constitucionalismo social. Assim porque, a felicidade dos homens é alcançada em razão da atuação estatal (visão dos autores), paradigma que deu o pontapé inicial dos direitos humanos de segunda geração. A vida econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça, com objetivo de garantir a todos uma vida digna (FILHO; TEIXEIRA, 2019).

No Brasil, a função social da propriedade está disciplinada na CRFB, art. 5º, inciso XXIII. Figura no art. 170, inciso III, como princípio da ordem econômica e nos arts. 182, 184 e 186, que tratam respectivamente da propriedade urbana, desapropriação de imóvel rural e propriedade rural (BRASIL, 2020).

Várias são as modalidades de usucapião existentes no ordenamento brasileiro: coletiva, urbana administrativa, como defesa, pró-família e outras. Um dos fundamentos para a ação de usucapião é o descumprimento da função social.

Por mais que a propriedade seja direito fundamental inserido no texto constitucional, o proprietário não pode exercê-lo de forma abusiva, conforme Nelson Rosenvald (2012, p. 308). E ela cumpre função social quando não está abandonada e não existe somente para que o dono detenha titularidade.

Aquele que abandona um imóvel e o deixa vazio, poderá ter sua propriedade titulada por outra pessoa que passa a utilizar o imóvel, como se dono fosse, por período especificado na lei:

O fundamento da usucapião é a consolidação da propriedade. O proprietário desidioso, que não cuida de seu patrimônio deve ser privado da coisa, em favor daquele que, unindo posse e tempo, deseja consolidar e pacificar a sua situação perante o bem e a sociedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 397).

Adicionam, ainda, os autores, que "... a usucapião é modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais." (Grifo nosso) (2012, p. 396). De se notar, que a posse é elemento central para que se possa pleitear a prescrição aquisitiva; obviamente, cumpridos os demais requisitos para usucapir.

Nessa esteira teórica, a Constituição Federal restou inculpada do instituto da usucapião pela constituinte de 88, nos arts. 183 e 191. Aquele indivíduo que, não sendo proprietário, possuir bem imóvel, sem oposição, por determinado período de tempo e cumprir demais condições previstas em Lei, poderá adquirir a propriedade (BRASIL, 2020). Como não poderia ser diferente, no mesmo sentido seguiu todo o arcabouço legislativo hierarquicamente inferior; aproveitando conceito criado por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito e explicado pelo professor Paulo Nader (NADER apud Kelsen, 2011, p. 388).

Por tudo isso, verifica-se que a usucapião é ferramenta para fazer com que o indivíduo não exerça de forma improdutiva e egoisticamente seu direito de proprietário. Como visto, é grande a construção teórico-doutrinária no sentido de que aquele que abandona uma determinada propriedade e não lhe dá destinação, poderá perdê-la por prescrição aquisitiva impetrada por terceiro. Esse, irá adquirir o domínio do bem se perfizer todos os requisitos para usucapir, dentre eles ressalta-se o tempo.

2.3 Direito fundamental à moradia, mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana

Moradia é direito fundamental. Está inculpado no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentro do Capítulo II, dos Direitos Sociais, no art. 6º da Constituição (BRASIL, 2002). Ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que "... os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais (BRANCO; MENDES, 2012, p. 692).

Nesse quadro, forçoso dizer que os direitos fundamentais portam aplicação imediata, nos termos do § 1º do art. 5º da CRFB (BRASIL, 2020). Além do que, possuem eficácia plena, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2009). Desse modo, é dever do Estado buscar a materialização de tal direito fundamental. A eficácia plena e imediata se traduz na retirada de qualquer entrave para a implementação do direito à moradia, entende-se.

O direito à moradia está incluído dentro do mínimo existencial necessário à vida de qualquer ser humano. Insta lembrar que muitas vezes há confronto entre o mínimo existencial e a reserva do possível, com vistas a apresentar limites ou condições para a prestação positiva por parte do Estado. Em posicionamento manifestado pelo ministro Celso de Melo, em 2011, tem-se clara evidência de como nossa jurisprudência tem utilizado esse importante instituto jurídico.

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV) (BRASÍLIA, STF, ARE 639.337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2011) (Grifo nosso).

Como visto, o mínimo existencial é um conjunto de prerrogativas cuja materialização busca garantir condições adequadas de vida digna através da efetividade nas prestações positivas do Estado. Os direitos sociais estão entre essas prerrogativas a serem asseguradas pelo ente estatal; dentre eles, destaca-se o direito social-fundamental à moradia.

O professor José Luiz Quadros de Magalhães (MAGALHÃES, 2008, p. 227) narra o direito à habitação como uma necessidade vital do ser humano. Verdadeiramente essa é a posição que o bem ocupa. Trata-se de pertence que assegura vida digna à pessoa humana. Ter onde morar, um teto para criar a família, dar segurança a seus filhos, um lugar para dormir, para servir de abrigo.

Costa Machado comentando o inciso III, do art. 1º da CRFB, ensina que a dignidade da pessoa humana é fundamento e finalidade última da ordem política. Diz o autor que a

“... dignidade humana constitui, por assim dizer, um valor único e individual, que não pode, seja qual for o pretexto, ser sacrificado por interesses coletivos.” (Grifo nosso) (MACHADO, 2012, p. 5).

Pelo que se vê, a moradia é direito social incluído no rol dos direitos fundamentais no texto constitucional. Os direitos fundamentais detêm eficácia plena e aplicação imediata. Desse modo, conferir direito a habitação aos cidadãos não é atender programa político-social de determinado governante; mas, diretriz elementar e imperiosa da Constituição da República. Nessa tônica, se nota que as famílias que ocupam o imóvel objeto do caso em estudo pleiteiam a prescrição aquisitiva sob a batuta de sólidos argumentos que necessitam ser respeitados.

3 Breve leitura dos fundamentos de uma impertinência na usucapião de terras públicas

Uma leitura rápida na doutrina e jurisprudência pátria possibilita verificar a existência de considerável posicionamento no sentido de que a tese da usucapião de terras públicas contraria texto constitucional. Foi possível encontrar impedimento em Súmula do STF, bem como corrente na doutrina explicando os motivos da impossibilidade jurídica da prescrição aquisitiva de imóveis públicos.

Inicia-se a apresentação do posicionamento citando o § 3º do art. 183 da Constituição Federal que assim estabelece: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião (BRASIL, 2020).

A questão já foi discutida em juízo e restou sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em seção plenária na Súmula 340: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.” (BRASIL, 1963).

O poder constituinte originário expressamente vedou a possibilidade de usucapião de terra pública; notando-se de imediato a inconstitucionalidade de decisões em sentido contrário. Costa Machado, comentando a CRFB, disse (2012, p. 943):

Os imóveis públicos são insuscetíveis de usucapião. A vedação é histórica em nosso ordenamento e sempre constou em nossas constituições. A razão da medida, segundo doutrina, repousa na aplicação da premissa básica de que os imóveis públicos pertencem à toda coletividade, logo, o interesse público deve prevalecer sobre os interesses privados, já que é impossível a aquisição pela via originária, de imóveis públicos urbanos ou rurais, pois como o bem público significa coisa do povo, parece-

nos ilógico permitir a um proprietário (no caso uma pessoa ou família) adquirir bem que já possui e tem outros donos, cabendo aqui, uma analogia com a impossibilidade do condomínio também de adquirir o imóvel comum em detrimento dos demais condôminos, via usucapião (Grifo nosso).

O art. 102 do Código Civil de 2002 também dispõe sobre a impossibilidade jurídica da prescrição aquisitiva de bem público: "Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião." (BRASIL, 2002). Nesse mesmo compasso, César Fiúza (FIÚZA, 2015) aponta que "... os bens públicos em geral jamais serão objeto de usucapião, nem móveis, nem imóveis, sejam de uso comum do povo, de uso especial ou dominicais.". E continua o consagrado doutrinador e professor a ensinar que:

(...) admitir o usucapião de imóveis públicos com esteio no princípio da dignidade humana, é analisar o problema por uma ótica unilateral. Sem dúvida, todo usucapiente possui dignidade, como, aliás, qualquer um de nós, até os mais crápulas. Por outro lado, os imóveis públicos desocupados têm destinação, seja específica, para atender a eventuais necessidades da Administração Pública, seja genérica, reservando-se, precipuamente, ao planejamento urbano ou à reforma agrária. Em ambos os casos, a destinação também terá como escopo primordial a promoção da dignidade humana. Assim, a se aceitar o usucapião de imóveis públicos, contrariando frontalmente a Constituição e o Código Civil, com fundamento na dignidade do usucapiente, estar-se-á olvidando a dignidade dos destinatários da reforma agrária, do planejamento urbano e dos eventuais beneficiários da utilização que eventualmente a Administração Pública venha a conferir ao imóvel (Grifo nosso) (FIÚZA, 2015).

Por fim, é salutar a apresentação de jurisprudência do STF a fim de cumprir o compromisso de perfazer o levantamento da cadeia argumentativa que é adversária à viabilidade da usucapião de terras públicas apresentada neste subcapítulo:

No que concerne à discussão em torno da posse do imóvel propriamente dito, cabe lembrar que, entre as características que envolvem os bens submetidos ao regime jurídico de direito público, podem-se referir sua inalienabilidade e sua imprescritibilidade, regras preservadas nos arts. 100 a 102 do Código Civil e na Súmula STF 340. "Súmula 340. Desde a

vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião." 16. Dessa forma, inexistência de lei federal autorizativa impede que sobre o imóvel se pratiquem atos de posse. Além disso, os atos de mera permissão ou tolerância, como esclarece Tito Fulgêncio, "em si seriam suscetíveis de constituir uma apreensão de posse, mas não engendram nenhum direito de posse, não produzem seus naturais efeitos, porque não se fundam em obrigação preexistente, (...)" . Nesses termos, o artigo 1.208 do Código Civil estabelece que: "Art. 1208.- Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou clandestinidade.

[BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ACO 685, Rel. Min. Ellen Gracie, 2015) (Grifo nosso).

Por todos os fundamentos levantados, percebe-se a existência de consistente arcabouço jurídico-doutrinário contrário à usucapião de terras públicas no país. Segundo essa corrente, consentir a prescrição aquisitiva desses bens é possibilitar que uma pessoa se aproprie de forma ilegal de imóvel que a todos pertence.

Ademais, vale a pena lembrar o autor César Fiúza quando aponta que permitir a usucapião de terras públicas sob pretexto de viabilizar o princípio da dignidade da pessoa humana é um perigoso equívoco. Segundo o doutrinador, existe risco de invasões e grilagem de terras do Estado. Em certo tom irônico, cita, inclusive, um exemplo ocorrido em Minas Gerais no qual o falecido ex-deputado federal Aécio Neves, pai do ex-governador Aécio Neves da Cunha, teria adquirido terras de uma fazenda no município de Montezuma, via ação prescritiva (FIÚZA, 2015).

Nesse mesmo sentido, cumpre revisitar os conceitos vistos em Ihering (2009) e, para tanto, repete-se: a posse é interesse protegido pela lei, por isso os juristas a afirmam como um direito. Impossível deixar de observar que se o fundamento do reconhecimento da posse como direito se dá pela norma, deixar de observar os preceitos previstos que vedam a usucapião no caso se traduz na negação do próprio direito; ou seja, em ilegalidade.

Se a posse é direito e deve ser respeitada porque está prevista na Lei, a vedação da usucapião de terra pública deve ser respeitada pelo mesmo motivo. Trata-se de norma e possui previsão constitucional e infraconstitucional. Assim, buscar usucapir terra pública é negar o fundamento da posse, é negar o direito; posto que há vedação para a usucapião de terras públicas no ordenamento jurídico brasileiro.

Natural que o direito caminhe em igual passo à evolução da sociedade brasileira. Talvez seja esse o anseio que impulsiona a busca por uma nova trajetória para viabilizar o acesso à terra e à moradia, através da usucapião de terra pública. Contudo, caminhar em passos convergentes com os ditames da democracia seria mais adequado. Mesmo porque, permitir a usucapião ao arrepio da Constituição redonda em ataque a um texto democraticamente elaborado pela constituinte de 88.

A usucapião possibilita ao usucapiente adquirir o domínio de determinado bem. No caso em comento, a aquisição do domínio do imóvel estaria respaldada em um dos pilares da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. Trata-se de princípio de fundamental importância na Carta Magna e de firme peso argumentativo. Todavia, havendo outras opções que estejam previstas no ordenamento brasileiro como juridicamente viáveis, crê-se que seria salutar buscar saídas que não flertem com ilegalidade e inconstitucionalidade. Mais além, que não se contraponham à democracia.

