

DIREITO ATUAL

DEBATE E CRÍTICA

Coleção
DISCURSO
JURÍDICO
Volume 4

ORGANIZADORAS

Cristina Rezende Eliezer
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Cláudia Taís Siqueira Cagliari
Pauliana Maria Dias



AUTORES(AS)

Alexandre de Castro Coura
Amanda Rucker Mombach
Ana Clara Vasques Gimenez
Anderson Moreira Aguiar
Antonio Francisco Gomes Junior
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Caroline Fockink Ritt
Cássia Valadares Rodrigues
Cássius Guimarães Chai
Cláudia Taís Siqueira Cagliari
Cristina Gonçalves Bretas
Cristina Rezende Eliezer
Daiana Brandt
Dárcio Lopardi Mendes
Dárcio Lopardi Mendes Júnior
Davi Sant'anna Gouvêa
Dedilma Maria da Silva Valadares
Eduardo Passarella
Eduardo Ritt
Elisa Bebber Chamom
Felipe Santos Ribeiro
Gabriel Vigneron Mello Chaia
Gabriella Bastos de Almeida
Gilberto Silva Pereira
Guilherme Dill
Ian Fernandes de Castilhos
Ingrid Kety de Sales Castor
Irineu José Coelho Filho
Jessica Nayara Resende Silva
Jorge Luiz Dias Alvim
Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho
Josiane Alvim Stevanim Domith
Júlio César Tadeu de Assis Gomes
Laiane Gomes Cândido
Laila Barbosa
Larissa Gabrielle Braga e Silva
Letícia Alonso do Espírito Santo
Lidiana Medeiros Furtado Alves
Luara Gabriela Estevão Souza
Lucas Vinicios Cruz
Luis Miguel Barudi de Matos
Luisa Montserrat Silva
Marcos Otávio de Lélis Silva
Marissa Gonçalves Veloso
Marize de Fátima Alvarez Saraiva
Natalya Carolina Costa Vieira
Pauliana Maria Dias
Pedro Passini
Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana
Robson Fernando Santos
Rogéria Aparecida de Souza Oliveira
Sara Rutte Anacleta Lima
Silvio Erasmo Souza da Silva
Suellen Sabino Brito Lopes
Vinícius Wildner Zambiasi

CRISTINA REZENDE ELIEZER
CARLA RIBEIRO VAZ DE MELO
CLÁUDIA TAÍS SIQUEIRA CAGLIARI
PAULIANA MARIA DIAS
(ORGANIZADORAS)

DIREITO ATUAL

DEBATE E CRÍTICA

Coleção Discurso Jurídico

Volume 4

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2024



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Capa: Editora Metrics

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D598 Direito atual [recurso eletrônico] : debate e crítica / organizadoras: Cristina Rezende Eliezer ... [et al.]. - Santo Ângelo : Metrics, 2024.
479 p. (Discurso jurídico; 4)

ISBN 978-65-5397-201-8

DOI 10.46550/978-65-5397-201-8

1. Direito. 2. Debate. I. Eliezer, Cristina Rezende (org.).

CDU: 34

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720



Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

<https://editorametrics.com.br>

Conselho Editorial

Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Charley Teixeira Chaves	PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dra. Cristina Rezende Eliezer	PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Douglas Verbicaro Soares	UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Eder John Scheid	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Fernando de Oliveira Leão	IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dra. Helena Maria Ferreira	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana	UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Jenerton Arlan Schütz	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Jorge Luis Ordelin Font	CIESS, Cidade do México, México
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr. Manuel Becerra Ramirez	UNAM, Cidade do México, México
Dr. Marcio Doro	USJT, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcio Flávio Ruaro	IFPR, Palmas, PR, Brasil
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral	IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira	UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dra. Mércia Cardoso de Souza	ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Milton César Gerhardt	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Muriel Figueiredo Franco	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Ramon de Freitas Santos	IFTO, Araguaína, TO, Brasil
Dr. Rafael J. Pérez Miranda	UAM, Cidade do México, México
Dr. Regilson Maciel Borges	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Ricardo Luis dos Santos	IFRS, Vacaria, RS, Brasil
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Vanessa Rocha Ferreira	CESUPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Vantoir Roberto Brancher	IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil
Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva	ULOYOLA, Sevilha, Espanha

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	13
<i>Dárcio Lopardi Mendes</i>	
APRESENTAÇÃO	15
<i>Cristina Rezende Eliezer</i>	
Capítulo 1 - A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO SISTEMA DE JUSTIÇA: O ATENDIMENTO HUMANIZADO ESTÁ EM RISCO?	17
<i>Marissa Gonçalves Velo</i>	
Capítulo 2 - O DIREITO, O JUIZ E A FIDELIDADE CONSTITUCIONAL.....	35
<i>Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho</i>	
Capítulo 3 - ESCOLHA DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL PELO MAIOR DE 70 ANOS: UMA DECISÃO À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E DA AUTONOMIA PRIVADA	53
<i>Jessica Nayara Resende Silva</i>	
<i>Larissa Gabrielle Braga e Silva</i>	
Capítulo 4 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL.....	63
<i>Anderson Moreira Aguiar</i>	
Capítulo 5 - A (IN) EXISTÊNCIA DE MECANISMOS, NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO ESTATAIS DO RIO GRANDE DO SUL, PARA O COMBATE À SEXUALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CIBERESPAÇO: UMA ANÁLISE DA PORNOGRAFIA INFANTIL SOB A EXPANSÃO DA ERA CIBERNÉTICA 4.0	75
<i>Gabriella Bastos de Almeida</i>	
<i>Silvio Erasmo Souza da Silva</i>	

Capítulo 6 - A REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA ADEQUAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	97
<i>Irineu José Coelho Filho</i>	
Capítulo 7 - A VULNERABILIDADE PENAL BRASILEIRA CONTRA OS ATAQUES CIBERNÉTICOS E A INSEGURANÇA NO CIBERESPAÇO	109
<i>Amanda Rucker Mombach</i>	
<i>Vinícius Wildner Zambiasi</i>	
Capítulo 8 - RECONSTRUINDO IDENTIDADES: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF	125
<i>Elisa Bebber Chamon</i>	
<i>Gabriel Vigneron Mello Chaia</i>	
<i>Alexandre de Castro Coura</i>	
<i>Cássius Guimarães Chai</i>	
Capítulo 9 - A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS VULNERABILIDADES FEMININAS	143
<i>Ana Clara Vasques Gimenez</i>	
Capítulo 10 - O INVESTIMENTO-ANJO COMO FORMA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS PELAS STARTUPS.....	153
<i>Lucas Vinicios Cruz</i>	
Capítulo 11 - A CONQUISTA DO DIREITO AO SUFRÁGIO PELA MULHER BRASILEIRA E A VIOLÊNCIA POLÍTICA	165
<i>Caroline Fockink Ritt</i>	
<i>Eduardo Ritt</i>	
Capítulo 12 - ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	181
<i>Letícia Alonso do Espírito Santo</i>	

Capítulo 13 - SELETIVIDADE SOCIAL NO SISTEMA CARCERÁRIO. 191

Lidiana Medeiros Furtado Alves

Capítulo 14 - A CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE PARA MULHERES NÃO GESTANTES EM UNIÕES HOMOAFETIVAS: UMA ANÁLISE DO TEMA 1.072 DO STF	203
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Sara Rutte Anacleta Lima

Capítulo 15 - A INCIDÊNCIA E IMPLICAÇÕES DO DANO BIOLÓGICO RESULTANTE DE ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE MULTIDIMENSIONAL	215
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Jorge Luiz Dias Alvim

Capítulo 16 - EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI N° 14.713/2023 DIANTE DA COMPLEXIDADE DOS CASOS ENVOLVENDO AS FAMÍLIAS	225
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Ingrid Kety de Sales Castor

Laila Barbosa

Natalya Carolina Costa Vieira

Capítulo 17 - A NORMA PROCESSUAL GARANTISTA	235
---------------------------------------------------	-----

Guilherme Dill

Capítulo 18 - VOZES EM CONFINAMENTO: O IMPACTO DA REGULAMENTAÇÃO DIGITAL SOBRE O DISCURSO PÚBLICO	249
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Eduardo Passarella

Pedro Passini

Capítulo 19 - SEMIÓTICA APLICADA À ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	261
----------------------------------------------------------------	-----

Dárcio Lopardi Mendes Júnior

Capítulo 20 - TEORIA DA JUSTIÇA DE JHON RAWLS E A SOLIDARIEDADE SOCIAL: VETORES DE MAXIMIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	269
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Luis Miguel Barudi de Matos

Capítulo 21 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À RESSOCIALIZAÇÃO	281
<i>Davi Sant'anna Gouvêa</i>	
<i>Ian Fernandes de Castilhos</i>	
Capítulo 22 - VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E <i>FAKE NEWS</i>	291
<i>Daiana Brandt</i>	
Capítulo 23 - A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER	303
<i>Cláudia Taís Siqueira Cagliari</i>	
<i>Robson Fernando Santos</i>	
Capítulo 24 - DO MODELO JURISDICIONAL DE PROCESSO AO SISTEMA MULTIPORTAS DEMOCRÁTICO	317
<i>Pauliana Maria Dias</i>	
Capítulo 25 - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL: REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE CONCEDIDOS VIA JUDICIAL	327
<i>Cássia Valadares Rodrigues</i>	
<i>Dedilma Maria da Silva Valadares</i>	
Capítulo 26 - A DESBUROCRATIZAÇÃO E ADOÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS COMO INSTRUMENTOS PARA MELHORAR A GESTÃO PÚBLICA.....	341
<i>Marcos Otávio de Lélis Silva</i>	
Capítulo 27 - ANTINOMIA ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS: DESAFIOS E PROPOSTAS	355
<i>Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana</i>	
Capítulo 28 - OS LIMITES LEGAIS DA EXPOSIÇÃO DIGITAL: UM OLHAR JURÍDICO SOBRE O <i>SHARENTING</i>	369
<i>Júlio César Tadeu de Assis Gomes</i>	

Capítulo 29 - REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO DE ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA POR MOLÉSTIA GRAVE COMO DIREITO SUCESSÓRIO	381
<i>Cristina Gonçalves Bretas</i>	
Capítulo 30 - A NOVA LEI DA CEGUEIRA MONOCULAR E SEUS REFLEXOS PARA O SEGURADO DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	389
<i>Josiane Alvim Stevanim Domith</i>	
Capítulo 31 - LEI DA SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL (SAF): O MODELO E GARANTIAS TRABALHISTAS	397
<i>Felipe Santos Ribeiro</i>	
<i>Marize de Fátima Alvarez Saraiva</i>	
Capítulo 32 - OS PRINCIPAIS IMPACTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL ATRAVÉS DA EMENDA N° 103/2019 NOS BENEFÍCIOS DE APOSENTADORIA DO RGPS	409
<i>Luisa Montserrat Silva</i>	
Capítulo 33 - RECONHECIMENTO DO NOME E GÊNERO DE PESSOAS TRANS: UMA JORNADA POR DIGNIDADE E DIREITOS.	421
<i>Antonio Francisco Gomes Junior</i>	
Capítulo 34 - O CONSELHO DA COMUNIDADE DA COMARCA DE ALÉM PARAÍBA COMO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	431
<i>Carla Ribeiro Vaz de Melo</i>	
<i>Laiane Gomes Cândido</i>	
<i>Luara Gabriela Estevão Souza</i>	
<i>Rogéria Aparecida de Souza Oliveira</i>	
Capítulo 35 - MEDIAÇÃO: AVANÇO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS	449
<i>Antonio Francisco Gomes Junior</i>	
<i>Suellen Sabino Brito Lopes</i>	

Capítulo 36 - A DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA NO DIREITO
BRASILEIRO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA PROTEÇÃO ÀS
VÍTIMAS E APLICAÇÃO DA LEI..... 459

Gilberto Silva Pereira

SOBRE OS ORGANIZADORES 477

PREFÁCIO

Recebi o convite para prefaciar o livro “Direito Atual: debate e crítica” com imensa satisfação e alegria. O leitor tem em mãos um material juridicamente rico, mediante a vasta contribuição intelectual nos capítulos lançados na obra. São discussões e reflexões atuais capazes de conduzir o leitor a novas ideias e repensar outras tantas.

A beleza do direito é sua constante evolução, especialmente para atender os anseios contemporâneos da sociedade na busca pela solução de novos dilemas nascidos diariamente.

O trabalho coletivo dos escritores que abrilhantam o presente compêndio colabora com a diversidade de pensamento e proporciona uma visão crítica acerca dos temas apresentados. O universo jurídico vem suportando um avanço cada vez mais célere e necessita, portanto, de um diálogo cada vez mais vivo e sedento por inovação.

A dedicação e, acredito eu, entusiasmo dos organizadores em reunir profissionais altamente capacitados na elaboração do livro, é motivo de empolgação por parte do leitor, pois certamente será esta a sensação ao se debruçar sobre cada uma das páginas lidas.

Agradeço, novamente, pelo convite. Uma ótima leitura e que façamos do estudo algo inerente a nossa existência.

Dárcio Lopardi Mendes

Desembargador do Tribunal de Justiça/MG até o ano de 2021.
Advogado e Consultor Jurídico.

APRESENTAÇÃO

A presente coletânea *Direito Atual: Debate e Crítica* é fruto da reunião de pesquisas desenvolvidas por advogados(as), professores(as) e estudantes do curso de Direito, bem como mestres(as), doutores(as), mestrandos(as) e doutorando(as) vinculados a diversos programas acadêmicos e profissionais de todo o Brasil. A obra é composta por 36 capítulos, que integram a robusta produção bibliográfica. O objetivo principal é a discussão de temáticas jurídicas atuais e relevantes, a partir de diferentes perspectivas, ou seja, por múltiplas abordagens e visões plúrimas.

Trata-se do *volume IV* da coleção *Discurso Jurídico*, planejada por mim e pela estimada colega Carla Ribeiro Vaz de Melo. Para a edição deste volume, convidamos as professoras Dra. Cláudia Taís Siqueira Cagliari e Ma. Pauliana Maria Dias. Ambas são profissionais renomadas, reconhecidas e admiradas. Logo, ficamos muito felizes com o aceite e contribuição, os quais garantiram a consolidação de uma obra de exímia qualidade e com considerável pluralidade de enfoques.

As discussões que compõem este livro explicitam o permanente movimento de busca, que emerge nas/das relações jurídicas. É imperioso, no ramo do Direito, o estudo contínuo, de modo a promover uma interseção entre teoria e prática, a fim de se construir e reconstruir os saberes inerentes, muitas vezes, advindos das experiências profissionais e vivências. Desse modo, pontuar assuntos díspares e controvertidos, é uma forma de edificar enriquecedoras (pro)posições. Afinal, além das alterações sofridas, de modo recorrente, pelas próprias legislações, a sociedade também evolui constantemente, obrigando os operadores do Direito a percorrerem territórios antes inexplorados.

Desse modo, os autores e autoras desta densa obra coletiva, atentos às transformações engenhadas pelas dinâmicas sociais, problematizam e enfrentam assuntos controvertidos nas/das diversas áreas do Direito, com desdobramentos plurais, propondo soluções e indicando possíveis caminhos, sempre no sentido de colaborar com a construção do arcabouço teórico, sem a imposição de argumentos, mas incutindo a necessidade de contínua reflexão e problematização.

Pelo que restou assinalado, o conjunto de textos aqui expostos

auxiliará os(as) leitores(as), nesse cenário de contingências e incertezas, a (re)visitarem institutos tradicionais do Direito, considerando a práxis, a partir das discussões aqui estabelecidas, elucidando pontos conflituosos e colaborando para a construção de uma sociedade mais democrática, igualitária e justa.

Espero que tenham uma profícua leitura!

Cristina Rezende Eliezer

Advogada, professora universitária, mestra e doutora em Educação.

Capítulo 1

A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO SISTEMA DE JUSTIÇA: O ATENDIMENTO HUMANIZADO ESTÁ EM RISCO?

Marissa Gonçalves Veloso¹

1 Introdução

O Sistema de Justiça, composto não apenas pelo Poder Judiciário, mas também por instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia, é responsável pelas discussões de temas complexos relacionados a violência, educação e saúde. No cenário atual, tudo se torna passível de apelo à intervenção judicial: desavenças no âmbito familiar, definição da guarda de crianças e adolescentes, tratamentos médicos, restrições de liberdade, julgamento de crimes e concessão de liberdade ou decretação de prisões.

A expressão “cada caso é um caso” é frequentemente utilizada pelos operadores do Direito, especialmente pela complexidade das relações humanas. E com o passar do tempo, progressivamente, os juízes são responsáveis por solucionar conflitos, extrapolando os textos das leis para utilizar os aspectos subjetivos de cada caso em suas decisões, de modo a solidificar uma nova forma do sistema de Justiça que, para muitos, seria mais humanizada.

O atendimento humanizado pode ser compreendido na valorização das motivações e necessidades dos envolvidos com o conflito, de forma a personalizar as decisões, garantindo a melhor atuação e solução para o caso, acolhendo o cidadão com a devida empatia, tornando-o partícipe da solução do problema que o motivou a buscar o Sistema de Justiça.

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 93, IX, estabelece que todas as decisões emanadas de órgão judicial devem ser devidamente

¹ Pós-Graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-graduada em Direito Público pela Damásio Educacional. Pós-graduada em Advocacia Criminal pela Escola Superior da Advocacia de Minas Gerais. Assessora Técnica da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. E-mail: marissaveloso@hotmail.com.

motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade (CRFB, 1988). Portanto, a fundamentação qualificada deve se fazer presente em qualquer pronunciamento jurisdicional e, por via de consequência, deve ter a participação das partes para que a solução do conflito seja eficaz. A participação das partes no processo deve ser incentivada, mas pode ser comprometida pela escassez de tempo e quantidade de trabalho.

A solução para o elevado número de casos pendentes de análise e ausência de capacidade humana para conseguir superar a alta demanda dos processos foi o uso da inteligência artificial (IA), o que desencadeou uma série de discussões e reflexões. Se por um lado a tecnologia agiliza e confere maior efetividade à prestação jurisdicional, por outro a utilização abusiva da ferramenta pode trazer prejuízos ao atendimento humanizado.

A inteligência artificial pode ser entendida como um conjunto de algoritmos programados para executarem tarefas e/ou atividades propostas pelo ser humano, com o intuito de alcançar elevados níveis de exatidão em reduzido espaço de tempo. Por exemplo, uma atividade que duraria 45 minutos para ser executada por um servidor, com a IA a resposta é obtida em segundos. (CAMBI; AMARAL, 2023).

Os avanços da inteligência artificial cada vez mais asseguram uma considerável autonomia à tecnologia, tornando dispensável a ação humana para as atividades, exceto para a elaboração dos algoritmos pelos programadores. Hoje, comandos podem gerar padrões de resposta, minutar decisões e despachos em segundos, sem a necessidade da intervenção humana.

Diante disso, surgem controvérsias acerca dos limites e barreiras éticas que devem ser observados no uso de algoritmos de IA no âmbito da atividade do Sistema de Justiça. Existe substituição do magistrado (humano) por algoritmos de IA (juiz-robô)? A atividade interpretativa do julgador pode ser afastada pelo emprego do algoritmo decisório? A automação e a humanização do atendimento podem coexistir? Oferecer um atendimento humanizado é tão essencial quanto investir em tecnologia e sistemas de gestão de atendimento?

A partir desse contexto, o presente estudo aborda a utilização da inteligência artificial pelo Sistema de Justiça e os efeitos positivos ou negativos no atendimento humanizado aos jurisdicionados.

Para a consecução do desiderato deste estudo parte-se de uma metodologia documental, de pesquisa sobre o atendimento humanizado, assim como análises de textos normativos referentes à nova era tecnológica

e utilização de inteligência artificial pelo Sistema de Justiça, e ainda pesquisas estatísticas que abordam o tema.

Em um primeiro momento, estudar-se-á sobre o atendimento humanizado e seus efeitos na solução dos conflitos pelo Sistema de Justiça;

Já em um segundo momento, serão tecidas considerações sobre o uso da tecnologia pelo Sistema de Justiça, em especial a utilização da inteligência artificial pelos Tribunais.

Ao fim, concluir-se-á que, ainda que exista a necessidade de maior eficiência na prestação do serviço jurídico, que pode ser garantida pela utilização da inteligência artificial, é necessário refletir se o atendimento humanizado, baseado na individualidade de cada caso e na empatia, corre o risco de ser abandonado pelas novas tecnologias, que utilizam de algoritmos para classificar e elaborar decisões já programadas para processos em grandes quantidades e em curto espaço de tempo. A fim de empreender a análise crítica destas e de outras questões, parte-se do debate acerca do atendimento humanizado, que para muitos o seu significado ainda é desconhecido, mas os seus efeitos são vivenciados diuturnamente.

2 O atendimento humanizado no Sistema de Justiça: a empatia como protagonista da intervenção judicial nas relações humanas

O atendimento humanizado vem sendo discutido e incentivado no Sistema de Justiça, pois os impactos na vida do cidadão, em tese, são positivos, especialmente quando se trata de situação que envolve vulnerabilidade econômica e/ou social. A humanização do atendimento possui relação com a importância de estabelecer vínculo emocional com a pessoa que está sendo atendida, compreendendo que ela é única, suas histórias, experiências e sentimentos.

A devida preparação e equilíbrio emocional também são importantes, afinal, por inúmeras vezes quem busca atendimento está frustrado, com raiva, medo e insegurança, sentimentos que podem ser “descontados” no atendente.

Mas, afinal, o que é o atendimento humanizado?

A humanização tem um significado simples: tornar algo humano. Por mais óbvio que o termo possa parecer, nem sempre é fácil saber como tornar um serviço humanizado, mas existe um motivo: a humanização é,

antes de qualquer coisa, um processo permanente. Seu fluxo não possui começo, meio e fim. Pelo contrário, é necessário ter atenção constante ao que significa humanização de acordo com cada contexto, o que torna o debate sobre o assunto tão complexo. (REGO, 2024).

O atendimento humanizado também envolve qualidade e respeito. É esta atenção à qualidade e respeito que torna possível a identificação de um serviço desumanizado, uma vez que percebemos a falta de humanização quando alguma destas características não está presente na prestação de um serviço. Para verificar se um atendimento é humanizado podemos fazer uma pergunta a nós mesmos: eu gostaria de estar sendo atendida(o) desta maneira? Eu gostaria de prestar um serviço nestas condições? Só quando nos colocarmos na situação do outro iniciamos o processo de humanização. É por este motivo que um tratamento humanizado envolve a empatia. (REGO, 2024).

Portanto, o principal fim da humanização do atendimento é a solução do problema ou prestação de serviços de forma personalizada, com base nas necessidades especiais de cada indivíduo, buscando entender os sentimentos através de uma abordagem empática. Empatia esta que possui difícil definição. Até mesmo nos dias atuais não conseguimos um consenso, mas a sua importância nas relações humanas é incontestável.

A história do termo empatia tem início no final do século XIX, com o filósofo alemão Robert Vischer, que, a partir do termo clássico *empatheia*, em 1873, elaborou a palavra *einfühlung* que pode ser traduzida para a língua portuguesa como “sentir em” ou “sentir-se dentro”. O objetivo de Vischer era descrever os sentimentos desencadeados pela observação de uma obra de arte. Após, o termo passou a ser utilizado para representar sentimentos de conexão com a natureza. (SCHWELLER, 2014, p. 19).

Mais de duas décadas depois, o psicólogo alemão Theodore Lipps trouxe o significado de *einfühlung* para a psicologia, referindo-se ao reconhecimento de um ser humano por outro. Apenas no início do século XX o termo foi usado para fazer referência às relações humanas, mesma época em que Sigmund Freud utilizou o vocábulo com o sentido de “colocar-se na posição de outra pessoa”. Para traduzir o termo alemão *einfühlung*, a palavra *empathy* surgiu na língua inglesa em 1909 com o psicólogo Edward Titchener, inspirada no termo grego *empatheia*. Nesse momento, o significado de empatia já era bastante próximo do atual, ou seja, o ato de entender o outro. (SCHWELLER, 2014, p. 20).

Assim, ter empatia é entender o tipo de experiência vivenciada pelo

outro, sentir a intensidade e suas necessidades, algo sempre benéfico nas relações humanas, em especial, quando se trata de solução de conflitos pelo Sistema de Justiça. É a capacidade de assumir o papel do outro, observar o mundo particular de cada pessoa como se fosse o seu próprio.

Em estudos de neuroimagem ficou demonstrado que quando alguém conta uma história emocionante, o cérebro do ouvinte se torna intimamente unido ao do contador da história, com atividades cerebrais idênticas (STEPHENS, 2010). Isto ocorre em razão da presença de conexões neurais localizadas próximas a região do córtex que percebem os sentimentos dos outros. Esses circuitos promovem conexão entre as pessoas, uma vez que desencadeiam o mesmo estado emocional, permitindo uma identificação neuronal (GOLEMAN, 2014, p. 103).

A empatia exige atenção, uma vez que, para entrar em conexão com os sentimentos de outra pessoa, temos que assimilar sinais faciais, entre outras demonstrações de suas emoções. Conectamo-nos ao problema de outras pessoas através do córtex cingulado anterior, que aciona nossas amígdalas, possibilitando que sintamos em nosso corpo o que ocorre no do outro (GOLEMAN, 2014, p. 104). Estudos também desvendaram que utilizamos a ínsula anterior para nos solidarizarmos com a dor do outro, o mesmo local que usamos para sentir nossa própria dor, o mesmo sistema utilizado para interpretar os nossos próprios sentimentos. (SINGER, 2010).

Goleman (2014, p. 105) ensina que “enquanto nossos neurônios-espelho e outros circuitos sociais recriam em nosso cérebro e em nosso corpo o que está acontecendo com a outra pessoa, nossa ínsula reúne todas essas informações”; sendo assim, a empatia exige uma autoconsciência: para que possamos compreender o outro, precisamos, em primeiro lugar, nos conectar a nós mesmos.

Portanto, não existe livro, curso ou professor que consiga ensinar para outra pessoa como ter empatia, e por consequência como realizar um atendimento mais humanizado, porque a empatia é resultado das experiências humanas, da vivência de cada pessoa. Exige boa vontade, paciência, e, principalmente, humildade.

O Poder Judiciário e as funções essenciais à justiça, como a Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia Pública e Privada, precisam quebrar barreiras, tornarem-se acessíveis à sociedade, afastar tabus e, sobretudo, se humanizarem.

A solução de conflitos, para que seja efetiva, exige do operador

do Direito e do próprio Sistema de Justiça mecanismos de otimização do atendimento, sempre na busca da humanização na prestação dos serviços.