Evidente que discussões sobre o tema fazem levantar apontamentos como a força e influência de latifundiários e de detentores do capital agropecuário no país. Não se pode fugir da necessária lucidez quando da análise de situação tão crítica. Mas, ainda que nossa democracia representativa possua suas imperfeições, a participação popular na gestão da coisa pública tem se tornado uma realidade crescente. Aliás, ela deve ser incentivada ainda mais, para que a manifestação do Estado seja uma tradução da vontade do povo e, portanto, democrática.

Nessa esteira, urge apresentar trajetórias para que se busque o cumprimento do texto constitucional no que se refere à necessidade de assegurar dignidade à pessoa humana, respeitando seu direito fundamental à moradia. Adianta-se que existem outras ferramentas na Constituição Federal que merecem mais estudo e atenção. Acredita-se que tais institutos poderiam ser caminhos viáveis para alcançar o desiderato perseguido pela usucapião de terras públicas: a desapropriação para reforma agrária e a doação de terra para assentar famílias.

Se o direito fundamental à moradia é o objetivo a ser alcançado pela usucapião de terras públicas, é possível que se alcance esse desiderato através do assentamento de famílias promovido em âmbito municipal. Como se verá, esse caminho é uma realidade em muitos municípios Brasil afora. Crê-se que é necessário que ele seja fomentado como ferramenta para viabilizar vida digna através da habitação.

4 Desapropriação para reforma agrária: rápida apresentação do instituto

Um sem número de questões assombra o tema da reforma agrária desde a sua inclusão no texto constitucional, quando da constituinte de 1988. A questão política é uma das principais, haja vista a forte influência da bancada ruralista que é lastreada por grandes

latifundiários. Em sua obra, Costa Machado aponta que o clima político na constituinte era pouco permeável à inclusão da reforma agrária na Constituição de 88. Dentre os assuntos mais críticos abordados na constituinte, a desapropriação de terras rurais improdutivas foi das mais agudas. Isso, devido a mobilização partidária e ideológica em torno da matéria (MACHADO, 2012, p. 943).

Por fim, ocorreu que após os debates da constituinte o capítulo da reforma agrária restou constando na CRFB vigente. Nesse sentido, a desapropriação para reforma agrária está prevista no art. 184 da Constituição da República:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária (BRASIL, 2020).

Leitura do texto constitucional mostra que, havendo interesse social, o imóvel rural poderá ser desapropriado para que seja realizada reforma agrária. A Constituição prevê indenização pela desapropriação do terreno e também para suprir benfeitorias realizadas no imóvel. Um decreto será o instrumento legal que irá autorizar a União a propor a ação de desapropriação e o processo tramitará no rito sumário. A leitura do artigo e seus

parágrafos dá conta de que a transferência de imóveis desapropriados estará isenta de impostos municipais, estaduais e federais.

O imóvel rural que não cumprir função social poderá ser desapropriado. Trata-se da desapropriação-sanção para fim específico de reforma agrária cuja competência exclusiva é da União. Aos estados e municípios, facultou-se a desapropriação por interesse social. (MACHADO, 2012, p. 945).

O parágrafo segundo do dispositivo acima destacado traz importante direcionamento para o decreto de desapropriação com o fim de reforma agrária. A propriedade que preteritamente não tiver cumprido função social estará submetida ao poder expropriante. Esse imóvel terá sua titularidade transferida a particulares "... como forma de implementação das políticas públicas voltadas à utilização da terra (MACHADO, 2012, p. 947).

O autor esclarece, ainda, que a declaração de interesse social sobre o imóvel legítima, inclusive, o uso de força policial para que a autoridade administrativa vistorie e avalie o imóvel. Após a desapropriação, o expropriado poderá buscar indenização em juízo por eventuais perdas e danos. Ressalta-se que é cabível a retrocessão quando o Poder Público não tiver conferido ao bem o destino declarado no decreto; ressalvado ao Estado concordar ou não com a restituição do bem (2012, p. 949).

Pelo visto, a Constituição Federal prevê, além da usucapião, outro tipo de ferramenta que pode ser útil para buscar sancionar o proprietário de terra que mantém a propriedade em desacordo com os ditames da função social. Se a questão é inutilidade da terra, ou mesmo exercício egoístico da propriedade, a desapropriação para fim de reforma agrária se mostra instrumento hábil a perseguir justiça.

O instituto foi, também, estabelecido na Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que trata da regulamentação da reforma agrária prevista na Constituição Federal. Conforme o art. 2º da Lei: "A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais." (BRASIL, 1993). A referida Lei trata de forma pormenorizada dos procedimentos a serem realizados pela União para a materialização da reforma agrária. Cabe ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) realizar vistorias para identificar terras improdutivas que estariam aptas para serem objeto da desapropriação.

Nada obsta, entretanto, que o Instituto realize convênios com os demais entes federativos para o trabalho. Nesse sentido, é salutar apresentar o art. 6º da Lei 4.504 de 1964, que dispõe sobre o estatuto da terra:

Art. 6º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão unir seus esforços e recursos, mediante acordos, convênios ou contratos para a solução de problemas de interesse rural, principalmente os relacionados com a aplicação da presente Lei, visando a implantação da Reforma Agrária e à unidade de critérios na execução desta (BRASIL, 1994).

A competência para legislar sobre a reforma agrária é privativa da União, conforme art. 22, inciso I da CRFB. Uma pesquisa no sítio do STF permite verificar um quantitativo de processos que evidenciam a consolidação do debate jurídico sobre o instituto na realidade brasileira.

São 209 processos no Distrito Federal, 118 no Paraná, 54 em São Paulo, 52 no Acre, 46 no Rio Grande do Sul, 40 em Pernambuco, 36 em Santa Catarina, 30 em Minas Gerais, 28 na Paraíba, 26 no Mato Grosso do Sul, 22 no Tocantins, 01 no Piauí, 20 no Rio de Janeiro, 21 no Rio Grande do Norte, 07 em Rondônia, 02 em Roraima, 03 no Sergipe, 08 em Alagoas, 08 no Espírito Santo e 16 no Mato Grosso, com datas entre 2000, 2005 e 2015 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Desde o início do Programa Nacional de Reforma Agrária, 1.364.057 (um milhão, trezentos e sessenta e quatro mil e cinquenta e sete) famílias foram assentadas, segundo o INCRA (INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, 2020).

Mesmo diante desses números, sabe-se que a questão da reforma agrária no Brasil merece maior destaque e principalmente implementação. Isso porque, há considerável concentração de terras no país, onde predomina a monocultura. Por outro lado, a demanda por assentamentos evidencia uma quantia exorbitante de famílias que necessitam de terra para sobrevivência, cultivo, dignidade. Há cerca de 55 mil (cinquenta e cinco mil) processos de assentamento em trâmite e espera-se assentar aproximadamente 600mil (seiscentas mil) famílias até 2023, segundo Pedro Rafael Vilela (2019).

Nota-se que o desafio é grande. Porém, o instituto se mostra apto a ser utilizado como uma via para dar vazão à questão falta de terra para que famílias sem o bem possam trabalhar e para o problema da inobservância à necessária função social da propriedade. Propriedades particulares poderão ser expropriadas como sanção e, por outro lado, para que seja possível atender a demanda por terra.

A reforma agrária é instrumento cuja implantação se dá por via estabelecida de forma clara no ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente da usucapião de terra pública que é vedada, inclusive. Viabilizar a possibilidade da usucapião, no caso em estudo, se traduziria em decisão que deixaria de observar norma constitucional, como visto.

Aliás, vale lembrar que a Lei 4.947, de 06 de abril de 1966 e ainda vigente, prevê como crime a invasão de terras públicas da União, de Estados e Municípios. Conforme dispõe o art. 20 da Lei, a pena vai de 6 meses a 3 anos (BRASIL, 1996); o que, sem dúvida, deveria ter sido observado pelo Ministério Público, tendo em vista sua obrigação de *custos legis*, fiscal da Lei.

4.1 Doação de terras: instrumento para assegurar direito social à moradia

Outra ferramenta existente no ordenamento brasileiro e que possui viabilidade jurídica no país é a doação de terras realizada pelo poder público. Essas doações tem objetivo de assentar famílias e buscar reduzir a demanda por moradia às populações socialmente vulneráveis. Enquanto a competência para legislar sobre reforma agrária é privativa da União, a doação de terras pode ser feita pela União, Estados ou pelos Municípios, em razão de autonomia conferida pelo texto constitucional a cada um desses entes. Tomaremos o poder público municipal como recorte para expor a possibilidade aqui aventada.

No regime constitucional em vigor, os Municípios possuem autonomia, conforme o art. 18 da CRFB. Por seu lado, o art. 30 da Carta Magna possibilita ao ente municipal realizar a administração dos seus interesses e legislar sobre assuntos de interesse local. Ainda no texto constitucional, art. 29, vê-se que os Municípios serão regidos por Lei Orgânica própria. Inclusive, além desse último dispositivo, é possível constatar na Constituição que a autonomia municipal é protegida no art. 34, inciso II, alínea "c" (BRASIL, 2020).

Costa Machado (2012, p. 225) ensina que interesse local é aquele restrito aos limites físicos do Município. Tudo o que pode trazer benefícios à coletividade municipal ou o interesse público municipal, por exemplo, está sob a competência do legislativo do Município. Falando sobre a autonomia desse ente, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 7) aponta que a entidade tem "...capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração.". Segundo o autor, ao ente é factível criar seu diploma constitutivo, organizar o governo, eleger seus representantes e dirigentes e ter administração própria.

O doutrinador leciona que a Administração pode, excepcionalmente, doar bem público desde que atenda o interesse público. Conforme o administrativista, os requisitos para a doação de bem imóvel público são: autorização legal, avaliação prévia e interesse público justificado (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1.197). Há determinada celeuma jurídica no âmbito da doação de imóvel público aqui citado, desse modo cumpre citar esclarecimento apresentado pelo jurista:

Segundo dispõe o art. 17, I, "b", da Lei nº: 8.666/1.993, a doação de imóveis somente é permitida quando for destinada a " *outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera*

do governo". Essa restrição, como já vimos, aplica-se exclusivamente à União Federal. O fundamento consiste em que a legislação federal só pode dispor sobre *normas gerais* de contratação e licitação, e esse tipo de restrição não se enquadra nessa categoria normativa, como já decidido pela mais alta Corte. Dessa Maneira, nada impede que a legislação estadual, distrital ou municipal permita a doação para outra espécie de destinatários, como é o caso, por exemplo de instituições associativas ou sem fins lucrativos, não integrantes da Administração (Itálico do autor) (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1.197).

Como visto, é possível juridicamente que o ente doe imóvel público para o fim aqui dissertado. Promover o assentamento de famílias confere dignidade à pessoa humana; além disso obedece o disposto em texto constitucional mormente notado entre os direitos sociais, qual seja, o direito à moradia, previsto no art. 6º da CRFB.

A doação de imóvel público no âmbito municipal aqui brevemente apresentada exigirá desafetação do bem. A desafetação é um fato administrativo dinâmico que se traduz na mudança da finalidade do bem público. Ela indica que o bem deixou de servir à finalidade pública anterior (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1.149).

Após essa rápida explanação, vale indicar dois exemplos recentes da materialização da doação de imóvel público municipal. O primeiro deles ocorreu no município de Guaraniaçu no estado do Paraná. Através da Lei Municipal 1.255 de 11 de dezembro de 2019, o Prefeito autorizou a doação de terrenos públicos para fim de moradia. (GUARANIAÇU (PR), 2019).

A leitura da lei, possibilita verificar que o executivo foi autorizado a doar terreno à população em situação de vulnerabilidade social, com renda limitada em até 03 (três) salários mínimos, com finalidade de assegurar acesso a moradia digna. Um dos princípios citados na norma municipal é a função social da propriedade urbana, com vistas a permitir o acesso à terra. Uma das prioridades explicitadas na Lei é implantação de projetos habitacionais de interesse social. As pessoas portadores de deficiência foram priorizadas, inclusive (BRASIL, 2019).

Outro exemplo é a Lei Municipal 1.784, de 15 de outubro de 2019, que também autoriza a doação de terrenos para construção de casas populares no Município de Pimenta, Minas Gerais, que se encontra anexada ao presente estudo, uma vez que não foi encontrada no sítio do Poder Legislativo daquele município para que pudesse ser referenciada nesse trabalho acadêmico:

A Câmara Municipal de Pimenta aprovou, e eu, Prefeito Municipal, sanciono a seguinte lei complementar:

Art. 1º. Fica o Município de Pimenta autorizado a promover a doação de lotes demarcados na área desapropriada exclusivamente para o “Loteamento Popular”, objeto da matrícula nº. 73.893 do Cartório de Registro de imóveis da Comarca de Formiga-MG, e ainda dos imóveis objeto do desmembramento das matrículas 70.876, 70.878 e 73.299 do Cartório de Registro de imóveis da Comarca de Formiga-MG, às famílias que se enquadrarem nos requisitos desta lei.

Parágrafo único. No loteamento, objeto da matrícula 73.893, será destinado o lote 18 da quadra F, com área de 1.359,60m², para a Associação de Catadores de Recicláveis de Pimenta - ASCREPI, associação civil de direito privado, sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº. 19.011.333/0001-44, e o lote 17 da quadra E com área de 688,00m², para a Associação Cultural Esportiva “Sem Fronteiras”, entidade sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº. 24.058.434/0001-00, sem a necessidade da observância dos demais requisitos desta lei, salvo para os artigos 9º e 10 desta lei (Anexo A - Lei Municipal 1.784, de 15 de outubro de 2019).

Desse modo, é possível aferir que a doação de terras para fim de assentamento de famílias também é instituto juridicamente executável para buscar viabilizar dignidade à pessoa humana, através da moradia. O acesso à terra para produção agrícola familiar pode ser instrumentalizado pela reforma agrária e, por outro lado, para fim de moradia, tem-se a doação de imóvel público. Afora quaisquer discussões políticas, visto o conteúdo técnico-científico que se pretende permear, tais institutos se mostram pertinentes e viáveis juridicamente como alternativa à usucapião de terra pública.

5 O CASO 1.0194.10.011238-3/001

O acórdão dá conta de que um conjunto de famílias, dentre as quais haviam ex-funcionários do DER-MG, ocupou fração de imóvel da Autarquia por aproximadamente 30 anos, com ânimo de dono, de forma mansa, pacífica e sem oposição. Tratava-se de uma área pública estadual de aproximadamente 36 (trinta e seis) mil metros quadrados, situados na rodovia 381, altura do trevo de Antônio Dias, Minas Gerais. Ingressaram em juízo titulando prescrição aquisitiva e obtiveram sucesso em primeira instância. Advindo recurso de Apelação interposto pelo DER-MG, a decisão da primeira instância foi mantida.

O voto do Relator no acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) n°: 1.0194.10.011238-3/001 reconheceu a posse no bojo do processo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2014):

Na espécie, os réus demonstraram a aquisição da posse há mais de trinta anos, sem qualquer oposição do DER. Destarte, demonstrado está que os réus, ora apelados, não detinham a mera detenção do bem, mas verdadeiramente sua posse, como se donos fossem.

O Relator foi mais adiante quando deixou claro que é mister acatar o direito à aquisição da propriedade, objeto da lide, pela usucapião (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2014).

No processo, narra-se evidente desleixo do Administrador Público para com o imóvel. Seria justificável a prescrição aquisitiva; principalmente, diante do conjunto teórico-doutrinário revisto. A função social é limite para o exercício abusivo do direito à propriedade. Assim, o fundamento da usucapião está no descumprimento da necessária função social do bem.

A Autarquia ficou inerte por aproximados trinta anos, período no qual as famílias que ocupavam o terreno deram destinação social ao imóvel. Fizeram benfeitorias e edificaram lares onde residiam. Na área havia inclusive uma igreja. Fâmulos da posse mais evidente que os relatados no processo é impensável. O mesmo se diz quanto aos demais requisitos para a usucapião: posse mansa, pacífica, continuidade e ânimo de dono. Cita-se que não foi reconhecida a alegação do DER-MG de que aquelas famílias apenas detinham o imóvel por mera liberalidade.

Reinterpretando Savigny, citado por Maria Helena Diniz, essas famílias estavam na posse do imóvel. Não eram meros detentores do bem; mesmo porque, residiam na área com ânimo de dono e lá se estabeleceram por tempo deveras extenso. As construções de residências e de igreja são elementos que podem indicar que aquelas famílias pretendiam ali ficar.

O período é de quase trinta anos, requisito que permite pleitear até a usucapião extraordinária, cujo requisito temporal é o maior entre as espécies. A condição formal mais significativa para a prescrição aquisitiva em qualquer modalidade é o tempo (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 414). É salutar dizer que a espécie de usucapião em comento não existe na legislação brasileira. No entanto, cumpria avaliar a existência dos requisitos para usucapir o bem. Pode-se dizer que eles estão presentes, excetuando-se a previsão legal da aquisição originária de imóvel público.

Em face de todo o alicerce jurídico-teórico estudado é de se notar que a decisão segue a corrente do novo paradigma do direito civil-constitucional já oportunamente analisada. Trata-se da implementação efetiva do filtro constitucional ao qual se refere a terceira fase do direito civil delineada pelo professor César Fiúza. Em estreitas linhas, a decisão buscou viabilizar dignidade na vida daquelas famílias.

Todavia, pesa considerar que o aresto descreve que não se tratava de imóvel sob domínio público. Havia lei vigente autorizando que o DER-MG doasse o imóvel em tela para o município de Antônio Dias a fim de que aquelas famílias fossem assentadas, conforme explicita o acórdão (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2014). Uma leitura apurada da decisão permite constatar, ainda, que há manifestação no sentido de que não é possível a prescrição aquisitiva de bem público.

Repare-se que a área passou para o domínio do município, que também é ente público; no entanto, conforme se lê no acórdão, o objetivo da doação da área era a regularização da posse daquelas famílias. Portanto, a titulação concedida aos ocupantes se daria através do Município, não pela via originária.

Cumpra-se apontar os dizeres de José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 483), quem leciona que em decorrência da qualificação pública dos bens das Autarquias, sobre eles recai a mesma proteção atribuída aos bens públicos em geral; quais sejam a impenhorabilidade e a imprescritibilidade. Razão pela qual, percebe-se posição ladeada pelo impedimento no âmbito administrativista, inclusive.

Da pesquisa realizada se extrai, por fim, que o texto constitucional sedimentado em jurisprudência do STF perfila no rumo contrário à festejada decisão pela usucapião de terra pública presente no caso estudado. Há, também, vedação expressa existente no Código Civil seguida de análise doutrinária que tornaria o julgado ilegal e passivo de revisão na Suprema Corte.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo de caso visou cumprir requisito para a obtenção do título de pós-graduação em direito civil da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Nessa senda, foi apresentado como objeto de análise um julgado da comarca de Coronel Fabriciano no qual se discutiu a usucapião de um imóvel do DER-MG. No terreno um conjunto de famílias manteve posse mansa, pacífica, ininterrupta, com ânimo de dono por aproximadamente trinta anos, dando destino a um bem que estava abandonado pela Autarquia. Portanto, presentes os requisitos elementares para a prescrição originária.

Foi realizado um levantamento de posições favoráveis e contrárias à usucapião de terras públicas. A divergência de posicionamentos evidencia que o assunto merece maior

debate técnico e pesquisas mais aprofundadas que busquem avaliar quais consequências a sociedade brasileira irá enfrentar caso sigamos o caminho pela prescrição aquisitiva de imóvel público.

Em senda favorável à usucapião aqui estudada, vimos que ela se encontra fundamentada na teia argumentativa da constitucionalização do direito civil. A filtragem constitucional do direito privado impõe que o direito se volte para o necessário cuidado para com o ser humano. Argumenta-se que a dignidade da pessoa humana não pode mais ser um mero programa constitucional, mas princípio que deve nortear a hermenêutica do direito civil a fim de efetivar verdadeiramente o direito a uma vida com dignidade.

Nesse sentido, viu-se que a função social da propriedade e a usucapião são institutos do direito privado que estão direcionados como ferramentas para impedir um uso abusivo, egoístico e infértil da propriedade. O imóvel que existe sem finalidade, que está vazio e inutilizado, é limitador de objetivos da sociedade brasileira; notadamente, o de propiciar dignidade aos cidadãos. Não há vida digna sem teto, sem moradia.

A usucapião possui ampla previsão no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a proteção à posse. Aquele que ocupa imóvel como se dono fosse, que se inseriu na posse de forma mansa e pacífica e assim se mantém, que faz com que a propriedade cumpra função social e que perfaz tempo na posse, poderá adquirir o domínio do imóvel. Nessa esteira se situa o caso estudado, posto que um grupo de famílias estão na posse de um imóvel perfazendo os mesmos requisitos citados.

Estudando as condições para a usucapir, viu-se que todas elas estão presentes para a aquisição originária no caso em análise. No entanto, o imóvel objeto da ação é público. O caso traz a informação de que se trata de área do DER-MG e que havia Lei autorizando que o imóvel passasse para o domínio do município de Antônio Dias, a fim de que as famílias que lá estavam pudessem ser assentadas.

Esse fato é importante limitador; ou melhor, impedimento para outra parcela da doutrina que advoga em sentido contrário. Verificou-se que esses juristas esposam argumentos fundados no texto constitucional vigente, em jurisprudência da Suprema Corte e em doutrinadores do direito brasileiro.

A pesquisa revelou que há vedação na Constituição Federal à usucapião de terras públicas. Existe jurisprudência do STF que restou sumulada, proibindo a prescrição aquisitiva. Considerável doutrina lida apontou no mesmo sentido. Por esses motivos, se faz necessário sopesar que a decisão tomada no caso não deveria prosperar, uma vez que contraria a lei e texto inserto na Constituição.

Outros institutos jurídicos foram estudados a fim de averiguar brevemente a aplicabilidade desses enquanto caminho a ser percorrido na busca de soluções à questão do déficit de terra ou moradia para famílias. A reforma agrária e a doação de terras foram rapidamente avaliados enquanto saída juridicamente viável.

Quanto à doação de terras para fim de assentamento de famílias, citou-se duas leis recentes dos municípios de Guaraniaçu no estado do Paraná e Pimenta no estado de Minas Gerais. Foi possível notar que o instituto, além de viável, possui aplicabilidade na atual conjuntura; haja vista que as leis colacionadas nesse estudo são de 2019.

Inegável que lutar para propiciar dignidade à pessoa humana deve ser objetivo de qualquer sociedade. Através do acesso à moradia ou à terra onde se possa plantar e colher, é possível viabilizar esse desiderato. Não obstante, não é necessário que a construção desse caminho flerte com viabilização da grilagem de terras públicas ou invasões de áreas de proteção ambiental.

A exemplo disso, cita-se recente reportagem do jornal Estado de Minas na qual se tem notícia de que um grileiro agia em Santa Luzia, Minas Gerais, em um esquema de venda ilegal de lotes. O grileiro tinha influência dentro da prefeitura e causou um prejuízo de aproximadamente R\$ 20 (vinte) milhões de reais a compradores. Desmatamentos em área de proteção foram realizados para a implantação do loteamento e a multa por dano ambiental soma R\$ 3,2 (três milhões e duzentos mil) reais, valores que não foram pagos pelos infratores (SALGADO, 2020).

A avaliação que se faz é que a grilagem e a invasão de terras públicas poderiam se tornar uma tônica contínua se a usucapião do caso em estudo vier a se confirmar. Pessoas poderiam se sentir incentivadas em ocupar imóveis públicos; visto que a permanência da decisão se traduziria em jurisprudência favorável ao intento. Manter vigilância sobre todos os imóveis que são propriedade ou estão sob domínio público seria atividade deveras hercúlea. Assassinatos e desmatamentos seriam reflexos que poderiam vir a se tornar realidade cada vez mais frequente.

Novamente, carrega-se uma publicação jornalística de Maurício Monteiro, de abril de 2020, que narra esse quadro no município de Lábrea no estado do Amazonas: "... um homem chamado Denis havia sido encontrado morto. Os grupos (...) dos posseiros fervilhavam com fotos do corpo.". O corpo em questão tinha marca de perfuração causada por arma de fogo no rosto e sinais de tortura (MONTEIRO, 2020).

É a materialização da guerra de todos contra todos, narrada em Thomas Hobbes (HOBBS, 2017). É a ganância humana se manifestando em seu pior sentido. Note-se que a região amazônica é extensa e sabidamente possui pouca cobertura por parte da segurança pública.

Creemos que não cabe ao Judiciário ao atropelo da Constituição Federal e da Lei viabilizar a prescrição aquisitiva de imóvel público. Avalia-se que tal questão deve ser discutida democraticamente pela sociedade e, principalmente, passar pelo crivo do legislativo federal. Cabe ao Congresso Nacional a modificação de texto constitucional, o que exige aprovação nas duas Casas, obtenção de 3/5 (três quintos) dos votos, nos termos do art. 60 da CRFB (BRASIL, 2020). Qualquer outra modificação dessa guia, no nosso sentir, é inconstitucionalidade e ilegalidade; visto que não cabe ao Poder Judiciário legislar.