O Sistema de Justiça moderno não pode e nem deve ser mero espectador na vida dos cidadãos, alheios aos acontecimentos do mundo, mas deve buscar a garantia e a efetividade dos direitos de forma personalizada. A conduta judicial deve ser técnica, mas acima de tudo humana e cidadã.

Em recente palestra sobre a “Dimensão Social da Magistratura” para a Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (Emerj), o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Lelio Bentes Corrêa, defendeu que em todos os ramos da atividade pública, inclusive no Poder Judiciário, faz-se necessário, antes mesmo de decidir, pensar menos no ego e mais nas pessoas que serão destinatárias da prestação jurisdicional. (CORRÊA, 2024).

O Ministro Lelio Bentes Corrêa (2024), ao considerar que existe grande parcela de pessoas excluídas e, por isso, o olhar da magistratura precisa voltar-se a elas, complementou que:

É fundamental que juízes descubram o caminho de estarem mais próximos à sociedade, para reconhecerem suas demandas e serem capazes de respondê-las. [...] Os destinatários da nossa preocupação são os excluídos do direito ao desenvolvimento, à saúde, à educação e, muitas vezes, excluídos do próprio alcance ao Poder Judiciário, sobretudo se esse Poder se restringe a uma atitude formal do juiz, encastelado em seu gabinete. [...] Mais do que identificar quem são esses excluídos, é necessário ter a capacidade de fazer uso da empatia, ou seja, se colocar no lugar do outro e a partir disso desenvolver o senso de alteridade, o reconhecimento de que a nossa existência só se justifica pela existência do outro. [...] Para que serve um Judiciário sem que haja o jurisdicionado? É necessário nos perguntarmos de que maneira podemos servir a essas pessoas, qual o caminho. Nossa missão como magistrados é prestar uma jurisdição independente, imparcial, dirigente, idônea, e facilitar o acesso à Justiça. [...] É necessário mais. Há uma dimensão cidadã da magistratura que não pode ser ignorada. E que muitas vezes é confundida com parcialidade. O juiz não se torna parcial por enxergar a realidade e por ir à sociedade em busca de melhor compreendê-la e de pôr a serviço a sua operosidade. (CORRÊA, 2024).

No mesmo sentido, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Humberto Martins (2024), durante a abertura da terceira edição do evento “Democratizando o Acesso à Justiça”, defendeu que:

É fundamental que pensemos não apenas sobre a importância da humanização do direito, mas sobre o resgate da nossa própria humanidade. O Poder Judiciário precisa estar atento para dar solução à altura das demandas sociais e de modo transparente e ativo, a fim de

proteger a igualdade e ampliar o acesso à Justiça. Quando transfiro a responsabilidade social e humanitária para a coletividade, ignoro que eu sou o principal responsável por erigir uma sociedade mais justa. (MARTINS, 2024).

Em palestra na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraíba, o juiz de Direito Antônio Carneiro (2024), apontou a necessidade da humanização no atendimento do judiciário:

A maioria dos cidadãos, muitas vezes, procuravam saber sobre um processo, mas, constrangidos, não tinham coragem sequer de se dirigir a um servidor para buscar informação. O juiz achando que é um Deus, passa por aquele povo e nem cumprimenta. [...] Com essas pequenas doses de humanidade, humildade e de esperança poderemos construir uma Justiça que será realmente merecedora da confiança, o que vai mudar a imagem do Poder Judiciário. Que não apenas os juízes sejam melhor avaliados, mas o próprio sistema de Justiça. (CARNEIRO, 2024).

A professora da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), Maria Luiza Bullentini (2022), em audiência pública na Câmara dos Deputados sobre o atendimento humanizado às vítimas no processo penal, ponderou que “sabemos do tempo exíguo e das dificuldades enfrentadas pelos profissionais de segurança pública, das áreas de saúde, mas pequenos detalhes não precisam de tanto investimento financeiro, mas de acolhimento”. Na oportunidade, Maria Luiza Bullentini (2022) complementou que algumas questões são simples: “Perguntou? Ouça a resposta! O que mais acontece é, na hora que a pessoa está respondendo, já estão olhando para outra pessoa ou para outra questão. Ou seja: falta escuta ativa. Uma questão simples: olhar nos olhos da vítima, adequar a sua linguagem a ela”. (BULLENTINI, 2022).

Isto significa que um tratamento humanizado deve prezar pela igualdade social, de modo a possibilitar que todos tenham iguais oportunidades de atendimento, e pelas diferenças humanas, uma vez que grupos sociais diferentes possuem possibilidades distintas de acesso aos serviços públicos. Uma pessoa que não foi alfabetizada não consegue acessar serviços que requerem a leitura e a escrita. Um tratamento humanizado deve considerar que para esta pessoa atingir a igualdade em seu atendimento, deverá ter acesso ao serviço de outra forma que não através da escrita. Ou seja: o atendimento será diferente para que o indivíduo seja tratado com igualdade. (REGO, 2024).

A humanização vem sendo cada vez mais discutida na Gestão Pública brasileira e sua falta é alvo frequente de reclamação dos usuários e cidadãos. Diversas parcelas da população se sentem desrespeitadas por

não conseguirem acessar serviços públicos ou por acessarem serviços de má qualidade. Para mudar esta realidade, treinamentos sobre atendimento humanizado têm sido cada vez mais frequentes, bem como a implementação de políticas públicas e planos de governo. (REGO, 2024).

Nesse contexto, é importante destacar que uma sociedade pautada na defesa de direitos (sociedade inclusiva) tem várias consequências. A primeira é o reconhecimento de que o primeiro direito de todo indivíduo é o direito a ter direitos. O Supremo Tribunal Federal adotou essa linha ao decidir que “direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades” (ADI 2.903). (RAMOS, 2018, p. 31).

Uma segunda consequência é o reconhecimento de um rol amplo e aberto – sempre é possível a descoberta de um novo direito humano – de direitos humanos exige ponderação e eventual sopesamento dos valores envolvidos. O mundo dos direitos humanos é o mundo dos conflitos entre direitos, com estabelecimento de limites, preferências e prevalências. Basta mencionar a disputa envolvendo o direito à vida e os direitos reprodutivos da mulher (aborto), direito de propriedade direito ao meio ambiente equilibrado, liberdade de informação jornalística e direito à vida privada, entre inúmeras outras colisões de direitos. (RAMOS, 2018, p. 31).

Por isso, para André de Carvalho Ramos (2018, p. 31) não há automatismo no mundo da sociedade de direitos, não basta anunciar um direito para que o dever de proteção incida mecanicamente. Pelo contrário, é possível que o conflito e colisão entre direitos exijam sopesamento e preferências entre os valores envolvidos. Por isso, nasce a necessidade de compreendermos como é feita a convivência entre direitos, nos quais os direitos de diferentes conteúdos interagem. Essa atividade de ponderação é exercida cotidianamente pelos órgãos judiciais nacionais e internacionais de direitos humanos. (RAMOS, 2018, p. 31).

Nesse norte, muito se discute sobre a utilização da inteligência artificial pelo Sistema de Justiça, em especial, o Poder Judiciário, que atualmente está sobrecarregado com o número de processos a serem apreciados, por isso investe em tecnologias para garantirem melhor eficiência, economia e agilidade.

Os riscos de automatizar o serviço Judicial ainda são desconhecidos de forma efetiva, mas já começaram a ser sentidos pelos olhares atentos dos usuários do Sistema de Justiça, que tão pouco sabem sobre tecnologia e inteligência artificial.

3 Inteligência Artificial e sua utilização pelo Sistema de Justiça

A implementação de novas tecnologias pelo Sistema de Justiça para a otimização de procedimentos internos dos órgãos públicos e incentivo e elogios, como a implementação do Processo Judicial Eletrônico (PJe), que permitiu a continuidade dos serviços de Justiça durante a pandemia da COVID-19, período de emergência sanitária e rígidas restrições. Diferente ocorre quando a utilização da tecnologia envolve a substituição da presença humana na atividade, no exercício da atividade-fim, particularmente quanto a elaboração de decisões e sentenças.

Há muitos anos se discute a sobrecarga especialmente do Poder Judiciário, que recebe mais processos que a eficiência da mão humana é capaz de gerir. Dessa forma, a prestação do serviço não é célere e nem econômica, podendo, inclusive, resultar em riscos para as partes que utilizam o Sistema de Justiça para resolver seus conflitos, não raras vezes de caráter urgente e que necessitam de respostas rápidas.

Segundo a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, o Painel Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) consolida os dados de todos os tribunais, até o dia 29/02/2024, existiam 82.788.866 processos pendentes de análise nos Tribunais. Em apenas dois meses, a quantidade de processos ajuizados alcançou 4.715.010, em contrapartida, os processos baixados foram 4.490.328. (CNJ, 2024).

Considerar a obrigatoriedade de que os processos sejam julgados de forma personalíssima pelos magistrados, garantindo quantidade e qualidade, aparenta ser humanamente impossível, considerando todas as intervenções e obrigações que são exigidas de cada servidor e magistrado e a demanda que aumenta diariamente. Por isso as novas tecnologias são recebidas e utilizadas com otimismo pelos Tribunais.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fez levantamento em 2022 que apontou expressivo aumento do número de projetos de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário. A pesquisa identificou 111 projetos desenvolvidos ou em desenvolvimento nos Tribunais. Os principais motivos para o uso da IA é o aumento da produtividade, busca de inovação, melhora na qualidade dos serviços judiciários e redução de custos. (CNJ, 2022).

Para Rafael Leite (CNJ, 2022), “a automação de rotinas e tarefas burocráticas, que antes apresentava alto grau de dificuldade, passa a ser possível com o uso da IA, reduzindo as etapas formais de um processo

judicial e permitindo que o foco passe a ser uma abordagem mais humana, voltada para bem atender os jurisdicionados”.

Ao conceituar a inteligência artificial, CAMBI e AMARAL (2023) assim descrevem:

A inteligência artificial se baseia, especialmente, no uso de uma sequência lógica de instruções provenientes de uma linguagem de programação, denominada de algoritmo.

Algoritmo é a descrição sequencial dos passos que devem ser executados, de forma lógica, com a finalidade de facilitar a resolução de um problema.

Os algoritmos utilizam probabilidades em suas previsões e, apesar de não fornecerem respostas precisas a todas as questões, podem analisar os dados fornecidos (inputs) e oferecerem “palpites” coerentes. Os sistemas de inteligência artificial têm evoluído de modo significativo, aproximando-se cada vez mais da forma como as ações humanas são executadas. (CAMBI; AMARAL, 2023).

Flávio Iassuo Takakura e Luciana Gaspar Melquíades Duarte (2024) destacam que o software é elaborado para “ao analisar um grande grupo de dados, identificar padrões que são armazenados, podendo ser comparados com um padrão previamente dado, ou seja, quando novos dados são inseridos, a IA compara esses novos dados aos armazenados e faz uma previsão ou toma uma decisão”.

Sobre o assunto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019) assim manifestou:

Quando o assunto vem à tona, a tendência é imaginar sistemas que tenham poderes semelhantes aos seres humanos, especialmente no tocante às suas capacidades cognitivas. O consenso entre os estudiosos do tema é a divisão entre dois tipos de IA, a Inteligência Artificial Geral – AGI ou “IA forte” e a “IA fraca”.

A “IA forte” ou “inteligência geral” é justamente aquela comum às discussões no âmbito da ficção científica. As soluções atuais de IA não podem ser comparadas à AGI. Embora indiquem a possibilidade de aprendizagem, raciocínio e adaptação, faltam outros elementos.

De outro lado, a “IA fraca” tem sido amplamente difundida, utilizada para fins específicos, em casos de uso restritos. O atual estágio da IA está limitado à IA fraca. Ainda que a expressão possa parecer depreciativa, esses casos de uso estão entregando grandes resultados no processamento de informações e na sua transformação em resultados importantes para as organizações. (CNJ, 2019).

Para melhor compreender como as inteligências artificiais são

inseridas nas atividades do Judiciário, esses sistemas foram divididos em quatro grupos. O primeiro é dedicado para as “atividades-meio” desses órgãos, que são atividades que não influenciam na tomada de decisões, como, por exemplo, os *chatbots*, que ajudam os funcionários a tirar dúvidas sobre gestão de pessoas e recursos humanos, em assuntos envolvendo férias, bonificação, etc. Nesta linha, existe o sistema chamado AMON, que coleta fotografias das pessoas que entram com frequência nos tribunais, assim, esses indivíduos não precisam passar diariamente pelo Raio-X para adentrar àquela unidade. (FGV, 2024).

A maioria das ferramentas tecnológicas utilizadas pelo Poder Judiciário no Brasil estão enquadradas na segunda categoria, que englobam os sistemas voltados para “atividades-fim”, e colaboram na prestação jurisdicional ao realizar tarefas administrativas como transcrição de audiências. Essas tecnologias apoiam diretamente a gestão dos gabinetes ao realizar atividades administrativas para auxiliar os juízes em seus processos de decisão. (FGV, 2024). O sistema ATHOS do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se encaixa nessa categoria, e o LARRY do Tribunal de Justiça do Paraná, que agrupa solicitações sob temas similares. O sistema LARRY consegue identificar processos com um mesmo tipo de pedido distribuídos no Estado, como danos morais, solicitações de medicamentos, entre outros. (FGV, 2023).