Sem embargo da necessária atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, nos parece que pavimentar a reforma agrária ou mesmo a doação de terras para assentamento de famílias é um caminho tecnicamente mais viável e adequado. Se o direito civil deve ser visto sob prisma constitucional, que a única lente usada não seja somente a dignidade da pessoa humana, mas também que se avalie todo o corpo legiferante previsto na Constituição. Há vedação explícita da usucapião de terra pública no texto democraticamente elaborado pela constituinte de 1988.

É exercício da cidadania que não somente as autoridades do estado estejam incumbidas dessa responsabilidade. É necessário que haja efetiva participação social no desenvolvimento desse projeto. É preciso que as universidades se envolvam na análise de alternativas à possibilidade aventada no caso em estudo. Também, que a doutrina se debruce em esquadrihar e redefinir a rota pelo melhor uso das terras públicas e que esse problema seja enfrentado com lucidez para o bem da nossa e das próximas gerações.

7 Referências

ALMEIDA, Mário de Souza. **Elaboração de projeto, TCC, dissertação e tese: uma abordagem simples, prática e objetiva.** 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2011. **Constituição e o Supremo.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=4>>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 340. **Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.** Súmulas 301 a 400. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false>>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Código civil e a impossibilidade de usucapir bens públicos. **Aplicação das Súmulas no STF**. ACO 685, Rel. Min. Ellen Gracie, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3319>>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Lei 4.947, de 6 de abril de 1966. Fixa normas de direito agrário, dispõe sobre o sistema de organização e funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4947.htm#:~:text=de%20sexta%20parte,-,Art.,6%20meses%20a%203%20anos.&text=Na%20mesma%20pena%20incorre%20quem,municipais%2C%20destinadas%20C3%A0%20Reforma%20Agr%C3%A1ria.> Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei 8.620, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629compilado.htm#:~:text=Art.,T%C3%ADtulo%20VII%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Compete%20C3%A0%20Uni%C3%A3o,esteja%20cumprindo%20sua%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social.&text=Art.,-5%C2%BA%20A%20desapropria%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 set. 2020.

GUARANIAÇU (PR). **Lei municipal doação de imóvel público**. Lei 1.255 de 11 de dezembro de 2019. Dispõe sobre autorização para doação de terrenos e habitações populares do Município de Guaraniáçu/PR para fins de moradia, define os critérios pertinentes e estabelece outras providências. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/g/guaraniacu/lei-ordinaria/2019/126/1255/lei-ordinaria-n-1255-2019-dispoe-sobre-autorizacao-para-doacao-de-terrenos-e-habitacoes-populares-do-municipio-de-guaraniacu-pr-para-fins-de-moradia-define-os-criterios-pertinentes-e-estabelece-outras-providencias>>. Acesso em: 29 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. rev, ampl. e atual. até 31 dez. 2012. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Reais. 8 ed. ver., ampl. e atual. Editora: Juspodivum, 2012.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Reais. 8 ed. rev., ampl. e atual. Editora: Juspodivum, 2012a, p. 305-309.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 817-820.

FIÚZA, César. Princípio da dignidade humana não justifica usucapião de bens públicos. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/direito-civil-atual-principio-dignidade-humana-nao-permite-usucapiao-bem-publico>>. Acesso em: 17 set. 2020.

FIÚZA, César. Contribuição para uma nova hermenêutica civil-constitucional. Abril de 2009. **Revista Âmbito Jurídico**, abr. 2009. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/contribuicao-para-uma-nova-hermeneutica-civil-constitucional/>>. Acesso em: 09 set. 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Estudo de Caso**. São Paulo: Atlas S.A., 2009. 148p.

HOBBS, Thomas. **Das causas, da geração e da definição de um estado**. Leviatã. São Paulo: Ícone, 2017.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria Simplificada da Posse**. Tradução de Ponto de Aguiar. 3 ed. rev. Bauru: Edipro, 2008. p. 11-49.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. **Reforma Agrária**. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/pt/reforma-agraria.html>>. Acesso em: 24 set. 2020.

MACHADO, Costa. **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3 ed. Barueri: Manole, 2012.

MONTEIRO, Maurício. Assassinatos, desmatamento e roubo de terras: um laboratório do crime no meio da Amazônia. **Repórter Brasil**, Amazonas, abr. 2020. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2020/04/assassinatos-desmatamento-roubo-terras-laboratorio-crime-amazonia/>>. Acesso em: 01 Out. 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALGADO, Rodrigo. Esquema de venda ilegal de lotes na grande BH é desmantelado e grileiro preso. **Estado de Minas**, Minas Gerais, set. 2020. Disponível em: <

https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/09/29/interna_gerais,1189918/esquema-venda-ilegal-lotes-grande-bh-desmantelado-grileiro-presos.shtml>. Acesso em: 01 Out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Base de dados da Reforma Agrária por unidade da federação**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=reforma%20agraria&sort=score&sortBy=desc>>. Acesso em: 24 set. 2020.

TATURCE, Flávio. Sentença de MG reconhece usucapião de bem público. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/136402006/sentenca-de-mg-reconhece-usucapiao-de-bem-publico>>. Acesso em: 09 set. 2020.

TEIXEIRA, Leandro Fernandes e FILHO, Rodolfo Pamplona. A função social da propriedade na constituição de 1988: contornos conceituais e dimensões eficáciais. **Conteúdo Jurídico**, jul. 2019. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53209/a-funo-social-da-propriedade-na-constituio-de-1988-contornos-conceituais-e-dimenses-eficaciais>>. Acesso em: 11 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Acórdão da Apelação nº: 1.0194.10.011238-3/001**. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=101941001123830012014489367>>. Acesso em: 11 set. 2020.

VILELA, Pedro Rafael. Governo edita MP para regularizar 600 mil posses rurais até 2022. **Agência Brasil**, Brasília, dez. 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-12/governo-edita-mp-para-regularizar-600-mil-posses-rurais-ate-2022>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

MEDIAÇÃO E CONSTELAÇÃO FAMILIAR: FERRAMENTAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ALMEIDA JR: Engenheiro Mecânico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas São Paulo. Mestre em Engenharia pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Estudante de Direito pela FMU – São Paulo. Negociador, Mediador e Perito Extrajudicial.

RESUMO: Este artigo aborda, mais especificamente dentre os Métodos Adequados para Solução de Conflitos (MASCs), a Mediação em combinação com a Constelação Familiar, ou seja, como essas duas ferramentas/procedimentos podem se interagir em benefício da resolução do conflito. Um panorama da conflituosidade atualmente existente no Brasil é inicialmente abordado haja vista que em 2019 tramitaram 77,1 milhões de processos e custaram R\$100,2 bilhões que de certa forma conflita com os dizeres da nossa constituição (CFB 1988), que em seu preâmbulo enuncia "...*fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias*". Na sequência, para a adequada contextualização, resgata-se os principais conceitos e técnicas da Mediação e da Constelação Familiar em contribuição ao entendimento de convergência e potencial sinergia entre as essas duas ferramentas. E, por fim, traça-se as potenciais sinergias com a utilização entre ambas estas ferramentas de solução de conflitos.

ABSTRACT: This article addresses, more specifically among the Alternative Dispute Resolution" (ADR) (Métodos Adequados para Solução de Conflitos - MASCs), Mediation in combination with Family Constellation, that is, how these two tools/procedures can interact for the benefit of conflict resolution. An overview of the conflict currently existing in Brazil is initially addressed, given that in 2019 the amount of 77.1 million processes were processed and cost R\$100.2 billion, which somehow is against with the words of our constitution (CFB 1988), which in its preamble states "...*founded on social harmony and committed to the peaceful settlement of disputes*". Then, for the proper contextualization, the main concepts and techniques of Mediation and Family Constellation are visited, contributing to the understanding of convergence and potential synergy between these two tools. And, finally, the potential synergies with the use between both of these conflict resolution tools are traced. Palavras Chave: Métodos Adequados para Solução de Conflitos – MASCs; Negociação, Mediação, Constelação Familiar

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO - 2 A MEDIAÇÃO - 3 A CONSTELAÇÃO FAMILIAR - 4 A SINERGIA ENTRE MEDIAÇÃO E A CONSTELAÇÃO FAMILIAR - CONSIDERAÇÕES FINAIS - 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Conflitos são inerentes às relações humanas, que, entretanto, podem ser solucionados de forma pacífica e que permitam a continuidade dos relacionamentos. Assim, o estudo e a aplicação de técnicas e ferramentas de Mediação ficam em absoluto alinhamento com o disposto no preâmbulo da nossa Constituição Federal de 1988 (CF), pois ela institui *“um Estado Democrático destinado a assegurar [...] a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna [...] fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias”*.

Uma definição de conflito, por Azevedo⁹⁹ (2015, p. 43) *apud* KAMEL, consiste em *“uma situação ‘em que duas ou mais pessoa divergem em razão de metas, interesse ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”*. E, ainda, Azevedo¹⁰⁰ (2012, p. 42) *apud* BACELLAR (2020, p.34) cita que:

A possibilidade de perceber o conflito como algo positivo é uma das principais alterações da chamada moderna teoria do conflito. Isso porque a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é que é possível se perceber o conflito de forma positiva.

Nesse contexto inserem-se os Métodos Adequados para Solução de Conflitos (MASCs) que compreendem a Negociação, a Mediação, a Conciliação e a Arbitragem como formas de contribuição ao sistema jurisdicional, no qual, em 2019, tramitaram 77,1 milhões de processos e custaram R\$100,2 bilhões, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Esses números, assustadores, podem revelar a cultura demandista do brasileiro ou o desconhecimento de outros métodos de solução de conflitos, naturais das relações humanas, mais ágeis e mais próximas do que consta no preâmbulo da nossa constituição.

A grande contribuição para amenizar essa situação veio com a Lei 13140/2015 que dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias.

Este estudo tratará a respeito do instituto da Mediação para o qual existem várias técnicas consagradas para a sua aplicação. Buscar-se-á analisar a contribuição da técnica de Constelação Familiar, pois, entende-se que ambos – a Mediação e a Constelação Familiar – privilegiam o ser humano e a pacificação perene dos relacionamentos, que

⁹⁹ AZEVEDO, A.G. DE. (Org.). **Manual de mediação judicial**. 5 ed. Brasília: CNJ, 2015

¹⁰⁰ AZEVEDO, A.G. DE. **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012

possibilitam alcançar a real causa do problema levado à disputa. Enfim, ambas as metodologias possuem objetivos comuns; a pacificação social e a solução de conflito

Inicialmente, para a devida contextualização, serão trazidos os conceitos, as características, as técnicas, em fim os aspectos relevantes para o adequado entendimento do que é uma Mediação. E, subsequentemente, será abordado, da mesma forma, os aspectos relativos à Constelação Familiar. Por fim, procurar-se-á trazer como essas técnicas podem interagir e se complementar para a efetivação das mediações, haja vista que ambas as metodologias são capazes de compatibilizar os interesses comuns das partes assegurando a valorização das relações humanas.

2.A MEDIAÇÃO

A Lei da Mediação (Lei 13140/2015) traz logo no parágrafo único do artigo 1º a sua conceituação, como sendo a "*atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*".

Enquanto a Cartilha de Mediação da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) (2016 p.3) conceitua o que se cita a seguir.

A mediação é um método autocompositivo no qual um terceiro imparcial facilita o dialogo das partes entre si, para que, juntas, compreendam seus papeis no conflito, podendo desconstruí-lo, inclusive com o propósito de reestabelecer suas relações.

A mediação não tem como foco o acordo, mas a transformação do conflito, alterando a cultura do litígio e difundindo a cultura de paz.

Vários tipos de conflitos podem ser levados a mediação, dentre os quais se podem mencionar, por exemplo, os familiares, os de vizinhança, os de condomínios, os de empresas, etc.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Manual de Mediação Judicial (2016), trata os diversos métodos para a solução de conflitos pela denominação "*Resolução Apropriada de Disputas*" (RADs). E, aqui vale observar o termo "*Apropriada*" de forma a induzir as partes conflituosas à uma escolha consciente de qual método melhor se adequa ao conflito em concreto.