O terceiro tipo de IA também auxilia na prestação jurisdicional, mas além de classificar e fazer triagem de processo, essas tecnologias se aproximam mais dos juízes e os auxiliam na elaboração de minutas das decisões, sentenças, etc. Portanto, possuem finalidade voltada às atividades jurisdicionais que podem ter influência na tomada de decisões. Alguns sistemas, como o VICTOR, são capazes de analisar em 5 segundos se um processo tem chance de se enquadrar como ‘repercussão geral’, permitindo ao servidor depositar esforços em outra atividade, em vez de passar 44 minutos analisando se aquele processo tem chance de repercussão geral ou não. (FGV, 2023). Outro exemplo de ferramenta que atua neste sentido é a ELIS, do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), que faz a triagem de processos de execução fiscal e de cobrança de dívida, informa se a cobrança de um determinado débito ainda é passível de ocorrer, se essa cobrança já ultrapassou os 5 anos permitidos em lei para o indivíduo ser cobrado (prescrição e decadência) etc., mas sempre sob uma dupla supervisão humana, sendo de algum servidor, e depois, do próprio juiz. (FGV, 2023).

Por último, o quarto grupo de IA no Judiciário Brasileiro e menos utilizado é voltado para a etapa de reconciliação, utilizando informações

de processos judiciais anteriores que são similares, para verificar quais casos são mais passíveis de terminarem em conciliação entre as partes envolvidas no processo. O sistema analisa informações como o tipo de apelo, o litigante, entre outras informações, para indicar os processos que possuem mais chances de uma solução amigável do litígio, no intuito de embasar melhor o juiz para que ele possa tomar sua decisão. O Tribunal de Justiça do Trabalho da 12ª Região possui sistema com essa funcionalidade. (FGV, 2023).

Como é possível perceber, a maioria dos sistemas adotados pelos Tribunais no Brasil necessita que um especialista gerencie o processamento para a garantia do seu bom funcionamento e efetividade. Mas, é crescente a utilização de sistemas que auxiliam na elaboração de textos jurídicos, no reconhecimento de detentos através da face, na identificação da classe e assunto do processo a partir das palavras utilizadas na petição inicial, a realizar movimentos processuais e decisões de magistrados com a devida autorização competente.

Decisões que resultam de sistemas de inteligência artificial carecem de atenção redobrada dos representantes das partes no processo, pois, apesar de existir certa confiança na tecnologia, erros acontecem com frequência, até mesmo com os comandos mais simples.

Apesar da inteligência artificial ser amplamente defendida e utilizada pelos Tribunais, com críticas em sua maioria positivas, também existem críticas negativas que aguçam o ceticismo das pessoas, em especial, quanto a ausência de imparcialidade e incapacidade dos algoritmos corrigirem estereótipos e preconceitos trazidos pelos próprios programadores.

Os pesquisadores Eduardo Augusto Salomão Cambi e Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral (2023) assim descrevem a inteligência artificial utilizada no Poder Judiciário:

A ferramenta, que antes se restringia a realizar automaticamente comandos previamente programados e delimitados, hoje pode – por meio do aprendizado de máquina (Machine Learning) – gerar padrões de respostas, em questão de segundos, partir da conexão com diversas bases de dados, sem a necessidade de nenhuma intervenção humana. Por exemplo, o uso do ChatGPT, lançado em novembro de 2022, como uma ferramenta de *chatbot* online de inteligência artificial, tem causado diversas reações na comunidade científica, seja pela sua versatilidade (já que pode compor músicas, poesias, contos de fadas e textos acadêmicos), seja pelos riscos causados por uma tecnologia cujos efeitos são ainda incertos (v.g., a expressão de opiniões políticas tendenciosas, a realização de diagnósticos médicos imprecisos, o incentivo ao plágio

acadêmico ou a investimentos financeiros direcionados).

A expectativa de imparcialidade e objetividade que se depositou nas máquinas não foi plenamente correspondida, porque se pode perceber tanto a sua incapacidade de corrigir os vieses cognitivos, estereótipos e preconceitos trazidos pelos programadores, quanto a possibilidade de, em contato com determinadas bases de dados, reforçar padrões discriminatórios e injustiças sociais preexistentes.

As decisões algorítmicas são fruto do uso do aprendizado de máquina e perdem transparência e auditabilidade à medida que se desenvolvem. Com isso, aumentam os riscos para a sociedade, especialmente para os grupos não hegemônicos, que podem ter seus direitos humanos violados com a ocorrência do fenômeno denominado de discriminação algorítmica.

A discriminação algorítmica pode ocorrer por reflexo da programação humana, mas também pelo uso de uma base de dados ampla, com a reprodução de padrões discriminatórios existentes na sociedade (como a reprodução de padrões machistas, misóginos, sexistas, racistas, aporofóbicos ou homotransfóbicos).

Nesse sentido, apontam Gustavo Avila e Thais Corazza (2022) que “é possível concluir que um algoritmo criado por seres humanos enviesados provavelmente sofrerá do mesmo ‘mal’, não propositalmente, mas em decorrência das informações que o sistema forneceu”.

É indiscutível que todo ser humano traz consigo tendências cognitivas, religiosas, ideológicas e políticas, seja de forma consciente ou inconsciente, o que interfere nas suas decisões pessoais.

Como os seres humanos responsáveis pela programação das máquinas não são neutros, e nem sempre se preocupam em serem imparciais, é comum que a inteligência artificial seja alimentada com dados imperfeitos e imprecisos, sem prévia constatação ou sem precisão científica. Dessa forma, os algoritmos reproduzem injustiças por meio da heurística, com a repetição de vieses cognitivos discriminatórios. (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2024).

Por exemplo, Joy Buolamwini, estudante negra do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), não foi reconhecida por um software de análise facial que não estava programado para tons de pele e estruturas faciais variadas, porque o programa somente era acessível para pessoas brancas (REQUIÃO, 2024).

E além da influência dos programadores nos algoritmos, no atual cenário brasileiro, as informações sobre o uso concreto dos sistemas

de IA e/ou automação na tomada de decisão judicial são praticamente inexistentes, confusas e contraditórias. Assim, dois problemas se destacam: a (falta de) transparência nos sistemas de IA e os vieses cognitivos replicados na decisão judicial com o uso de IA. A falta de transparência é marcada pela dificuldade de acesso às informações relativas ao uso de IA, haja vista que os websites oficiais e os boletins dos tribunais informam apenas de forma esparsa se alguma IA está em uso nas decisões judiciais ou se está em instalação. (TOLEDO; PESSOA, 2024).

Sabemos que na decisão judicial a norma geral e abstrata é interpretada de forma individual, levando em consideração as particularidades de cada caso e das partes. Portanto, a tomada de decisões judiciais implica não apenas o conhecimento de dados, mas também de elaboração de juízos de valor sobre atos, fatos, interesses que compõem o litígio.

Para Cláudia Toledo e Daniel Pessoal (2024):

a valoração de algo como bom (juízo de valor) ou como devido/correto (juízo de dever) deve ser atividade exclusivamente humana, pois a determinação da vida cabe ao próprio indivíduo e à sociedade na qual se insere, sob pena de alienação de sua capacidade de auto-determinação, de liberdade. A delegação à IA dessa competência decisória pode significar alienação da liberdade, que, como direito fundamental, é inalienável.

Não obstante, a IA não consegue (hoje) realizar juízos de valor – pode reproduzi-los, caso inseridos subliminarmente no seu código, mas não os elabora autonomamente. O algoritmo é programado para identificar os dados e suas características para então classificá-los conforme seu código matemático, “rotulando” tais dados “encaixotando-os” nas alternativas de modelos prefixados como resultados possíveis.

[...] Os algoritmos, que são base para toda a aprendizagem da IA, ou as regras de automação de algum programa para lidar com os atos processuais, são limitados à dimensão linguística do Direito, sem possibilidade alguma de apreensão e processamento sobre os acontecimentos reais acerca da relação sociojurídica desenvolvida antes, durante e depois do processo judicial. (TOLEDO; PESSOA, 2024).

A inteligência artificial tem sido utilizada pelo Sistema de Justiça para solucionar diversos problemas humanos, como a impossibilidade de resposta em tempo e quantidade necessários para atender a demanda dos Tribunais, mas a medida que sistemas substituem o servidor ou magistrado, aumenta o risco para a sociedade, uma vez que o atendimento perde a capacidade de ser empático e personalizado, afastando a humanização da Justiça.

4 Considerações finais

Os breves questionamentos apresentados demonstram que a utilização da inteligência artificial pelo Sistema de Justiça é tema complexo, e, apesar de recente, a necessidade de estudos, transparência e imposição de limites na implementação dos recursos tecnológicos é matéria urgente.

Importa destacar que não há necessidade de afastar ou dificultar o uso de mecanismos digitais pela Justiça, contudo, pondera-se que os serviços jurídicos possuem natureza humana, carece de atendimento humanizado, sob pena de que decisões resultantes de algoritmos não sejam efetivas, perdendo a sua maior finalidade que é a garantia dos direitos individuais, coletivos e sociais, bem como a solução de conflitos entre os cidadãos, entidades e Estado.

É prematura e imprudente a implementação de sistemas de inteligência artificial que influenciam diretamente na elaboração das decisões e sentenças judiciais. As percepções dos casos apresentados em juízo somente podem ser compreendidas por seres humanos, afinal, tratam sobre relações humanas.

Além disso, vivemos em um país onde as desigualdades sociais são gritantes, e se o Sistema de Justiça não tiver o atendimento humanizado como prioridade, cada vez mais os cidadãos estarão distantes de uma prestação jurisdicional efetiva, distantes até mesmo do próprio direito ao acesso à Justiça.

Portanto, ainda é cedo para concluir se a utilização da IA possui efeitos positivos ou negativos para o cidadão. Contudo, pode-se dizer que o atendimento humanizado está em risco, pois cada vez mais será implementada a autonomia de sistemas, incapazes de desenvolver empatia ou oferecer tratamento personalizado a partir das necessidades de cada jurisdicionado.

Referências

ÁVILA, Gustavo Noronha; CORAZZA, Thaís Aline Mazetto. **Os vieses algorítmicos na função decisória dos sistemas de inteligência artificial. Revista da AJURIS - QUALIS A2.** [S. l.], v. 49, n. 152, p. 181–210, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1230>. Acesso em: 15 mai. 2024.

BULLENTINI, Maria Luiza. Agência Câmara de Notícias. **Especialistas**

alertam para necessidade de atendimento humanizado no processo criminal. 2024. <https://www.camara.leg.br/noticias/854203-especialistas-alertam-para-necessidade-de-atendimento-humanizado-no-processo-criminal/> 2024. Acesso em: 15 mai. 2024.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; AMARAL, Maria Eduarda Toledo Pennacchi Tibiriçá. **Inteligência artificial no Poder Judiciário, discriminação algorítmica e direitos humanos fundamentais.** SUPREMA. Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-218, jul./dez. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Inteligência artificial na Justiça. Conselho Nacional de Justiça. Coordenação José Antônio Dias Toffoli; Bráulio Gabriel Gusmão. – Brasília: CNJ, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça 4.0: Inteligência Artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros. 2022. Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros>. Acesso em: 15 mai. 2024a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel Justiça em Números. 2024. Brasília. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 15 mai. 2024b.

CORRÊA, Lelio Bentes. ‘O Judiciário precisa se humanizar’, diz ministro Lelio Bentes Corrêa em palestra na Emerj. 2017. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5192924>. Acesso em: 15 mai. 2024.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLK ART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. Revista dos Tribunais, v. 107, n. 995, p. 635-655, set. 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Projeto mapeia sistemas de inteligência artificial utilizados pelo Judiciário Brasileiro. 2023. Disponível em: <https://rededepesquisa.fgv.br/noticia/projeto-mapeia-sistemas-de-inteligencia-artificial-utilizados-pelo-judiciario-brasileiro>. Acesso em 15 mai. 2024.

GOLEMAN, Daniel. FOCO: a atenção e seu papel fundamental para o sucesso. 1^aEd. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. Pg. 99-115.

MARTINS, Humberto. Em evento do CNJ, Humberto Martins

defende humanização do direito por mais democracia e cidadania.

2022. Disponível em:<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02022022-Em-evento-do-CNJ--Humberto-Martins-defende-humanizacao-do-direito-por-mais-democracia-e-cidadania.aspx>. Acesso em: 15 mai. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REGO, Marina Macedo. **A Necessidade da Humanização na Prestação de Serviços Públicos.** Disponível em: <https://radar.ibegesp.org.br/a-necessidade-de-humanizacao-na-prestacao-de-servicos-publicos/> Acesso em: 15 mai. 2024.

REQUIÃO, Maurício; COSTA, Diego Carneiro. **Discriminação algorítmica: ações afirmativas como estratégia de combate.**

2022. Disponível em: <file:///D:/Downloads/804-Texto%20integral-1286-1832-10-20221225.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2024.

SCHWELLER, Marcelo. **O Ensino de empatia no Curso de Graduação em Medicina.** 2014. Tese (Doutorado em Clínica Médica). Faculdade de Medicina Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: file:///D:/Downloads/schweller_marcelo_d.pdf. Acesso em: 15 mai. 2024.

SINGER, Tania; CRITCHLEY, Hugo D.; PREUSCHOFF, Kerstin. **A common role of insula in feelings, empathy and uncertainty. Trends in Cognitive Sciences.** v.3, n. 8, p. 334-340. 2009.