A Mediação, resumidamente, contempla importantes aspectos e princípios, conforme preceitua o art. 166 do CPC (Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015), os quais contribuem para a efetiva pacificação dos relacionamentos conflituosos e agem para a proteção das relações continuadas, a saber:

a) **Autonomia da vontade** - quando as partes, voluntariamente, optam pela Mediação almejando ganhos mútuos, por meio de solução desenvolvida em conjunto, e com o controle do seu processo e dos seus resultados. São as próprias partes que tomam a decisão que melhor se adequa para elas, portanto, é um método autocompositivo.

b) **Confidencialidade:** todas as tratativas são confidenciais, à exceção de imputação criminosa, que deve ser informado ao Órgão Judiciário.

c) **Especialidade:** mediador, profissional qualificado e, preferencialmente, conhecedor da temática do conflito, pode ser engenheiro, advogado, psicólogo, administrador etc. Esse ponto, em muito, pode contribuir para auxiliar as partes a chegarem a um acordo ou entendimento, ou seja, aquele mais apropriado ao caso. Vale resgatar SALLES *et al* (2020), amparados nos artigos 9º, 11º e 25º da Lei 13.140/2015, que explicam que

O mediador extrajudicial depende apenas da confiança das partes [...]. O judicial precisa se submeter a curso reconhecido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e demais requisitos do Conselho Nacional de Justiça, além de estar cadastrado junto ao Tribunal e receberá remuneração fixada pelo Tribunal e custeada pelas partes [...]. A nomeação do mediador judicial independe de prévia aceitação das partes, salvo nos casos de impedimento e suspeição [...].

d) **Comediação:** a depender da complexidade do conflito, é recomendável atuação de dois mediadores.

e) **Participação do Advogado:** posta a possibilidade de o mediador não ser advogado, é valiosa a sua participação que contribuiria, dentre outros aspectos, para a redação do termo do acordo constituído pelas partes e pelo mediador, que se configurará em título executivo extrajudicial, e pode ser homologado perante o Judiciário. Assim, os advogados passam a ser direcionados para contribuir com as soluções negociadas.

Denota-se que a Mediação é um processo ou metodologia para a obtenção da solução de conflitos humanizada, onde o foco do processo são as pessoas, nos seus intrínsecos interesses, e não nas suas posições externalizadas. Isto posto a Mediação busca a pacificação social - com a reconstrução do diálogo que resulte numa solução que ambas as partes fiquem igualmente satisfeitas – e, para tanto, várias técnicas podem ser aplicadas com maior ou menor grau de intensidade, a depender do caso em concreto, na busca da identificação dos interesses face às posições das partes.

A distinção entre o interesse e a posição é de crucial importância para o sucesso da Mediação. Assim, por **posição** pode-se conceituar como as intenções declaradas pelas partes como sendo a sua pretensão e o seu objetivo frente ao conflito, enquanto que o

interesse consiste nas motivações que levam as partes a fazerem tais declarações de posições, ou seja, é aquilo que quer com a aquela posição declarada, e um

Exemplo clássico é o dos irmãos que brigam por uma laranja, a única que resta na casa. Ambos declaram que querem a laranja para si (posição), não chegando a nenhum entendimento. Assim que descobrem que um dos irmãos quer beber o suco da laranja, enquanto o outro deseja fazer um bolo utilizando a casca da laranja (interesses), chegam facilmente a um acordo sobre o que fazer da fruta. Enquanto se concentravam em suas posições não conseguiam vislumbrar soluções diferentes daquelas onde o ganho de um significaria a perda do outro. Ao explorarem seus interesses, porém, conseguem chegar a uma solução onde ambos ganham. (BASTOS, 2015)

O mediador exerce fundamental importância na qualidade e na condução da Mediação, com vistas à obtenção da solução mais adequada e satisfatória para as partes. Assim, o mediador - como um elemento imparcial e de confiança das partes, posto que ele foi escolhido por elas - deve dominar diversas técnicas que: [i] promovam a investigação dos reais interesses e desejos dos mediados; [ii] contribua para que os mediados assumam, conjuntamente, as responsabilidades de resolver as disputas que foram criadas por eles mesmos; [iii] incentive a criação de opções para a busca de soluções; [iv] auxilie na análise dessas opções de quão aderentes e factíveis são para a solução do conflito em pauta; [v] dentre outras.

Existem várias técnicas que contribuem para a identificação dos interesses e das posições, dentre as quais as mais conhecidas e relevantes consistem em:

a) **Escuta ativa** – que consiste na habilidade de ouvir, compreender e entender os fatos expostos pelas partes. Trata-se de: manter o foco no relato das partes; não se deixar influenciar por preconceitos ou juízos de valores particulares; demonstrar interesse e conexão com a fala das partes, e confirma-las, quer seja por linguagem corporal ou verbal. Ou seja, é escutar realmente, não apenas ouvir. Essa técnica tende a trazer um compromisso de reciprocidade.

b) **Rapport** – consiste no estabelecimento harmonioso, entre o mediador e os mediados, em que se compreendem e se respeitam os sentimentos e as ideias. E, assim, se solidifica a confiança. Vale lembrar, que não se trata e não se pode confundir com tratamento parcial, posto que o mediador deve possuir confiança equivalente de ambas as partes.

c) **Sessões Individuais (caucus)** – é natural ou normal que as emoções dos mediados se exacerbam, afinal são seres humanos se expondo. Nessas situações, cabe e é recomendado ao mediador chamar ambas as partes, individualmente, a reuniões rápidas para realinhamento. Uma outra situação cabível para a realização do *caucus* seria no

momento de formular as propostas do acordo, quando a realidade deve ficar clara e factível, aqui poderia ser feito o que se denomina por "*choque de realidade*". Note-se, que nessas reuniões, um ou outro mediado pode revelar fatos que não foram externados em reunião conjunta, em ocorrendo, cabe ao mediador observar que tal fato não foi revelado e pergunta se o mesmo poderia sê-lo.

d) **Brainstorming** – ou chuvas de ideias, em que as partes fornecem ideias para solucionar o problema, porém, ainda sem firmar posições ou julgá-las. Na sequência essas ideias são depuradas quanta à factibilidade de implementação, e por fim, selecionadas para constarem na proposta de acordo.

e) **Parafraseamento** – é normal e comum que as partes carreguem seus relatos de juízos de valor, de agressividade etc. Aqui, cabe ao mediador apurar a essência do relato e ajusta-lo, com paráfrases que resumam o conteúdo da fala expurgando-se as emoções. Essa técnica é também denominada por recontextualização.

Em síntese, a Mediação consiste em um método autocompositivo de solução de conflitos focado no ser humano, no qual um terceiro - o mediador – de confiança das partes – os mediados – atua para pacificar o relacionamento corroído pela disputa. A busca pela solução do conflito passa pela identificação dos reais interesses e posições das partes, lembrando que o conhecimento do interesse é o que conduz à solução, para tanto, diversas técnicas são requeridas, conforme acima expostas. A aplicabilidade da Mediação se expande para outras áreas além das já consagradas questões familiares, para as questões empresariais, públicas, ambientais etc.

De acordo com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 2019 foram registrados 460 casos de Mediação, porém, presume-se que esse número seja bem maior, em se considerando a fragilidade das estatísticas nesse segmento.

3.A CONSTELAÇÃO FAMILIAR

As nossas características pessoais psíquicas carregam as cargas emocionais que remontam aos nossos sistemas e estruturas familiares. Nessa linha, merece refletir sobre como os sistemas familiares afetam e agem nos nossos comportamentos e atitudes, positivamente ou não, nas nossas características e personalidades, frente às adversidades, desafios e conflitos. É sobre isso que a Constelação Familiar (ou Constelação Sistêmica Familiar) estuda e trabalha, e tem-se demonstrado como mais uma técnica para a resolução de conflitos.

A Constelação Familiar - desenvolvida por Bert Hellinger, psicólogo e sociólogo – conforme argumenta Marques (2019), consiste numa técnica psicoterapêutica que estuda os padrões de comportamento de grupos familiares através de suas gerações, o que

mostra que muitos dos problemas, doenças, incompreensões e sentimentos ruins podem estar ligados a outros familiares que passaram por essas mesmas adversidades, mesmo que não os tenha conhecido, ou seja, há uma repetição de comportamentos, ainda que inconscientes.

A exposição feita por Petruza e Socorro (2019, p. 168) comenta que Bert Hellinger "*reconheceu a existência de três princípios que atuam no sistema familiar de um indivíduo, inerentes a sua vontade, denominando-os de leis sistêmicas ou ordens do amor, quais sejam, hierarquia, pertencimento e equilíbrio*".

Ainda, desses mesmos autores, imediatamente retromencionados, extrai-se: **a primeira lei, hierarquia**, correspondente à cronologia temporal que deve ser respeitada para a manutenção do equilíbrio, que se desrespeitada poderá ser restabelecida por meio de terapia familiar, para identificação e tratamento desse rompimento cronológico; **a segunda lei, pertencimento**, vincula a necessidade básica de reconhecimento do indivíduo como parte do sistema familiar, ainda que este tenha praticado atos reprováveis. Caso rompido esse vínculo, decorrente da exclusão ou do esquecimento do indivíduo, em razão do campo espiritual, surgirá outro para representá-lo, ainda que inconscientemente, e esse último, o sucessor, terá o sentimento de exclusão e injustiça do antecessor; e, **a terceira lei, equilíbrio**, reside entre o dar e o receber nas relações sociais em conexão à imprescindibilidade da compensação.

O tratamento do conflito, com o uso da técnica de Constelação Familiar é aplicado por um profissional que a conheça e a domine, o constelador ou facilitador, que auxiliará o constelado nas representações dos seus entes familiares. Essa teatralização faz com que o constelado trabalhe e entenda os seus conflitos, permitindo o restabelecimento da lei sistêmica ofendida. É surpreendente o quão próximo do real são essas representações, conforme constatou HELLINGER; WEBER; BEAUMONT¹⁰¹ (2006, p. 15) *apud* Petruza e Socorro (2019):

Ao estabelecer uma constelação familiar, o participante escolhe outros integrantes do grupo para representar os membros de sua família, colocando-os no recinto de modo que as posições relativas de cada um reproduzam as da família verdadeira. Os representantes passam a ser modelos vivos do sistema original de relações familiares. O mais incrível é que, se a pessoa coloca toda a sua "família" com autenticidade, os representantes passam a sentir e a pensar de modo muito parecido com os membros verdadeiros – sem conhecimento prévio.

¹⁰¹ HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. A simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. Rev. Esther Frankel, Milton Corrêa e Mimansa Farny. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

YOSHIOKA e BUENO (2019. p.162) lembram que a Constelação Familiar

[...]possui o objetivo de encontrar problemas familiares antigos mal resolvidos que podem influenciar gerações futuras, identificando comportamentos subjetivos de ascendentes familiares que estão se perpetuando na atuação e desempenho atual do indivíduo.

Tais comportamentos passados são capazes de influir em sua ação atual e futura, assim ao aplicar a constelação familiar em métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, traz uma nova visão de solução de demandas para o Judiciário.

Vale observar que o constelador possui um papel vital no desenvolvimento da aplicação dessa metodologia, sempre atento ao sentimentos e sintomas externalizados pelos integrantes da representação familiar do constelado, e ao reenquadramento das leis ofendidas, com a re colocação do indivíduo no local que lhe pertence (primeira lei – hierarquia), a reintegração dos excluídos (segunda lei – pertencimento), o ajuste adequado daquele que possui o sentimento de dar e receber descompensado (terceira lei – equilíbrio).

Analogamente à Mediação, a técnica de Constelação Familiar, por se tratar de um mecanismo de resolução de conflito consensual, também encontra amparo legal no nosso regramento, a saber: art. 1º da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), art. 334 e 694 do CPC.

O juiz de direito da Bahia, Dr. Sami Storch, foi um dos pioneiros em contemplar essa metodologia no Poder Judiciário, e testemunha utiliza-la, com sucesso, há 12 anos "*em processos da Vara de Família e Sucessões e também no tratamento de questões relativas à infância e juventude e à área criminal, mesmo em casos considerados bastante difíceis*" (STORCH, 2018), o qual deixou um legado que pode ser observado em diversas comarcas e tribunais, e cunhou a expressão "*Direito sistêmico*", que por sua vez cita:

O Direito sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente façam parte (família, categoria profissional, etnia, religião etc.) e busca encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio.

Nessa esteira, com grande entusiasmo, tramita o projeto de lei nº 9.444, de 2017 da Comissão de Legislação Participativa que "*dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias*". O art. 3º desse projeto de lei traz grandes similitudes ao art. 2º da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) ao contemplar ditames como, por exemplo: imparcialidade do constelador; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca da solução do conflito; boa-fé; confidencialidade, etc.

Em analogia ao que se mostrou no tópico sobre a Mediação, e propositadamente em síntese, a Constelação Familiar busca a solução do conflito em observação aos reais e mais profundos interesses, motivadores e posições - com foco no ser humano - quando em situações de disputas e conflitos, no qual um terceiro - o constelador - de confiança da parte - o constelado - atua almejando pacificar o relacionamento humano corroído pelos motivos que os levaram a buscar o entendimento da situação. A aplicabilidade da Constelação Familiar tem se expandido por diversas áreas, como por exemplo: família, penais, etc.