STEPHENS, Greg J; SILBERT, Lauren J.; HASSON, Uri. Speaker-listener neural coupling underlies successful communication. **PNAS**, v. 107, n. 32, p. 14.425- 14.430. 2010

TAKAKURA, Flávio Iassuo; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Inteligência artificial no direito: dilemas e contribuições. Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência,** v. 8, n. 1, p. 1-23, jan./jul. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/8633/pdf>. Acesso em: 15 mai. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Jairo Melo. **Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário.** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial>. Acesso em: 15 mai. 2024.

Capítulo 2

O DIREITO, O JUIZ E A FIDELIDADE CONSTITUCIONAL

Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho¹

1 Introdução

Vivemos no mundo das leis, mas o *Império do Direito é o que nos interessa*, às pessoas que queremos ser e à comunidade que pretendemos ter. Em ambos os casos (Mundo das Leis e Império do Direito) os homens do povo são vistos como iguais; no primeiro caso porque, enquanto escravos, não são nada e no segundo caso porque, enquanto soberanos, são tudo.

Muitos recursos são empregados para manter os homens cheios de leis, porém, vazios de direitos. A *manipulação da linguagem é um destes recursos letais*, escondendo com o que se diz, aquilo que se pretende fazer, a exemplo da inscrição posta na entrada do campo de extermínio polonês de Auschwitz “*Arbeit macht frei*” - *O trabalho liberta*.

Na jornada humana podemos ver que a Razão acendeu as luzes, a Igualdade fundou o Direito e a Liberdade forjou as Democracias. O Estado Democrático de Direito foi a maior aposta humana de que as pessoas, uma por uma, governariam a si mesmas, mediante o uso de leis gerais, universais e racionais, libertas do poder dos tiranos e da própria tirania. Porém, na forja da democracia uma questão incomoda foi evitada: *juízes devem ser leais à Constituição e às Leis?*

Não ficou suficientemente claro em que medida os juízes estariam obrigados a decidir aplicando a Constituição e as Leis, do mesmo modo não ficou claro sequer se tal obrigação existiria entre nós. Este fato pode explicar porque as pessoas estão na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de *um aceno de cabeça do juiz* do que em razão das

¹ Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Professor de Direito Penal e Direito Constitucional. Programa Problemas Fundamentais de Direito Penal e Processo Penal na George August Universität Göttingen-Germany. Membro da Comissão Estadual de Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Estado de Minas Gerais. Revisor Editorial da De Jure - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Contato: patrício.jus@gmail.com

normas gerais produzidas pelo Congresso Nacional e porque a dignidade e a ruína dos acusados estão dependuradas no *modo pessoal com que os juízes escolhem seus argumentos preferidos*. A questão fundamentalmente importante é saber quais direitos os participantes do processo judicial terão se os juízes não estiverem realmente obrigados a decidir as demandas aplicando as convenções políticas previamente convertidas na forma jurídica do Direito.

2 O Direito para quem fala sobre textos e para quem fala sobre fatos

Os normativistas defendem que os direitos podem ser conhecidos e demonstrados consultando o que dizem as Leis Jurídicas e a Ciência do Direito.

A crença dos normativistas, expressa ou tacitamente, pressupõe que haja *uma correspondência entre o que os direitos são no mundo das formas jurídicas e o que são no mundo dos fatos*. Entretanto, a prática judicial nega que o Direito Positivo e a Ciência do Direito sejam capazes de demonstrar às pessoas do povo quais de suas expectativas normativas corresponderiam a direitos de fato.

Os realistas, sobretudo, os norte-americanos, defendem que *os direitos são aquilo que os juízes dizem que eles são*. Em certa medida, o que alegam é que *quando os juízes usam as palavras, elas significam o que eles querem que elas signifiquem (nem mais nem, menos)*, e mesmo quando eles dão a elas sentidos muito diferentes, o que realmente importa é *o poder que eles têm de agir assim*, ou seja, só importaria saber **quem é que manda**, nada mais.

A crença dos Realistas parece encontrar lastro também nos processos judiciais brasileiros, especialmente nos criminais, onde os juízes estão **desligando o objeto dos direitos de suas respectivas formas jurídicas**, substituindo aquele por *entendimentos particulares que se validam mediante um poder de fato, ou seja, por um poder de mando*. Não há aqui conjectura, antes houvesse.

Ricardo Lewandowski, Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento da ADO 26, em 16 de junho de 2019, defendeu abertamente em seu voto que os desafios da realidade **não deveriam ser enfrentados com fidelidade a Constituição** e que todos os juízes de forma audaz **aceitariam ultrapassar os limites tradicionais**, dando a si mesmos

os poderes que entendessem necessários e suficientes para que os Poderes Legislativo e Executivo fossem subjugados por eles, os juízes.

Humberto Gomes de Barros, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, expos a filosofia do direito que vigora entre os magistrados, ainda que já a conhecêssemos as declarações foram especialmente importantes para ajudar os mais céticos.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. [...] O pensamento daqueles que não são Ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que pensamos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico é uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar assim seja.

R. Lewandowski e H. G. Barros expuseram o fato de que os juízes atuam livres dos demais Poderes da República (dando por superado o Checks and Balances System) e das Autoridades Acadêmicas. Estes fatores indicam que os juízes se *interessam mais em aumentar a indeterminação do Direito* do que em diminuí-la. Neste sentido, quanto maior for a crença na indeterminação do Direito maiores serão os poderes, a importância e o orçamento da magistratura, por consequência, *mais distante ficará a prática judicial das formas positivas do Direito*. Afinal, o realismo jurídico é, antes de tudo, uma concepção que os juízes criaram para si mesmos. A conhecida frase “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more are what I mean by the law*” não veio de um cidadão, legislador, político ou filósofo do Direito, veio de um juiz, Oliver Holmes.

3 Para além do Direito Processual Penal

Há quem veja nos recebimentos de denúncias sem justa causa, nas obstruções a produção de provas, na generalizada ação coordenada entre juízes parciais e promotores com jurisdição, nos abusos das prisões cautelares, nas valorações de provas com vieses punitivistas e no mal tratamento dado aos defensores e às suas defesas, *problemas próprios de dogmática*

processual penal ou de uma *divergência teórica* sobre a funcionalização de jaez inquisitório que estaria deturpando a prática persecutória penal. Há também os que creem que as referidas posturas dos juízes resultariam de *divergências sobre certos fatos*, o que provocaria uma leitura incorreta sobre qual seria a norma jurídica mais adequada em cada caso. Em menor número estão os que tratam estas situações como *meros erros hermenêuticos judicantes* sobre o que dizem a Constituição, as Leis e a Ciência do Direito.

O que vejo caminha em outra direção. Sei que os penalistas e juristas mais brilhantes quase nunca foram os que receberam maior destaque neste mundo ainda muito escuro, e que seus trabalhos e ideias abstratas, verdadeiras flores da inteligência civilizada, nem sempre encontraram terras generosas que lhes dessem abrigo e que, por este motivo, estas flores se perderam. Porém, isto não muda o fato de que esta terra precisa muito mais das flores do que as flores precisam dela.

Tentarei mostrar que os desafios impostos pela prática punitiva estatal não podem ser compreendidos, explicados, respondidos e enfrentados apenas pelo ponto de vista do Direito Processual Penal. Receio que este olhar esteja suprimindo a substância, a essência e a gravidade do verdadeiro problema do Direito: *a desobediência judicial*.

4 Os juízes aos olhos das Ciências Jurídicas

Não há exagero na afirmação de que os maiores opositores ao Direito Penal e ao Processual Penal foram e são os juízes.

Beccaria em seu Dei Delitti e Delle Pene (1764), a obra de viés criminal humanitário mais expressiva da segunda metade do século XVIII, descreveu os gravíssimos abusos levados a cabo pelos juízes de seu tempo e identificou com precisão uma questão especialmente importante: *a crença comum entre os juízes de que a insubmissão às normas jurídicas fosse um de seus direitos*.

Von Liszt, autor da primeira ciência global de Direito Penal conhecida como Programa Universitário de Marburgo, publicado em 1882 com o título Der Zweckgedanke im Strafrechet (A Ideia de Fim no Direito Penal), já mirava a normatividade do Direito Penal contra os juízes. Para racionalizar a prática punitiva seria necessário declarar, sem meias palavras, *que os juízes também estavam obrigados e limitados pelo império das leis*. Para Liszt, enquanto o *nullum crimen, nulla poena sine lege* fosse o limite da interpretação das leis penais, a ciência jurídica manteria sua importância

política.²

Volksgerichtshof-VGH, o Tribunal do Povo, foi criado em 24 de abril de 1934 pelo o Terceiro Reich na cidade alemã de Leipzig com o propósito de atender as agendas políticas do chefe político.³ Os seus juízes acumulavam a função judicante e a função acusatória, mantinham controle sobre o conjunto probatório e sua produção, inviabilizavam o exercício da defesa técnica, os advogados simplesmente acompanhavam os procedimentos judiciais, os acusados eram submetidos a antecipação de pena e a encarceramentos policiais sem a prova da culpa e sem o processo, denúncias atendiam a agendas particulares, supervalorizavam os conceitos de *Povo, Jurista e Direito*, não estavam vinculados ao dever de imparcialidade, recorriam a conceitos indeterminados, a liberdade e a legalidade eram desvalorizadas, uma aparente observância à Constituição e aos direitos era encenada, juízes zelavam por uma imagem carismática, imprimiam uma jurisprudência de crise para justificar um permanente estado de exceção, centravam-se nos princípios de lealdade e fé no Führer, os juízes eram obcecados pelos julgamentos por traição, eram nomeados por indicação política, gozavam de alto status junto a administração nazista, tinham por objetivo proteger o Estado e a ideia de Povo, seguiam uma agenda político-ideológica, eram indiferentes ao potencial lesivo das condutas puníveis, seguiam uma hermenêutica teleológica voltada exclusivamente a satisfação da vontade do líder político e não se submetiam a qualquer compromisso com o Direito posto, substituído pela vontade do chefe, verdadeiro e único juiz supremo.

Hans Kelsen, um dos maiores filósofos do Direito do Séc. XX, já na apresentação da primeira edição de sua Teoria Pura do Direito (1934), registrou o propósito do projeto teórico de sua vida, *libertar a Ciência do*

2 “O Código Penal é a Carta Magna do delinquente. Não protege a ordem jurídica, nem a comunidade, senão o indivíduo que contra esta obrou. Dispõe para ele o direito a ser castigado só se concorrem os requisitos legais e dentro dos limites estabelecidos pela lei [...] A lei penal não só determina o objeto e a extensão da pena, senão também os requisitos de sua aplicação como circunscrever a ideia do crime: o arbítrio é excluído, o caso concreto cai sob o império de regras fixas e obrigatórias. O direito penal é a barreira intransponível da política criminal”.

3 Entre 1933 e 1944, o VGH pronunciou cerca de 13.000 sentenças de morte; [...] Os efeitos do regime a partir de então instaurado foram sentidos de modo mais brusco na esfera processual penal, ambiente burocrático no qual se cumpriram formalidades que resultaram em cerca de 31 mil mortos em Dachau, 56 mil em Buchenwald, 102 mil em Mauthausen, 202 mil em Auschwitz, 250 mil em Sobibor, 904 mil em Treblinka e 900 mil em Auschwitz-Birke, apenas para citar os centros de extermínio mais conhecidos (cf. AMADO, 2009, p. 31-32).

O auge da violência desse tribunal deu-se em 1944, no qual há registros de 4.379 acusados, 2.079 penas de morte, 15 de prisões perpétuas, 1.374 de trabalhos forçados, 331 de prisões simples, 2 multas, 22 restrições de direitos e 489 absolvições; não se tem ciência do resultado de cerca de 67 casos (cf. KOCH, 1997, cit.).

Direito da Política e daqueles que guardavam mais amor ao poder do que ao espírito. Logo que o partido nazista chegou ao poder, professores como Kelsen, Jellinek, Heller e Radbruch foram demitidos, por serem de origem judaica ou opositores ao Reich.

Hans Welzel, o grande penalista alemão de Bonn, conhecido por seu Sistema Penal estruturado sobre a Teoria da Ação Finalista (1951), também tinha sua preocupação direcionada aos arbítrios dos juízes. Pouco compreendida entre brasileiros, a questão central no projeto de Welzel foi *a limitação dos abusos políticos e judiciais*. Reconhecer e defender a existência de uma estrutura ordenada do mundo real a qual as leis penais e os juízes devessem observar, foi a forma que o penalista encontrou para *frear uma prática judicial processual penal exageradamente normativa, abstrata e interpretativista, completamente entregue aos arbítrios e devaneios dos juízes*. Amarrar a estrutura do tipo penal às coisas do mundo real teve a função de impedir que legisladores e, sobretudo, juízes usassem suas predileções políticas *psiconormativas* como fundamento para prática punitiva. Em síntese, Welzel prescreveu *o mundo real como antídoto ao decisionismo judicial*.⁴ Vale lembrar que Carl Shmidt e Georg Dham, haviam defendido que o juiz criminal não encontrava o sentido ou as limitações da conduta penalmente relevante na lei penal e sim no “são sentimento do povo alemão” e nos “anúncios do Führer”.

Ronald Dworkin, tido por muito como o mais expressivo cientista, teórico e filósofo do Direito dos últimos tempos, observou com exatidão que *pequenos movimentos judiciais seriam suficientes para roubar do Poder Legislativo o protagonismo democrático na definição dos direitos das pessoas*.

A Universidade Federal de Minas Gerais em pesquisa realizadas entre os anos de 2012 e 2020, indicaram que no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 80,5% dos erros judiciários são condenações que descumpiram textos expressos de lei penal.