4.A SINERGIA ENTRE MEDIAÇÃO E A CONSTELAÇÃO FAMILIAR - CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a sociedade carece de ferramentas que proporcionem a solução pacífica de conflitos, quer seja na esfera extrajudicial ou, mesmo, na judicial, mormente, nesses momentos pandêmicos que a tem contaminado, tanto física quanto psicologicamente.

Todo método que enalteça o ser humano é muitíssimo bem-vindo, como a Conciliação, a Mediação e, mais recentemente, a técnica da Constelação Familiar Sistêmica, posto que a sociedade almeja atendimento de uma justiça rápida, satisfatória e eficaz, algo que, infelizmente o Estado não tem proporcionado. Assim, por esses métodos autocompositivos a sociedade está praticando a justiça pelas suas mãos dentro da própria justiça.

Do exposto acima, é fácil constatar a enorme complementariedade do instituto da Mediação com a técnica de Constelação Familiar, haja visto que para as resoluções de conflitos carece-se conhecer, plenamente, os interesses, que são aqueles mais ocultos, internos, e às vezes de difícil assimilação da ou das partes, enquanto as posições consistem naquilo em que as partes externalizam face à disputa. Destaca-se que a Constelação Familiar é uma excelente ferramenta/mecanismo para identificação de interesses em disputa, e de maneiras pelas quais as partes externalizam suas posições. Ela requer sensibilidade e uma análise profunda dos seres envolvidos na questão, de modo a aplacar o que de mais sofrido há nesses conflitos e apaziguar os ânimos dos litigantes - muitas vezes enraivecidos por sentimentos e experiências anteriores ao conflito em si.

Os regramentos que amparam a Mediação e a Constelação Familiar, as suas áreas de aplicação, o foco em conhecer os interesses e motivadores (os porquês e os para quês) que resultaram na constituição do conflito ou da disputa, convergem por concluir que a técnica de Mediação e a de Constelação Familiar configuram-se como sendo um bom e com um grande potencial mecanismo de efetivação das mediações.

Por fim, esses mecanismos e/ou métodos - Mediação e Constelação Familiar - complementam-se mutuamente e contribuem para a pacificação da sociedade, de forma

perene, na resolução de conflitos com sinergia e interação. Adiciona-se que a Constelação Familiar se tem mostrado, também, uma grande ferramenta/mecanismo para a Mediação. E, quanto mais opções, desde que eficientes e dentro do nosso regramento, a sociedade tiver para dirimir seus conflitos tanto melhor ela será, pois de certa forma estar-se-á contribuindo para a facilitação de acesso a uma ordem jurídica justa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. Curitiba: Contentus, 2020. ISBN 978-65—5745-254-7.

BASTOS, Eduardo Gonçalves. **Interesse e Posições**. Blog Mediação e Conciliação - Na Prática!. 03 mai. 2015. Disponível em: <http://mediacaojudicial.blogspot.com/2015/05/interesses-e-posicoes.html>. Acesso em: 12 abr. 2021.

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

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 9.444, de 2017**. Dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1639803. Acesso em: 14.abr.2021.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Manual de Mediação Judicial** 2016.

FACULDADE UNYLEYA. Vox Jurídica. Guia de Carreiras. **Conheça as 6 técnicas de mediação de conflitos mais eficazes**. Disponível em: <https://blog.unyleya.edu.br/vox-juridica/guia-de-carreiras4/conheca-as-6-tecnicas-de-mediacao-de-conflitos-mais-eficazes/>. Acesso em: 12 abr. 2021.

JUSPOPULI - **Guia de mediação popular**. André Luis Nascimento, Margaret Leonelli, Simone Amorim, Vera Leonelli (Orgs.); revisão do texto Solange Lamego. Salvador: Juspopuli, 2007.

KAMEL, A. Youssef. **Mediação e Arbitragem**. Editora Intersaberes - Edição 1ª ISBN 9788559725735

MARQUES, José Roberto. **O que é Constelação Familiar**. IBC Instituto Brasileiro de Coaching. Portal, 26.abr.2019. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/o-que-e-constelacao-familiar>. Acesso em: 14.abr.2021

Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Cartilha de Mediação**. Comissão Especial de Mediação e Conciliação. Gestão 2016/2019.

PETRUZZELLA, Rachel Maynard Salgado; SOCORRO, Tatiana de Carvalho. **A aplicabilidade da constelação familiar sistêmica na resolução dos conflitos nas varas de família**. Revista Científica da FASETE, p. 165 – 180, jan. 2019, Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2019/22/a_aplicabilidade_da_constelacao_familiar_sistemica_na_resolucao_dos_conflitos.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-8811-1.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos**. Consultor Jurídico. 20.jun.2018. Disponível em: [Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos](#). Acesso em: 14.abr.2021.

YOSHIOKA, K.Y.; BUENO, F.B. da S. **A desjudicialização das demandas na visão de complexidade de Luhmann no uso das Constelações Familiares como ferramenta de Mediação**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR, v. 22, n. 2, p. 159-185, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/7867>. Acesso em: 13 abr. 2021.

PENSÃO ALIMENTÍCIA: PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA

RONALDO ALVES DE OLIVEIRA:

Graduando do curso de direito do Centro Universitário Luterano de Manaus.102

RESUMO: O presente trabalho trata a respeito da prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da covid-19. O sistema legal permite que as obrigações alimentares sejam constituídas quando alguém sozinho não pode ganhar a vida. Para tornar essa relação jurídica efetiva e satisfatória, a legislação prevê a execução e as sanções para quitação de dívidas alimentares. Portanto, pretendemos divulgar essas medidas administrativas, com ênfase na prisão de devedores civis. A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica, fazendo análise a artigos, monografias, jurisprudências disponibilizadas para pesquisa.

Palavras-chaves: Direito de família; prisão civil; pensão alimentícia.

ABSTRACT: This paper deals with the civil debtor's imprisonment during the covid-19 pandemic. The legal system allows obligations to be incurred when someone alone cannot earn a living. For this effective and satisfactory legal law, the legislation provides for enforcement and as sanctions for settling food debts. Therefore, it intends to disclose these administrative measures, with emphasis on the arrest of civil debtors. The methodology used was a bibliographic review, analyzing articles, monographs, jurisprudence made available for research.

Keywords: Family law; civil prison; alimony.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. FUNDAMENTOS GERAIS DOS ALIMENTOS; 2.1. Classificação dos alimentos: Natureza, Causa Jurídica, Finalidade, Momento da Prestação e Modalidade; 2.2. Sujeitos da obrigação alimentar. 3. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR INADIMPLENTE. 3.1 Eficácia da aplicação da Prisão Civil em quem deve Alimentos. 4. IMPACTOS NA PENSÃO ALIMENTÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a pensão alimentícia e prisão do devedor de alimentos e, a partir daí, comprovar possíveis alternativas a essa medida. Na legislação atual do Brasil, a prisão civil é inevitável para obter o cumprimento da dívida. No

102 Graduando do curso de direito do Centro Universitário Luterano de Manaus.

entanto, como uma das exceções, esta disposição se aplica às violações das obrigações alimentares.

A obrigação de alimentar é baseada em princípios constitucionais, por isso é legal para quem não tem capacidade de auto-suficiência e pede comida a terceiros. Para que essa obrigação seja efetiva e satisfatória, é necessário observar atentamente a alimentação e atentar para cada situação específica para atender aos interesses e necessidades do relacionamento entre as partes. Tendo em vista as sanções causadas pela quebra de contrato do devedor, o devedor deve estar atento ao cumprimento de seus deveres.

Entre os vários dilemas jurídicos vividos desde a pandemia de Covid-19, o impasse relacionado à satisfação do crédito alimentar e à prisão de devedores alimentares tornou-se cada vez mais proeminente. Afinal, durante o período excepcional, esse método de execução é suficiente? Considerando as medidas de distanciamento social adotadas em todo o mundo e o fato de a pandemia ainda não ter terminado, esse problema é ainda mais grave. O Brasil e o mundo ainda aguardam uma vacina confiável que promova imunidade adequada.

Para realizar o crédito alimentar, tendo em vista a sua necessidade, ferramentas como os métodos típicos de fiscalização das prisões civis e descontos salariais (§2º c/c 529, §3). Vale ressaltar que a possibilidade de utilizar esses meios bastante caros com antecedência não significa que sejam inevitáveis (TARTUCE, 2020).

A prisão civil para manutenção de dívidas é um tema recorrente e me encontro em meio a críticas e divergências. No entanto, devido à pandemia do coronavírus, o assunto mais uma vez trouxe uma discussão importante.

Conforme apontado, devido à necessidade de distanciamento social, o Conselho Nacional de Justiça (ainda em março) recomendou “prisão domiciliar para os presos por dívida alimentar”. (artigo 6º, Recomendação nº 62/20). Diante desta situação, em face da perda das regras do sistema do país, os credores entraram com uma ação judicial para a prisão do devedor de alimentos, com perigo de proliferação.

2. FUNDAMENTOS GERAIS DOS ALIMENTOS

Os alimentos caracterizam-se como essenciais para a existência humana e com a finalidade de nutrir o organismo fornecendo os elementos imprescindíveis para a devida evolução da vida. Alimento pode-se dizer, é tudo aquilo necessário para a vida humana. De acordo com Alexandre (2007, p. 8):

Os alimentos, na linguagem comum, são considerados, em princípios, como representativos do estritamente necessário à sobrevivência dos alimentados, observando que, no direito antigo,

segundo o previsto nas ordenações Filipinas abrangia, além dos mantimentos, vestuário e habitação ainda segundo o douto jurista, os alimentos podem ser divididos em naturais e civis.

Ainda segundo Alexandre (2007, p. 8):

Os alimentos, na linguagem comum, são considerados, em princípios, como representativos do estritamente necessário à sobrevivência dos alimentados, observando que, no direito antigo, segundo o previsto nas ordenações Filipinas abrangia, além dos mantimentos, vestuário e habitação ainda segundo o douto jurista, os alimentos podem ser divididos em naturais e civis. (ALEXANDRE, 2007, p. 8)

Lopes da Costa doutrina que alimentos, "compreende não só os gêneros alimentícios, os materiais necessários a manter a dupla troca orgânica que constitui a vida cibaria, como também o habitatio, vestiarium e os corporis curandi impendia" (1966, p. 110).

Nesta mesma linha, Rodrigues (2003, p.145) conceitua:

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

Por meio do exposto, podemos compreender que alimentos são todos os recursos necessários que necessitamos para nossas vidas, que vai além dos alimentos, mas também inclui o direito à saúde, educação, vestuário, abrigo. Apesar da legislação não definir especificamente "alimentos", a Carta Magna garante alguns direitos à criança e ao adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. De acordo com Cahali (2009) constantemente se faz confusão entre alimentos e obrigação alimentar, sendo que a este basta acrescentar a ideia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite.

De acordo com Cahali (2009) constantemente se faz confusão entre alimentos e obrigação alimentar, sendo que a este basta acrescentar a ideia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite.

No que tange as obrigações dos pais, o Art.229 da CF alude que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL, 2009, p. 71).

O referido artigo não deixa dúvidas, que mesmo negando o dever de alimentarem-se, é imposição moral e jurídica, constitucionalizada. A lei dos alimentos (lei 5.478/68) consistia um óbice à concessão de alimentos ao nascituro, pois consta no seu art. 2º, que deve ser comprovado o vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar, mesmo sendo a responsabilidade parental desde a concepção inegável, pois o legislador ao silenciar sobre a concessão de alimentos ao nascituro gerou grande dificuldade não só a este, como à gestante.

O Código Civil de 2002, no seu artigo 2º estabelece: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2009, p. 143).

O mencionado dispositivo desperta profunda controvérsia doutrinária, alguns defendem que a pessoa só é apta a ter direitos se nascer com vida, embora seus direitos estejam salvaguardados desde a concepção. Outros defendem que mesmo não sendo considerado pessoa, já tem proteção legal de seus direitos desde a concepção.

Apesar das divergências, no Brasil, as obrigações alimentares começaram desde as Ordenações Filipinas, que a partir delas surgiram os elementos necessários para a obrigação com os alimentos. Cahali (2009, p. 44) nos diz que:

Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas que não devam ser dados por soldados, o juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo mais em cada um ano. E mandará ensinar a ler e escrever aqueles que forem para isso, até a idade de doze anos. E daí em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda.

Após, vieram outros institutos em que foi disciplinada assistência aos filhos ilegítimos. O Direito brasileiro, ao criar o Código Civil de 1916, passou a disciplinar a obrigação alimentar familiar. De acordo com o referido Código, no efeito jurídico do casamento propôs “mútua assistência” (art. 231 III), “sustento, guarda e educação dos filhos” (art. 231 IV); “ao marido, prover a manutenção da família” (art. 233 IV); e disciplinou também a relação de parentesco” (art. 396 a 405).