A Subcomissão de Combate a Tortura da ONU, após visita ao Brasil, relatou que o país não é deficitário em aparato normativo, entretanto, tem

4 El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para [...] comprender también correctamente las valoraciones jurídicas. (GS 103, p. 346). Pois somente a disposição dos conhecimentos em sistema torna possível sujeitar ao império dos princípios todas as particularidades, pois sem este pronto e seguro império, abandonada ao arbítrio e ao azar, a aplicação do direito não passará de dilettantismo”.

por cultura ignorar a maioria das garantias e dos direitos dispostos na legislação nacional, sendo que a maior parte das recomendações solicitavam que as autoridades respeitassem as leis brasileiras existentes.

Outras tantas Referências poderiam ser citadas, de Roxin a Jakobs e a Habermas, da Filosofia Pura ao Direito Penal e à Criminologia, em todas elas os arbítrios judiciais se revelariam uma preocupação fundamental. Creio que as Referências trazidas tenham sido bastantes para demonstrar que a desobediência judicial ao Direito não é um acaso e não são eventos isolados.

Para sairmos deste vale é preciso que uma premissa ofereça uma direção. Acredito que tenha chegado o tempo de entendermos que *ainda que os juízes tenham a última palavra nos processos judiciais, esta palavra não é a melhore por esta razão e não a coloca a salvo do escrutínio inteligente da razão crítica e das imposições da inteligência humana.*

5 A questão central é Constitucional

Vou mostrar que uma *Particular Analytical Jurisprudence*⁵ não é capaz de mostrar a crise que acomete o Processo Penal brasileiro, ao passo que uma *General Analytical Jurisprudence*⁶ nos permite verificar que na verdade as minudências da dogmática processual penal nunca foram

5 A *Particular Analytical Jurisprudence* toma em conta as leis positivas conforme elas se mostram em suas condições específicas. Então, a título de exemplo, havendo dez pontos de incoerência na prática processual, cada um dos dez pontos será considerado individualmente segundo sua especificidade, sendo que a questão problema será lida e respondida nos termos e limites de seus próprios elementos.

Neste sentido, um problema jurídico envolvendo o recebimento de denúncias sem justa causa será sempre uma questão referente as elementares do art. 41, do CPP. Do mesmo modo, um problema jurídico envolvendo a dosimetria da pena, será sempre uma questão sobre as elementares legais dos artigos que regulam a matéria, artigos 59 e seguintes do CP, e todas as demais que, por sua especificidade, incidirem no caso. O mesmo se daria nos problemas jurídicos referidos a a) produção probatória, b) regime inicial de cumprimento de pena, c) dessimetria das penas, d) prisões cautelares, etc.

6 A *General Analytical Jurisprudence* persegue uma ordem diferente de compreensão e tem por objeto de conhecimento aquilo que há de essencial, inevitável e necessário em qualquer sistema legal positivo. Na análise de questões problemas do Direito, ela se interessa mais pelos fatores determinantes estruturais e menos pelos distintivos especializantes. Então, a título de exemplo, nas situações problemas, tipicamente processuais penais, arroladas acima, uma abordagem científica analítica geral induziria o interesse por padrões comuns possíveis de serem verificados nas situações analisadas. A questão, então, ultrapassando as especificidades de cada um dos casos, se concentraria em saber porque os julgadores sobrepujaram suas opiniões particulares às normas jurídicas aplicáveis naqueles casos. Esta abordagem pode mostrar que realmente as especificidades de cada caso eram irrelevantes (miragens) e que o sentido real do problema analisado responde a questões de ordens diversas.

determinantes, sequer relevantes, para o modo como os direitos foram historicamente violados nas casas de (in) justiça.

As atuações judiciais que provocam com maior clareza a irresignação dos processualistas penais são aquelas que contrariam a literalidade dos textos jurídicos. Exemplos:

1. Recebimento de denúncia sem justa causa.
2. Obstrução de produção de provas consideradas relevantes pela defesa.
3. Valoração de provas para atender vieses acusatórios.
4. Fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o fixado em lei.
5. Recusa de attenuação de pena prevista em lei.
6. Decretação ou manutenção de medidas cautelares fora dos casos e termos legais.
7. Protagonismo instrutório.
8. Tergiversação decisória com violação do dever de fundamentação.
9. Tratamento preferencial e parcial, com atuação orquestrada junto ao órgão acusador.
10. Uso de responsabilidade objetiva como subterfúgio para condenações sem prova da culpa.

John Austin, inglês que desenvolveu uma Teoria Analítica do Direito, ensina que podemos analisar questões jurídicas por dois caminhos ou métodos distintos: 1) Particular Analytical Jurisprudence e 2) General Analytical Jurisprudence.

Os que se dedicam ao estudo do Direito Processual Penal, em sua maioria, se limitam a uma particular analytical (tópica), porém, é certo que apenas a general analytical pode revelar a verdadeira questão problema a ser superada. Se por um lado aquela é cega, por outro esta é evidente, bem ao gosto do que diria Welzel. Vejamos três casos ilustrativos.

Caso 1. Súmula 718 do STF: *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

O enunciado ilustra um típico caso de particular analytical, onde a atenção é projetada sobre as especificidades descritivas que particularizam *um caso*. Para ficar bem entendido vamos separar a análise geral da análise particular, nesta sumula.

A questão problema de ordem geral que a súmula reporta é: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato da determinação legal do fato (tipo) não constitui motivação idônea para a imposição de consequência jurídica mais severa do que a permitido em lei (penas, regimes e procedimentos).

Observado o problema desta forma, com viés generalista, o sentido da súmula se abre, confirmando sua versão particularista e também outras

tantas. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato da determinação legal do fato (tipo) não constitui motivação idônea para:

- a. imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada;
- b. imposição de qualificadora além do permitido segundo o tipo penal da condenação;
- c. imposição de agravantes não previstas em lei;
- d. imposição de causas de aumento de pena mais severa do que a permitida em lei;
- e. imposição de hipótese típica além das que foram previstas em lei;
- f. imposição de limitações processuais além das que foram prevista em lei;
- g. imposição de persecução penal além das autorizadas na Constituição e nas leis.

Todas estas assertivas são óbvias e corretas, uma vez que o poder e a competência para criar a matéria de Direito e Processo Penal é reservada ao Congresso Nacional por meio da criação de leis. Logo a opinião do julgador não constitui motivação idônea para imposição de nenhuma consequência *além do que o permitido segundo a lei*. O leitor poderia pensar, acertadamente, que não há nenhuma novidade na conclusão, afinal, não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal. Ora, porque criar uma súmula de viés particular quando a questão já está resolvida pela norma geral? Bem, se o leitor chegou a esta indagação é porque está no caminho certo. É fácil compreender.

Decidir casos a partir de normas gerais comunica publicamente uma mensagem política: *A fonte fundamental do Direito é o Povo e as Leis que por sua autorização o Congresso produzir*. Decidir casos a partir de súmulas e jurisprudências comunica publicamente outra mensagem política: *A fonte fundamental do Direito é aquilo que os juízes dizem, ainda que contra o Povo e as Leis que por sua autorização o Congresso produzir*.

Caso 2. Súmula 231 do STJ. *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*

O Código Penal diz expressamente que as circunstâncias arroladas no art. 65, **sempre atenuam** a pena. Nossa lei penal por excelência, lei nacional, prescreveu que as atenuantes *sempre atenuam* a pena, mas os juízes disseram que não. As decisões não apresentam como fundamentos

normas constitucionais, normas legais, ou mesmo razões determinantes, resumindo-se na afirmação não incide a atenuante porque a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que não incide a atenuante. Vejamos: “*Sobreleva o entendimento dominante nesta Egrégia Quinta Turma de que, no direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante*”⁷.

No caso 1, a sumula do STJ trouxe uma afirmação particular que escondia a desobediência geral dos juízes em relação aos direitos. Neste Caso 2, já temos uma desobediência exposta e assumida. O que o Caso 3 nos traz era algo impensável até então, a institucionalização judicial de crimes sem leis que os definam.

Caso 3. MI4733 e ADO26 STF. O Supremo Tribunal Federal inovou e adicionou judicialmente elementares nos tipos penais incriminadores previstos na Lei 7.716 de 1989 e também no art. 121, § 2º, I, “in fine”, do Código Penal.

A decisão prescreveu: *Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional, novas condutas [...], reais ou supostas, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe.*

A decisão deu a si mesma poderes e efeitos que se *protraem* no tempo (*até que venha*), efeitos que só uma nova lei penal publicada tem, portanto, efeitos de uma *novatio legis in pejus*, mediante o uso de *analogia in malam partem incriminadora*. É estarrecedor!

O Direito Constitucional, Penal e Processual Penal, brasileiros, fornecem um conjunto de princípios, regras e axiomas que formam o que poderia ser chamado de *lugar normativo comum*, onde estão as normas sobre as quais diferentes grupos e partidos podem formar acordos dirimindo divergências teóricas e práticas. Neste lugar estão, por exemplo, a legalidade, as reservas de competência legislativa, o processo legislativo constitucional com as limitações formais e as limitações materiais conhecidas como cláusulas pétreas. Ocorre que todas estas normas foram violadas. Ademais, a semelhança ao Direito Penal da República de Weimar (1933 – 1945) é mais que preocupante.

Doutrina do Nacional Socialismo Alemão 1933-1945. 1. Criou norma penal independente de lei penal. 2. Usou de analogia in mallam partem. 3. Usou de conceitos aberto e indeterminado para viabilizar o

7 (REsp n. 15.695, Relator Min. Assis Toledo).

arbítrio persecutório. 4. Defendeu que seus juízes deveriam renunciar às formas jurídicas com valentia. 5. Incrementou o conceito de perigo ao redor de casos indeterminados. 6. Substituiu o *nullum crime sine lege* (não há crime sem lei) pelo *nullum crimem sine poena* (não há crime sem pena). 7. Criou oposição entre as garantias formais e a justiça material.

Supremo Tribunal Federal. 1. Criou norma penal independente de lei penal. 2. Usou de analogia in mallam partem. 3. Usou de conceitos aberto e indeterminado. 4. Defendeu que seus juízes deveriam ultrapassar os limites com audácia. 5. Criou zonas de perigo para o autor ao redor de casos indeterminados. 6. Substituiu o *nullum crime sine lege* (não há crime sem lei) pelo *nullum crimem sine poena* (não há crime sem pena). 7. Criou oposição entre as garantias formais e a justiça material.

Este é um caso de grave desobediência judicial também por uma segunda razão. O Tribunal brasileiro flertou com concepções hermenêuticas do pragmatismo norte-americano (JOHN HART ELY), que prescreve aos juízes tomarem decisões políticas. Equivocadamente o juiz Lewandowski considerou que estaria em sua decisão fazendo algo semelhante ao que fizeram os juízes americanos no emblemático caso *Brown v. Board of Education*.

Ora, *Brown v.* foi um caso sobre *direitos civis coletivos*, cujas garantias expressas na 14^a Emenda da Constituição Americana foram confirmadas, na medida em que o fim da segregação escolar infantil se mostrou como uma necessária confirmação do texto constitucional: “*Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis*”.

Brown v. Board of Education foi resolvido afirmando que “*Instalações educacionais separadas são inherentemente desiguais e privam os autores da igual proteção das leis garantida pela Décima Quarta Emenda*”.

O caso brasileiro é diferente. Aqui, as normas (*prima facie*) disponíveis para regular o caso e oferecer uma resposta correta (CF/88, art. 5º, II e XXXIX) têm o sentido de impor limitações a ação dos juízes, por terem a natureza de Garantias Constitucionais Individuais que deveriam funcionar como trunfos a serem *sacados* contra o Estado ou contra as maiorias: “*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, portanto, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem haverá pena sem prévia cominação legal.

A decisão do STF terminou impondo um estado de insegurança absoluta em que qualquer pessoa pode perder a liberdade sem que exista uma lei penal pública, escrita, taxativa e prévia, definindo a proibição do comportamento punível. A comparação de Lewandowski entre os dois casos foi trágica. O direito a um sistema penal submetido a leis não pode ser visto como questão de política, tal entendimento viola todo sentido da integridade e coerência do próprio Estado de Direito.

Por fim, a decisão no caso norte-americano mostrou como aquela Corte Constitucional, por uma questão de justiça (decisão inovadora corretiva) corrigiu um traço de sua história que se mostrava cada vez mais insuportável, de modo que a decisão apresentou *uma versão melhor* sobre como aquela nação tratava seu povo e seus direitos.

No caso brasileiro a estrutura normativa em matéria penal foi quebrada e apresentada *em sua pior versão*. Agora punimos sem lei prévia, por meio de decisões de juízes, como faziam os funcionários do Volksgerichtshof-VGH. O Tribunal brasileiro usou práticas e justificativas penais próprias de períodos que toda sociedade civilizada relembram, exclusivamente, como referência daquilo que nunca deve ser repetido.

Nos três casos acima, especialmente neste último, vimos que o Princípio do *Nullum Crimem Nulla Poena Sine Lege*, expresso no art. 5º, XXXIX, CF/88, e no art. 1º, do Código Penal, não foi capaz de exercer qualquer força normativa ou ameaça coercitiva significativa perante os juízes daqueles Tribunais que o violaram. Então, mais uma vez se coloca a questão: **se os juízes não estão obrigados a observar a Constituição e as Leis, quais direitos temos?** Se alguém sofrer imposição persecutória distanciada do que diz a Constituição e as Leis, hoje, o que os advogados buscarão, princípios, políticas, direitos, *favores*?