Por serem insuficientes estas disposições, e com a evolução da sociedade, foi necessário introduzir modificações, razão inclusive pela qual nasceram várias leis extravagantes, mas este não assunto não será discutido neste estudo.

O princípio da isonomia entre homem e mulher é de suma importância, motivo pelo qual tem predominado, atualmente, no que se refere à administração e manutenção da família, disciplinados no Código Civil arts. 1565 e seguintes e art. 226 § 5º e também no art. 6º da Constituição Federal, 1988 in verbis: “Art. 226 § 5º Constituição Federal. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 2009, p. 70).

“Art. 6º CF, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que são direitos sociais inarredáveis; a educação a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a proteção, a infância e outros” (BRASIL, 2009, p. 11).

Segundo está disciplinado no texto constitucional em seus artigos 226 e 227, a família é a base da sociedade e a obrigação principal do Estado é de protegê-la e assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à convivência familiar e comunitária além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sendo o dever de prestar alimentos tão importante, posto que a sua maior finalidade é de manter o indivíduo que dele necessita para sobreviver, esta responsabilização foi imposta pela Constituição Federal, conforme o já mencionado artigo 229 CF.

2.1. Classificação dos alimentos: Natureza, Causa Jurídica, Finalidade, Momento da Prestação e Modalidade

Os alimentos são classificados pela doutrina sob várias espécies, quais sejam: quanto à sua natureza, quanto à causa jurídica, quanto à finalidade, quanto ao momento da prestação e quanto à sua modalidade. Quanto à natureza,

Esse alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina a dividi-lo em duas classificações. De acordo com a abrangência da verba alimentar, também denominada de pensão alimentícia, os alimentos podem ser classificados em civis e naturais. São civis os

alimentos destinados a manter a qualidade de vida do alimentando de modo a preservar o mesmo padrão social. São naturais os alimentos indispensáveis para garantir a subsistência, como ocorre com os alimentos prestados ao cônjuge culpado pela separação judicial (art. 1704, parágrafo único, do Código Civil). Os alimentos naturais são indispensáveis para subsistência do alimentado, tais como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação e outros. Já os alimentos civis, garantem as necessidades primárias do alimentado e também para mantêm a qualidade de vida do alimentado para que este tenha o mesmo padrão de vida do alimentante (CAHALI, 2009).

Quanto à causa jurídica, são classificados em legítimos, voluntário e indenizatório. De acordo com Cahali (2009) legítimos são aqueles impostos por lei, em decorrência de vínculo familiar ou daqueles que resultam do casamento, apenas esses alimentos se inserem no Direito de Família. O não cumprimento desta obrigação trará complicações para o devedor, pois a lei prevê, no art. 733 CPC, a possibilidade de prisão de 01 (um) a 03 (três) meses, caso não seja efetuado o pagamento dos alimentos legais, sendo o mesmo chamado para no prazo de 3 dias quitá-los, ou esclarecer o seu inadimplemento.

Voluntários resultam de uma declaração de vontade, inter vivos ou causa mortis, sendo que o primeiro são aqueles deixados por disposição de última vontade, pertencendo, no entanto, ao direito das obrigações, e o segundo é aquele que decorre de um legado, devendo ser regulado pelo direito das sucessões, os alimentos voluntários, que resultam da intenção de fornecer a uma pessoa os meios de subsistência, "podem tomar forma jurídica de constituição de uma renda vitalícia, onerosa ou gratuita; de constituição de um usufruto, ou de constituição de um capital vinculado, que ofereça as vantagens de uma segurança maior para as partes interessadas" (GONÇALVES, 2009, p. 458).

Os indenizatórios, que se encontram previsto no art. 948 II CC, são eles decorrentes da consequência da prática de ato ilícito, ou seja, são destinados a indenizar a vítima que sofreu ato ilícito. Art. 948, II: "No caso de homicídio a indenização consiste, sem excluir outras reparações". "na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto às devia, levando - se em conta a duração provável da vida da vítima" (BRASIL, 2009, p. 211)".

Quanto à finalidade podem ser: provisionais ou provisórios e regulares ou definitivos. Segundo Cahali (2009) alimentos provisórios são aqueles indispensáveis para suprir as necessidades básicas do alimentado, por ser lento o judiciário, os processos, principalmente os de alimentos, levam bastante tempo para serem apreciados, motivo pelo qual a lei determina esses alimentos de forma provisória. De acordo com "Art. 1699: Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo".

Alimentos regulares ou definitivos, são aqueles alimentos estabelecidos pelo juiz ou pelas partes mediante acordo, com prestações periódicas, apesar de ter caráter permanente podem a qualquer tempo passarem por revisão, conforme o caso concreto (CAHALI, 2009).

Quanto o momento das prestações alimentícias pode ser pretérito ou futuro, estes são impostos por decisão judicial, ou os decorrentes de acordo entre as partes. Pretéritos são aqueles resultantes antes da decisão do juiz ou do acordo.

2.2. Sujeitos da obrigação alimentar

No que tange à nomenclatura do corpo principal da obrigação alimentar, o credor que requer manutenção é denominado "alimentado", e o devedor que paga a dívida denomina-se "alimentante".

O importante é que essa obrigação seja igual em toda família, entre parentes próximos, filhos, ex-cônjuge e colaterais, mas não inclui os afins. Maria Helena Diniz sugere que, por causa da reciprocidade, todos podem ser sujeitos ativos e passivos.

Para defender a lei alimentar, o interessado deve primeiro negociar com o parente mais próximo, deve obedecer à ordem e o credor não pode simplesmente entregá-la à sua família. A obrigação pode ser transferida para um terceiro apenas se o parente mais distante não puder fornecer alimentos. O artigo 1697 do "Código Civil" estipula: "Na falta de descendência, os descendentes são obrigados a herdar e, na falta de descendentes, devem ser alemães e irmãos unilaterais".

A ordem anteriormente citada significa que o direito à alimentação na promoção dos parentes deve primeiro chegar aos pais e, se não houver pais, chegará aos avós e demais parentes. Em relação ao fornecimento de filhos online, a criança deve primeiro ser defendida, caso contrário, siga os demais. Maria Helena Diniz destacou que quando os pais não têm condições de sustentar os filhos, essa obrigação pode ser transferida para os avós, por se tratar de uma responsabilidade compartilhada, portanto, os pais devem ser comprovados como incapazes. Alguns precedentes entendem que se os avós forem obrigados a fornecer comida para seus filhos, eles não serão obrigados a fornecer aos pais comida completa ou igual (DINIZ, 2016. p. 636).

Além disso, o artigo 1797 do Código Civil estipula que, na ausência de familiares imediatos, é obrigatório entrar em contato com irmãos e alemães unilaterais.

Aliás, pode haver vários comedouros, e cada comedouro contribui com uma certa quantidade para conseguir uma quantidade suficiente para a sobrevivência do comedouro. Nesse caso, mesmo nos ensinamentos de Diniz (2011. p.642), não há unidade, pois, a obrigação é divisível, e a dívida só se une quando o credor fica mais velho.

3. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR INADIMPLENTE

De acordo com o disposto no art. 5º LXVII da Constituição Federal, é permitida a prisão civil sem o pagamento de auxílio-alimentação, estipulando-se o seguinte: A prisão civil por dívidas não será presa, a menos que o voluntário seja responsável. Violar irresistivelmente as obrigações da alimentação obrigatória e dos depositantes infieis. No entanto, vale ressaltar que, de acordo com a cláusula sumária, a súmula vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal retira a possibilidade de prisão do depositário infiel: ilegal.

Tais prisões não são consideradas punições punitivas, mas sim métodos coercitivos. Nesse sentido, explicaram os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014. p. 801):

Por sua vez, a reclusão civil por dívidas não é punitiva por natureza. Esta não é uma punição, mas um mecanismo coercitivo destinado a agir sob o devedor para forçá-lo a cumprir suas obrigações, garantindo assim a integridade do credor. Com efeito, no que diz respeito à alimentação compensatória ou voluntária, é precisamente por causa desta compulsão que é impossível condená-los à prisão a prazo certo. Além disso, é importante destacar que o pagamento da dívida significa a extinção imediata da prisão civil. Mesmo que o pagamento seja pago por terceiros.

Sobre o tema, Filho, aduz que:

A prisão civil para devedores de alimentos é um método coercitivo (execução indireta) suficiente para satisfazer os direitos dos credores e é geralmente usado para resolver sentenças judiciais inválidas. No entanto, reconhece-se que a coerção pessoal não ajudou a superar esse problema, e as conclusões eficazes das medidas administrativas de alimentos são cada vez mais frustrantes (FILHO, 2016, p. 801).

Podemos concluir neste capítulo que a natureza jurídica da prisão civil por violação alimentar é diferente do direito penal, que é notório. No entanto, as prisões civis não têm características punitivas, mas são meios coercitivos com pressão psicológica.

Sendo a mais importante inovação do CPC, tem-se a evidenciar a separação entre presos civis e presos criminosos (art. 528, § 4º). Entretanto, permanece o conflito do prazo da prisão em relação à Lei de Alimentos, que é de sessenta dias, e não de um a três meses, como está no § 3º do art. 528 do CPC (BRASIL, 2021).

A obrigação alimentar é recíproca entre pais e filhos, podendo recair sobre avós ou irmãos excepcionalmente. Nosso "Código Civil" regulamenta o assunto de alimentos e faz recomendações com base em um breve panorama, que:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

A prisão civil decorrente da falta alimentar tem produzido um confronto entre os valores constitucionais, por um lado é o confronto entre o princípio da liberdade do devedor e, por outro, o confronto entre o princípio da dignidade do credor agora obtido. Portanto, é necessário analisar a eficácia da prisão civil por dívidas alimentares.

3.1 Eficácia da aplicação da Prisão Civil em quem deve Alimentos

Existem divergências sobre a eficácia das prisões civis no combate à escassez de alimentos. Como o devedor estava preso, mas ainda inadimplente, isso causou algumas críticas. De acordo, Filho defende:

[...] a (duvidosa) eficácia da prisão no plano prático, pois o devedor pode cumprir a pena e continuar inadimplente, e o futuro da prisão civil por dívida de alimentos, que atenta contra a dignidade da pessoa

humana e só aumenta o abismo moral e afetivo nas relações familiares rompidas (FILHO, 2017).

Para aqueles que defendem as prisões como o melhor meio de aplicação da lei, eles esclareceram a importância da subsistência, esclarecendo a dignidade da vida dos atendidos, e também enfatizaram a particularidade dessa medida. Além disso, como base para a aplicação das prisões civis, em opinião de alguns doutrinadores, supõem aceleridade do processo, segundo Welter, “se a Carta Magna de 1988 excepciona a prisão civil por dívida significa que o legislador expressou o interesse público e social na rápida realização do crédito alimentar” (WELTER, 2016, p. 332).

Embora o devedor esteja preocupado em ser detido em uma prisão privada, em alguns casos, ele não poderá pagar a dívida de forma alguma. Nesse caso, o tipo de reclusão será fútil, pois com a reclusão, o devedor não terá oportunidade de exercer suas atividades e, portanto, não terá renda para cumprir suas obrigações. Desse modo, a gravidade da prisão pode ser sentida tanto pelo criador quanto pelo alimentado, pois este pode sofrer com a inadimplência durante o período de extinção do devedor. Em termos práticos, do ponto de vista teológico, as prisões civis que visam a satisfação das prisões alimentares acabarão por prejudicar os seus interesses ao suprimir a única forma de os credores cumprirem o contrato (CAMARGO, 2016. p. 42).

Diante de tantas críticas dos presídios civis, é necessário pensar em outras formas de se obter a eficácia do cumprimento. Feitas essas considerações, faz-se necessário analisar possíveis métodos alternativos de cumprimento da obrigação de quebra de contrato.

Fatos comprovam que a nova pandemia de coronavírus causou muitas mudanças e problemas dentro da legislação, principalmente na área de direito da família. Tivemos a oportunidade de analisar a importância do apoio a muitas crianças brasileiras, mas o desemprego durante a pandemia teve graves consequências para muitas famílias. Portanto, é extremamente importante discutir e analisar as soluções propostas pelo país.

4. IMPACTOS NA PENSÃO ALIMENTÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Devido ao coronavírus, é necessário resolver o problema da manutenção da pensão alimentícia na situação atual do país. Tratará da suspensão ou redução do valor pago a título de pensão, bem como das decisões tomadas para que o setor não entre mais em crise.