É necessário reconhecer que estes Tribunais, juízes (ilustrados nos três casos) e todos os que tratam o direito como uma obra própria não são heróis, são saqueadores. Sem a responsabilidade de decidir, não interessará a ninguém pagar os salários daqueles que se predispõem a julgar.

Uma questão de princípio: de volta a *Brown v. Board of education*

Em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidia o importante *hard cases*, *Brown v. Board Education*. A lei dizia que os Estados poderiam manter escolas segregadas por raças, desde que estas fossem iguais em qualidade. Esta era a doutrina legal “Separados, mas Iguais”. Os advogados da *National Association for the Advancement of Colored People - NAACP*, questionaram judicialmente a sua constitucionalidade, alegando que este modelo negava às crianças negras igual proteção perante as leis. Em meio ao processo, o Governador de Estado da Carolina do Sul apresentou em juízo uma proposta de acordo milionário que tornaria as escolas das crianças negras iguais às das brancas, buscando com essa medida “resolvendo a questão” de Direito Escolar, preservando a doutrina “iguais, desde que separados”.

Ocorre que já era tarde demais. Estava claro que a questão do Direito Escolar (questão particular) apenas encobria a questão essencial naquele caso, expressa no racismo que defendia agressivamente a supremacia branca sobre os negros e sobre o sentido da própria Constituição dos Estados Unidos (questão geral). Naquele momento, uma decisão de *particular analytical* não convenceria o país sobre a obediência da Corte a força normativa da 14º Emenda que proibia negar qualquer pessoa nascida ou naturalizada nos Estados Unidos da América direto a igual proteção das leis. A única forma para a Corte evitar a *general jurisprudence question* e manter a segregação escolar seria reafirmando a inferioridade dos homens de raça negra frente aos de raça branca. Quando a Corte reconheceu essa dura verdade, aquele processo se tornou *Uma Questão de Princípio*. A Corte teria que declarar se a 14º Emenda reconhecia aos negros, na mesma medida que reconhecia aos brancos, a condição de cidadãos dotados de igual proteção legal.

Em 17 de maio de 1954, o Chief Justice Earl Warren leu à toda nação: “*Concluímos que no campo da educação pública a doutrina do ‘separados, mas iguais’ não tem lugar. Instalações educacionais separadas são inherentemente desiguais. [...] , portanto, sustentamos que os autores e outros em situação semelhante para os quais as ações foram movidas são, em razão da segregação reclamada, privados da igual proteção das leis garantidas pela Décima Quarta Emenda.*”

No Brasil temos inúmeras questões particulares envolvendo o

Direito Penal e o Processo Penal para serem apreciadas e decididas pelos Poderes da República, contudo, elas não são mais suficientes, se tornaram pequenas. É preciso que os Poderes digam se os juízes estão ou não estão obrigados a observar o que diz a Constituição e as Leis públicas. É preciso romper o silêncio e decidir se o povo brasileiro vai ao judiciário requerer direito dos quais são proprietários ou se vão pedir favores.

6 Conclusão

Não está suficientemente claro em que medida os juízes brasileiros estão obrigados a decidir os casos aplicando a Constituição e as Leis, ou mesmo, se existiria tal obrigação. O texto da Constituição Federal de 1988 é demasiadamente fraco neste sentido e não há absolutamente nada nela que possa qualifica-la como Constituição-cidadã.

Não para envergonhar, mas para encorajar, transcrevo declarações de Constituições mais próximas do seu Povo, cujas expressões sequer existem em nosso texto de 1988.

A Constituição da República Soberana da Finlândia: “Os poderes do Estado na Finlândia *pertencem ao povo*”, “A democracia implica o *direito do indivíduo de participar e influenciar*”, “O exercício dos poderes públicos *será baseado em lei*”, “Em toda atividade pública *a lei será rigorosamente observada*”, “As autoridades públicas garantirão a *observância dos direitos e liberdades fundamentais e dos direitos humanos*”.⁸

A Constituição da República da Croácia: “Na República da Croácia, *as leis devem estar em conformidade com a Constituição e outras regras e regulamentos devem estar em conformidade com a Constituição e a lei*”, “*Todos devem respeitar a Constituição e a lei e respeitar a ordem jurídica da República da Croácia*”, “Qualquer pessoa que viole as disposições da Constituição relativas aos direitos humanos e às liberdades fundamentais será pessoalmente responsabilizada e não poderá ser desculpada invocando uma ordem superior”. “Qualquer pessoa que tenha sido ilegalmente privada de liberdade ou condenada terá, em conformidade com a lei, direito a uma *indenização e a um pedido público de desculpas*”.⁹

A Lei Fundamental da Alemanha: “A dignidade humana será inviolável. Respeitá-lo e protegê-lo será *dever de toda autoridade estatal*”, “Os seguintes direitos básicos *vincularão o legislativo, o executivo e o*

8 www.constituteproject.org/constitution/Finland.

9 www.constituteproject.org/constitution/Croatia.

judiciário como lei diretamente aplicável”, “Se qualquer pessoa, no exercício de um cargo público que lhe foi confiado, violar *o seu dever oficial para com um terceiro*, a responsabilidade recairá principalmente sobre o Estado ou órgão público que o emprega. Em caso de irregularidade intencional ou negligência grave, o direito de recurso contra o funcionário individual será preservado”, “Os juízes serão independentes e *sujeitos apenas à lei*”, “Se um juiz federal *infringir os princípios desta Lei Básica ou a ordem constitucional* de um Land, na sua qualidade oficial ou oficiosa, o Tribunal Constitucional Federal, a pedido do Bundestag, pode, por maioria de dois terços, ordenar que o juiz seja transferido ou aposentado. No caso de uma infração intencional, pode ordenar a sua *demissão*”.¹⁰

Por fim, a Constituição brasileira é distante, fria, passa a ideia de que regula a administração de uma propriedade rural, uma fazenda, tem promessas desacompanhadas de ferramentas dotadas de aderência à realidade concreta, é colonialista, não diz claramente que os direitos pertencem ao povo, não diz em uma mesma frase que o agente público tem o dever de garantir os direitos que são das pessoas sob pena de responderem por seus atos, não diz que juízes, policiais, políticos, serventuários, promotores e agentes oficiais em geral irão responder por violarem e os direitos que são dos indivíduos por descumprirem o que dizem as Leis e a Constituição.

Dizer que o poder emana do povo não tem relevância alguma, na atual conjuntura, pode até ofender. O fruto emana da árvore, o vegetal emana de sua ramada e o leite emana do gado, mas não lhes pertencem, já que pelo poder de fato, o fazendeiro os toma como quer, quando quer e na medida que quer. Um Estado de Direito não segue esta lógica.

A falta de obrigações jurídicas capazes de garantir alguma medida aceitável de fidelidade e de respeito do judiciário e de seus funcionários aos direitos do povo e ao próprio povo, demonstra que os desafios constitucionais nestas terras são ainda maiores do que o esperado.

Do ponto de vista do Direito Penal, escrevi em 2022 sobre o funcionalismo de Roxin demonstrando que este “aponta que os tipos penais devem ser vistos como *arbitrários* quando não se justificam pela *proteção de bens jurídicos* relevantes, fugindo do escopo principiológico-político-criminal do Direito Penal. Por isso, o mestre alemão afirmou que a reverência pública ao *chapéu de Gebler* não poderia ser exigida e assegurada por meio de uma ameaça penal, já que, na questão, as liberdades dos indivíduos não estariam sob ataque. O funcionalismo que apresentei, por

sua vez, ao ver Gebler pendurar seu chapéu em praça pública e ordenar que todo cidadão o cumprimente, desconfia de que algo esteja errado na condução da República constitucional e pressupõe que *sua comunidade de princípios esteja em risco* - haveria Gebler abandonado a razão do jogo republicano? Afinal, não seria a atitude do próprio Gebler que estaria colocando a liberdade das pessoas sob ataque e estabelecendo um novo e sério desafio ao Direito Penal?¹¹

Bem, analisando nosso documento de 1988, daqui ele não parece uma Constituição, parece um truque.

Referências

ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício. Direito Penal: funcionalismo teleológico normativo constitucional em sentido forte: contribuições para reestruturação prático-intelectual do direito penal no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão** - Lehrbuch des deutschen strafrechts. Tradução Dr. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e C. Editores. 1899.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito. (D.- M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conledo y Javier de Vicente Remezal, trad. Y notas). Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

11 PATRÍCIO, Jorge. Direito Penal: funcionalismo teleológico normativo constitucional em sentido forte: contribuições para reestruturação prático-intelectual do direito penal no Brasil / Jorge Patrício. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 79.

WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontanán Balestra. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

Capítulo 3

ESCOLHA DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL PELO MAIOR DE 70 ANOS: UMA DECISÃO À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E DA AUTONOMIA PRIVADA

*Jessica Nayara Resende Silva¹
Larissa Gabrielle Braga e Silva²*

1 Introdução

Recentemente, o STF decidiu pela possibilidade de escolha do regime de bens do casamento do maior de setenta anos. O Código Civil vigente, em sua literalidade, determina a obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas que tem setenta anos ou mais, uma decisão do legislador para proteger o patrimônio das pessoas idosas e os resguardar de possíveis golpes financeiros decorrentes do enlace matrimonial.

Ocorre que a complexidade da vida e o avanço nas concepções dos direitos vêm permitir que o idoso, em pleno gozo de suas capacidades mentais, possa exercer seus direitos de forma ampla e livre, sendo, inclusive, capaz de contrair matrimônio e de escolher o melhor regime patrimonial que lhes aprouver para a constituição da sociedade conjugal. Foi nessa esteira que decidiu o STF, em sede do julgamento do ARE 1.309.642, com repercussão geral (Tema 1236), decidindo, por unanimidade que o regime obrigatório de separação de bens nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas com mais de 70 anos pode ser alterado pela vontade das partes.

O presente artigo contém reflexões acerca da norma posta que

1 Graduada em Direito pela Una Bom Despacho. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela Escola Brasileira de Direito. Advogada militante familiarista. Email: jessicanayara.juridico@gmail.com

2 Graduada em Direito pela PUC-MINAS; Pós-graduada em Direito Privado e Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora da Una Bom Despacho. Oficiala e Tabeliã em Minas Gerais. Email: larissa.braga@cartoriocorregodanta.com.br

manteve desde a entrada em vigor do Código Civil vigente à obrigatoriedade do regime da separação de bens, inicialmente, para o maior de sessenta anos, depois com modificação da idade, para os setenta anos, e agora, com a mudança do entendimento jurisprudencial, a possibilidade da escolha do regime de bens pelo idoso maior de setenta anos. O que se busca entender são as razões que fundamentaram tal escolha legislativa a sustentar essa limitação de livre escolha para a pessoa idosa, quando do casamento.

Outro ponto de análise recai para os direitos das pessoas idosas, em uma perspectiva de seus direitos fundamentais, sobretudo no que se refere aos direitos de sua dignidade humana e exercício de sua liberdade e autonomia. A decisão do STF em comento é também objeto de análise deste artigo, destacando-se os principais aspectos tanto nas questões teóricas como nas práticas que envolverão a nova sistemática do regime de bens do casamento e das uniões estáveis.

Este artigo tem por objetivo entender e estudar os fundamentos da decisão da Suprema Corte, estabelecendo um olhar sobre a dignidade da pessoa humana, sobretudo da pessoa idosa e refletir sobre os aspectos práticos de tal decisão. Utilizar-se-á de pesquisa jurisprudencial, legal e doutrinária acerca do tema em comento.

2 Da obrigatoriedade do regime de bens legal para o maior de 70 anos: análise da *mens legis*

O regime de bens possui peculiar importância na regência da vida patrimonial do casal, sobretudo no momento da ruptura da sociedade conjugal, seja através do divórcio ou dissolução da união estável, seja através do óbito.

A finitude da sociedade conjugal e a consequente partilha de bens, que pode decorrer da meação ou da herança, sempre gerou preocupação sobre o destino do patrimônio familiar e, principalmente, da redução de recursos financeiros para o enfrentamento de fase vulnerável da vida: a velhice.

Conforme já elucidado, o regime legal separatista, estatuído no art. 1641 do CCB/02, não possui como única hipótese de sujeição aqueles que contraem matrimônio ou vivem em união estável com idade superior a 70 anos; no entanto, tal circunstância possui destaque no viés protecionista. (Brasil, Código Civil, 2002).

Para a compreensão da necessidade de criação de determinada

norma jurídica deve-se perquirir a relevância do fato social a que visa disciplinar. Em outras palavras, sendo a norma o fato social valorado, não há como dissociá-la do contexto histórico e cronológico de seu surgimento.

Neste aspecto, a percepção da *mens legis* – “espírito da lei” – mostra-se indispensável para a aplicação adequada da norma segundo a intenção do legislador, pelo menos enquanto ela (a norma) atende aos seus anseios social e jurídico.

Como é cediço, a senilidade vem acompanhada não só de sabedoria, mas também de limitações diversas, físicas e emocionais, que colocam esse grupo em flagrante condição de vulnerabilidade.

Não raras vezes, a fragilidade física e psicológica inerente aos idosos é fator determinante para o êxito de golpes das mais diversas ordens, dentre eles o famigerado “golpe do baú”.

Sendo a meação e a herança formas de aquisição da propriedade, fez-se necessária a inserção do regime legal aos maiores de 70 anos (originalmente aos maiores de 60 anos) como forma de blindar o patrimônio das pessoas idosas de possíveis golpes financeiros decorrentes da conjugalidade.