A pandemia Covid-19 levou o governo a adotar uma série de medidas de quarentena para prevenir a propagação da doença. Dada a instabilidade geral e a

superlotação do saneamento ambiental no ambiente prisional, isso pode ser complicado, e uma das medidas menciona a disseminação de doenças entre os presos. Desta forma, o CNJ elaborou a Recomendação nº 62/2020 no âmbito do sistema de justiça criminal e educação social, sendo os tribunais e magistrados obrigados a tomar medidas preventivas para evitar a propagação da infecção pelo novo coronavírus.

Desta forma, analisa-se o problema da prisão civil decorrente do atraso no pagamento da pensão alimentícia em atraso. Outra questão é se essas prisões podem continuar a ser promulgadas devido aos vários gostos da pandemia entre a classe trabalhadora. Ou, considerando os riscos para a saúde pública, quando a pandemia persistir, medidas de suspensão mais adequadas devem ser tomadas.

Vários dos impactos econômicos e trabalhistas da pandemia Covid-19 são vítimas. Quer se trate de um trabalhador autônomo que deve ficar em casa e não se envolver em atividades de trabalho, incluindo trabalhadores autônomos, ou se o trabalhador sofreu um corte de salário ou não tem direito a pagar salários e rescindir seu contrato de trabalho, acreditamos que como devedor de alimentos em todos esses casos, a capacidade financeira do devedor foi seriamente prejudicada.

De acordo com a lei, crianças, pais e pessoas com deficiência precisam de um apoio diário básico. Esta é a responsabilidade do devedor e deve ser cumprida da melhor maneira possível. Nossa discussão está aqui. Ressalta-se que os próprios trabalhadores do setor alimentício não possuem vínculo empregatício, o que não justifica a suspensão do pagamento da pensão alimentícia. Em alguns casos, é necessário tentar minimizar os danos causados pela pensão alimentícia decorrente da diminuição da capacidade financeira do aposentado.

Deve-se enfatizar que os interesses e necessidades de quem precisa de apoio são necessários para a manutenção do sustento, porém, é preciso considerar o momento social atual, pois está afetando a vida de todos, principalmente a economia, e por isso deve trabalhar muito. Muito razoável.

Segundo com Almeida (2020, online) dizia o ensinamento: "Foi elaborado o Projeto de Lei nº 1.627 / 2020, que prevê o estabelecimento de um regime jurídico emergencial e transitório para as relações jurídicas de família e herança durante a pandemia provocada pelo coronavírus, que, entre outras medidas, foi judicialmente aprovada decisões, parte do parcelamento está suspensa, em até 30% do exigível, e o prazo é de 120 dias. "

Além disso, essa condição de suspensão também pode comprovar o prazo de pagamento até março deste ano, e permitir parcelas em seis meses para pagar a diferença entre o valor original e o pagamento máximo em seis meses e quatro meses. Tudo começou em janeiro de 2021.

Desta forma, há uma mudança temporária na forma de prisão do devedor de acordo com a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça e decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Habeas Corpus nº 568.021-CE. Sendo assim, tal artigo 22 do Projeto de Lei nº 1.179/2020 (Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado).

Com as alterações, muitos credores do vale-refeição podem buscar outras formas de satisfação com o crédito ao saberem que o propósito de servir comida em rituais carcerários tornou-se inofensivo, como, por exemplo, converter o ritual em desapropriação para busca. Apreender os bens de qualquer devedor.

Mas também existem tribunais que reconhecem que a casa do devedor foi reparada. Acontece que a 4ª turma do STJ e seu entendimento sobre o CNJ decidiram propor o caso, analisando as etapas de decisão da 4ª turma do STJ em 2020. A decisão chegou a um consenso e concluiu que durante a pandemia Covid-19, deveriam ser colocados em prisão domiciliar devido a dívidas.

Compreensivelmente, dado o contexto geral da atual pandemia, não é recomendado manter o devedor em um ambiente fechado, insalubre e potencialmente perigoso.

“Assim, ante ao iminente risco de contágio pelo Covid-19, em como em razão dos esforços expendidos pelas autoridades públicas em reduzir o avanço da pandemia, é recomendável o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar em prisão domiciliar.” STJ. 4ª Turma. HC 561.257-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 05/05/2020 (Info 671).

Além disso, a Recomendação do CNJ nº 62/2020 também caminha na mesma direção, acrescentando que o juiz civil deve considerar a colocação de presidiários com alimentos em atraso para reduzir o risco de epidemias e respeitar o ambiente de transmissão local. Vírus de arquivo.

Depois de apresentar casos específicos e analisar o teste de 2020, quero enfatizar o entendimento mais recente. Isso difere do julgamento da quarta turma do STJ no projeto anterior. A terceira categoria do STJ também está em 2020. A proposta chegou a um acordo e concluiu que, durante a pandemia Covid-19, o uso de civis devedores deveria ser suspenso (ao invés da prisão domiciliar).

Segundo a análise, devido à pandemia provocada pela Covid-19, em regime fechado, a pena de prisão do devedor por dívidas alimentares pode excepcionalmente ser

suspensa, pois o direito à prisão domiciliária é uma medida que não cumpre os requisitos legais e prejudica o alimentador através de canais horizontais de dignidade.

No entanto, como a pandemia do coronavírus no Brasil ainda não terminou, a questão atual ainda persiste sobre a possibilidade de impor um regime fechado de prisão civil aos devedores a partir de 30 de outubro de 2020. De acordo com TARTUCE (2020)

Entendo que a prisão com base nestes princípios é impossível, é necessário manter as razões de fato para fundamentar a formulação da lei, portanto, os métodos de adoção familiar e outras medidas devem ter como prioridade o recebimento efetivo das dívidas (TARTUCE, 2020).

Sendo assim, foi apontado que se trata de um assunto interessante, que em 2021 ainda precisa ser analisado criteriosamente nos tribunais, e enquanto existir esse sistema epidêmico, esse assunto continuará.

Portanto, no delicado momento em que todos precisam de bom senso, os credores e devedores de grãos ainda podem escolher o caminho mais curto e utilizar os privilégios conferidos pela legislação processual em vigor para comercializar por via judicial na forma do artigo 190 da Lei de Processo Civil de Grãos Pagamento.

Vivemos um momento difícil e, do ponto de vista jurídico, isso tem impactado diversos campos jurídicos. No que diz respeito ao direito da família, o impasse é muito diferente, desafia-nos a cada dia a pesar alguns bens que estão protegidos por lei, afinal, todos esses bens estão diretamente relacionados com o bem mais importante do momento: a vida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é possível distinguir os alimentos e provar que os alimentos têm um grande significado para a vida humana com dignidade. A relevância e as características foram verificadas minuciosamente. E, dada sua importância para a vida pessoal, alguém explicou a obrigação de prover pessoas físicas. Enfatizou-se que deve haver três itens de alimentos dentro desta obrigação, a saber, a demanda por alimentos, a probabilidade do comedouro e a proporção de alimentos fornecidos.

Para continuar a fazer cumprir a legislação alimentar, você deve cumprir as disposições do Artigo 5478/68 da Lei de Alimentos e da Lei de Processo Civil. A "Lei de Processo Civil" estipula as ações de alimentação ao abrigo dos artigos 911 a 913 e estipula os procedimentos a seguir. Pois bem, se ficar comprovado que o devedor violou o contrato, então o credor com título administrativo (judicial ou extrajudicial) poderá pleitear seus créditos através das técnicas processuais previstas na legislação e obedecer à ordem do

procedimento adotado. A fim de proteger os interesses dos beneficiários, foi referido que a autoridade competente para o litígio é a residência ou domicílio do credor. Se houver ação judicial envolvendo menor de idade, a ação será conduzida na Vara da Infância e da Juventude.

A quantidade de comida é variável, o que é uma dívida de valor. Se a hipótese do alimento mudar, isso pode levar a revisões e atualizações do valor da assinatura original. Após a comprovação de fatos novos que afetam as necessidades do beneficiário e a possibilidade do devedor, os custos de manutenção podem ser aumentados ou diminuídos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, A. G. C. A evolução do conceito de dano moral. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=74bfc8dc-8125-476a-88ab-93ab3cebd298&gro> Acesso em 15/05/2021;

BARROS, F. A. M. de. Manual de direito civil. São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10/05/2021;

Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Instituiu dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10/05/2021.

Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10/05/2021.

DIAS, M. B. Manual de direitos das famílias. São Paulo, revistas dos tribunais 2010.

DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010;

GONÇALVES, C. R. Direito Civil Brasileiro. São Paulo. 2009.

LOPES DA COSTA, A. A. Direito processual civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1996

MORAES, A de. Direito constitucional. São Paulo, Atlas, 2000.

RODRIGUES, S. Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, W. M. da. O dano moral e sua reparação. Ed. Rio de Janeiro. Forence, 1999. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2008.

BORBA, Mozart. Diálogos sobre o Novo CPC. 5ª Ed. Editora Juspodivm, 2018.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. Estatuto da criança e do adolescente: Lei 8069/90. 11ª Ed. Editora Juspodivm, 2018.

BRASIL. Código Civil de 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 28 de dez. 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de dez. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 28 de dez. 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Como fica a prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da Covid-19?. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/dcae59eb2aed882ae1452bf903cb8263>>. Acesso em: 28/04/2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ªEd. Editora RT, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias. Editora Saraiva, 2008.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Vol. 5. Direito de Família. 7ª Ed. Editora Forense, 2016.

NETO, Sebastião de Assis. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Isabel de. Manual de Direito Civil, Volume Único. 5ª Edição, Editora Juspodivm, 2016.

TARTUCE. Fernanda. Processo Civil no Direito de Família: Teoria e Prática. 2ª ed. Editora Método, 2017

TARTUCE, Flávio. Famílias e Sucessões Em 2020 – Um ano de pandemia e de decisões em casos difíceis. Colégio Notarial do Brasil, 2020. Disponível em <https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw=&in=MjA0ODI=>. Acesso em 28/04/2021.

FIGUEIREDO, Larissa de Paula Xavier de. Prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia da Covid-19 Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 maio 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56119/priso-civil-do-devedor-de-alimentos-durante-a-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 18 maio 2021.

O FIM DA EIRELI E A SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL

WILLIANN RUDOLFO GEORGI:
Advogado graduado pela UFSM e
Especialista em Direito Tributário
pelo IBET/RS.

A EIRELI acabou?

Sim! A Lei nº. 14.195/2021 acabou com as EIRELI (empresas individuais de responsabilidade limitada).

A EIRELI era um tipo societário também composto por apenas um sócio, e não era regida por um contrato social – bastando o ato constitutivo de registro na Junta Comercial.

O titular de uma EIRELI não poderia ser sócio de outra EIRELI. Mas pode ser sócio de outras sociedades – limitada ou anônima, por exemplo.

Agora, toda EIRELI passa a ser uma sociedade limitada unipessoal.

O que preciso fazer para transformar a EIRELI em SLU?

Nada. Segundo o Art. 41 da Lei nº. 14.195/2021, esta transformação se dá de forma automática, não sendo necessário sequer alterar seu ato constitutivo.

O que é uma sociedade limitada unipessoal?

A sociedade limitada unipessoal (SLU), é uma sociedade por quotas, as quais podem pertencer a pelo menos uma pessoa.

Neste caso, a sociedade é regida por um contrato social, no qual deve ser nomeado um administrador – mesmo que exista apenas um sócio. Um bom modelo de contrato social é encontrado no site JusDocs.

De resto, ela funciona exatamente como uma sociedade limitada com dois ou mais sócios.

Sua vantagem é que, caso a sociedade tenha dois (ou mais) sócios, e um deles queira se retirar ou venha a falecer, não é mais necessário buscar um outro sócio ou extinguir a sociedade – bastando convertê-la em sociedade unipessoal.

Até 31/08/2021, a SLU convivia, com diferenças, da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI).

Porém, a Lei nº. 14.195/2021, de 26 de agosto de 2021, mudou essa situação!

E o que é um MEI?

Diferente da sociedade limitada unipessoal e da EIRELI, o microempreendedor individual (MEI) não é uma empresa, mas uma ficção jurídica criada pela LC 128/2008.

Exato.

Embora tenha o CNPJ, o MEI existe apenas para regularizar o empreendedor perante o fisco e a previdência.

Ele pode emitir NFs, o que facilita a venda para diversas empresas – que só compram com emissão de NF.

É importante lembrar que o titular da MEI não pode ser sócio de nenhuma outra sociedade.

Qual o limite de faturamento do MEI?

O MEI não pode faturar mais de R\$ 81.000,00 por ano ou R\$ 6.750,00 por mês.

O projeto de lei nº. 108/2021 está em tramitação prevendo o aumento deste limite.

Assim, o limite de faturamento do MEI passaria a ser R\$ 162.000,00 por ano, ou R\$ 13.500,00 por mês.