É comum que relacionamentos em idade mais avançada contem com pessoa viúva, com a preexistência de filhos e patrimônio oriundos das primeiras núpcias. Logo, a mera possibilidade de o novo cônjuge/companheiro ser herdeiro de patrimônio do qual em nada contribuiu para a aquisição, ou meeiro de bens adquiridos na atualidade, mas também em virtude de uma estabilidade financeira que lhe é estranha, já seria o bastante para que se concluísse a pretensão de golpe. Caso o cônjuge ou companheiro atual fosse mais novo que o viúvo hipotético, não havia dúvidas sobre o interesse acessório ao enlace.

Tal panorama motivou a criação de um meio de proteção ao patrimônio dos idosos na seara familiarista e sucessória, muito embora este intuito tenha se revelado ultrapassado ao longo dos anos, conforme os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Pereira:

[...] O fundamento e espírito desta proibição é evitar os chamados popularmente ‘golpes do baú’. É inadequada a imposição de limite de idade para escolha do regime de bens do casamento para os maiores de 70 anos. O fato de completar esta idade, por si só, não pode significar incapacidade de escolhas e prática de nenhum ato da vida civil, muito menos o estabelecimento de regras patrimoniais da relação conjugal”. (Pereira, 2021. p. 266)

Como se pode ver, a proibição da escolha do regime de bens aos

maiores de 70 anos possuiu anseios legítimos em sua criação; contudo, na atualidade, representa grande dicotomia entre o ter e o ser, de modo que a proteção patrimonial não pode se sobrepor à dignidade humana, através do exercício da autonomia privada.

2.1 Direitos dos idosos: proteção do patrimônio versus autonomia privada

Conforme analisado, a proibição da escolha do regime de bens aos maiores de 70 anos possui caráter eminentemente protetivo. Ocorre que, com o advento da Carta Política de 1988, rompeu-se o protagonismo patrimonial para a predominância da valorização do ser, através do princípio da dignidade humana.

Desta forma, ao homem deve ser resguardado o direito de viver dignamente de acordo com seus anseios pessoais e sem discriminações, através da intervenção mínima do Estado em sua vida privada.

Sendo a dignidade humana um princípio axiológico que deve irradiar a todos os ramos do Direito, houve-se a necessidade de releitura das normas à luz dos ditames constitucionais. Assim, através de um processo de constitucionalização do Direito Civil e, consequentemente, do Direito das Famílias, passou-se a questionar a legitimidade da proibição, sem distinção, aqui destacada.

Seria justificável, pois, a presunção da redução da capacidade dos idosos para a salvaguarda, em tese, do patrimônio?

Tais questionamentos decorrem do processo de despatrimonialização das relações familiares, de modo a priorizar não só a afetividade, mas também a autonomia privada por meio da gerência da própria vida, segundo a individualidade e preferência de cada ser:

Com o advento da Carta Política de 1988, elevando a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em detrimento dos interesses patrimoniais das pessoas, na esteira dessa evolução, o Código Civil de 2002 reviu seus conceitos e institutos para a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas conexões jurídicas. (Madaleno, 2020. p. 79).

Ora, o fato de completar 70 anos não importa, necessariamente, em redução do pleno discernimento sobre os fatos privados, sociais e jurídicos. A este respeito, a doutrina pontua que grande parte dos cargos do Executivo e Legislativo são ocupados por pessoas que já atingiram essa

idade, sendo no mínimo contraditório imaginar que referidas pessoas possam influenciar no destino de toda uma nação, mas que não gozam de capacidade de gerenciar as próprias vidas:

O fato de completar esta idade, por si só, não pode significar incapacidade de escolhas e prática de nenhum ato da vida civil, muito menos o estabelecimento de regras patrimoniais da relação conjugal. Se grande parte dos ocupantes de cargos no Legislativo e Executivo, têm mais de setenta anos, e tomam decisões importantes para a vida política e econômica do país, não há razão de serem impedidos de decidir sobre a economia de sua própria vida. Tal restrição atenta contra a liberdade individual e fere a autonomia e dignidade dos sujeitos. (Pereira, 2021. p. 267).

Surge, então, a dicotomia entre a necessidade da proteção patrimonial de pessoas mais vulneráveis, legítima em sua criação, conforme já elucidado; e a garantia da dignidade humana para que as pessoas possam praticar os atos civis de acordo com seus anseios, sem discriminações e constrangimentos.

Por fim, no bojo de tal contrassenso, o STF decidiu pela preservação da proteção patrimonial como regra; contudo, possibilitando a expressa manifestação de vontade daqueles que não se veem necessitados de tal tutela.

3 Análise da decisão do STF: fundamentos teóricos e práticos

A decisão unânime do STF de se autorizar a escolha do regime de bens pelas pessoas maiores de setenta anos representa o respeito à autonomia e autodeterminação do idoso que está em plenitude e apto para as decisões de sua vida civil, o que demonstra que o texto legal que apregoa o regime da separação obrigatória tem nítido condão discriminatório à pessoa idosa porque o critério é o da idade, o que vai contra os direitos constitucionais que visam garantir igualdade e dignidade a todos.

O STF definiu no dia 1º de fevereiro de 2024 que o regime obrigatório de bens, nos casamentos e uniões estáveis de pessoas maiores de 70 anos pode ser modificado mediante vontade expressa das partes.

Segundo o site do próprio STF (2024), por unanimidade, o plenário entendeu que “manter a obrigatoriedade da separação de bens, prevista no Código Civil, desrespeita o direito de autodeterminação das pessoas idosas”.

Porém, para afastar a obrigatoriedade deste regime de bens, a

vontade dos nubentes deve ser manifestada de forma expressa, através de escritura pública firmada em cartório. Ficou definido ainda que as pessoas acima de 70 anos que já tenham contraído matrimônio ou união estável podem alterar o regime, mas será necessária autorização judicial (no caso do casamento) ou manifestação em escritura pública em casos de união estável. E, a alteração produzirá apenas efeitos patrimoniais futuros, ou seja, não serão retroativos.

O Relator do Recurso Extraordinário com Agravo – ARE n. 1309642, que teve repercussão geral, o Ministro Luís Roberto Barroso, hoje Presidente do STF, afirmou em sua decisão que a obrigatoriedade da separação de bens impede que as pessoas capazes de praticar os atos da vida civil, devido à idade, mesmo que estejam em gozo de suas faculdades mentais, definam o regime de bens que querem utilizar para seu casamento ou união estável.

Ou seja, isso seria discriminação devido à idade, o que está expressamente proibido diante da Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV (Constituição Federal, 1988).

Uma questão que se aplicou, todavia, a este ARE, é a segurança jurídica, ou seja, as implicações da decisão só serão aplicadas aos casos futuros, não poderão ser discorridas em processos já transcorridos.

Porém, uma proposta foi feita pelo Ministro Cristiano Zanin, referente ao princípio da segurança jurídica.

Para casamentos ou uniões estáveis firmadas antes do julgamento do STF, o casal pode manifestar a partir de agora ao juiz ou ao cartório o desejo de mudança no atual modelo de união, para comunhão parcial ou total, por exemplo. Nesses casos, no entanto, só haverá impacto na divisão do patrimônio a partir da mudança, não afetando o período anterior do relacionamento, quando havia separação de bens. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2024).

Desta forma, tem-se que, no silêncio das partes, prevalece ainda, para os maiores de 70 anos, o regime da separação obrigatória de bens, seja no casamento ou na união estável, garantindo-se, porém, a escolha de outro regime de bens ante a elaboração de pacto antenupcial ou contrato de convivência. Mas, com o posicionamento adotado pelo STF, aqueles que ainda não atingiram os 70 anos seguem o regime legal ainda é o regime de comunhão parcial de bens, previsto no artigo 1640 do Código Civil, e aqueles que já possuem mais de 70 anos, prevalecerá o regime de separação obrigatória de bens, porém, tal regime pode ser afastado mediante manifestação expressa de vontade das partes firmada em cartório.

Tal decisão é um avanço diante da legislação civil que se tem desde o Código de 1916. É premente que o cerne de toda discussão resida no fator econômico, pois há sempre um receio de que as pessoas maiores de 70 anos venham a ser ludibriadas por pessoas mais novas, dentro de um relacionamento, e dilapidem seu patrimônio.

Porém, prever proteção ao patrimônio apenas das pessoas maiores de 70 anos, considerando toda a evolução da sociedade, revela uma discriminação devido à idade, o que vai contra o que preconiza a Constituição Federal e coloca um regramento diferenciado para as pessoas, independentemente se elas possuem ou não algum patrimônio considerável.

Leandro Reinaldo da Cunha, em seu artigo, assim dispõe:

Parte-se de um pressuposto lógico manifestamente equivocado de que nessa idade a pessoa estaria mais propensa a ser ludibriada por alguém que lhe declare amor. Ledo engano. A experiência, sempre exaltada das pessoas mais idosas, faz com que ela esteja mais capacitada para perceber os sinais de que possa estar sendo enganada. [...] Sustento que um jovem corre mais risco de ser vitimado pelo temido “golpe do baú”, por ser mais crível a ele que outra pessoa esteja interessada em quem ele é e não no seu patrimônio. E mais, caso esse idoso queira efetivamente que as pessoas se atraiam por ele em razão de seu patrimônio isso seria de interesse do Estado? Tal previsão de imposição de um regime com menor comunicabilidade patrimonial fere o preceito da mínima intervenção do Estado no Direito de Família. (Cunha, 2024, p. 1).

Assim, uma importante questão a ser levantada refere-se ao fato da proteção do patrimônio do nubente, ou seja, a quem vai efetivamente interessa? Geralmente aos herdeiros, porém, essa comunicabilidade apenas acontece após o falecimento do nubente e mediante o regime de bens adotado, ou seja, quando e se findar o relacionamento, qual o destino do patrimônio? E especialmente, em decorrência de sua morte. Por isso se fala que o cerne da discussão é econômico, pois a preocupação não está na proteção do idoso em si, mas nos interesses sucessórios.

O que se vê, desta forma, e conforme foi dito neste artigo, é uma discriminação em relação à idade, e também à dignidade das pessoas idosas, um atentado à liberdade individual de cada um e, com a atual decisão do STF, uma falha do legislador está sendo corrigida, restabelecendo um pouco desta dignidade. Este é um tema social de grande relevância e merece adequação da legislação diante da evolução da sociedade, não apenas neste momento, como sendo uma decisão de repercussão geral, mas sim como uma mudança no próprio Código Civil.

E, mencionando a parte prática da questão trazida pelo STF, o

nubente, maior de 70 anos, que desejar contrair matrimônio ou união estável com regime de bens diferente da separação obrigatória, deverá manifestar sua vontade de forma expressa, dirigindo-se ao cartório, através de escritura pública. Caso as pessoas maiores de 70 anos já estejam casadas ou em união estável e queiram mudar o regime de bens, é necessária uma autorização judicial no caso do casamento e uma escritura pública com a manifestação de vontade no caso da união estável. Este é o procedimento a ser adotado.

Para finalizar, cabe ressaltar que, em que pese a romantização do casamento, não há uma previsão legal sobre amor e afeto como requisitos para a realização de um casamento ou união estável. E, no caso de pessoas com mais de 70 anos, este princípio da afetividade não deve ser majorado pensando-se apenas em pessoas que se interessarão e se beneficiarão do patrimônio do nubente.

Como bem pondera Leandro Reinaldo da Cunha (2024) não se pode trazer uma presunção de má-fé da pessoa que se casa ou estabelece uma união estável com alguém que tenha mais de 70 anos, resvalando seu afeto a ela apenas devido ao patrimônio. O que se tem, assim, é o regramento atual, trazido pelo STF e que já resguarda, a princípio, o direito de escolha destas pessoas quando desejam se unir a alguém.

4 Considerações finais

Este artigo trouxe à tona um assunto relevante, pois aborda questões relativas à dignidade, individualidade, afetividade e ainda o etarismo. A população brasileira está envelhecendo, de forma progressiva. As pessoas estão tendo menos filhos. Casando-se mais tarde, procurando estudar, trabalhar, construir patrimônio, para depois, ter família e filhos. Por isso, é tão importante, atualmente, combater o etarismo. E, o Código Civil, quando trata do regime de bens de separação obrigatório para maiores de 70 anos demonstra uma discriminação que vai contra o que preconiza a Constituição Federal e exatamente o que foi mencionado acima.

Assim, o STF, em fevereiro do corrente ano, ao analisar o Recurso Extraordinário com Agravo de n. 1309642, o Presidente e Relator do Recurso, Ministro Luiz Roberto Barroso ponderou que utilizar a idade como forma de desigualdade entre as pessoas é discriminação, sendo esta uma situação vedada pela Constituição Federal de 1988. O STF ainda entendeu, diante do que ficou descrito em sua decisão, que a separação

obrigatória de bens impede que as pessoas maiores de 70 anos, mesmo sendo capazes, no gozo de suas faculdades mentais, possam exercer e praticar os atos de sua vida civil, principalmente no que lhe dizem respeito ao casamento ou união estável, mostrando-se o que é mais adequado no momento de definir o regime de bens.

Com isso, a partir desta data, esta decisão passou a ter repercussão geral, mas para os casamentos e uniões estáveis que já existem, entre pessoas com mais de 70 anos, caso queiram modificar o regime de bens, os impactos da decisão firmada pelo STF, só surtirão efeitos futuros, ou seja, em divisões patrimoniais futuras, a partir da mudança do regime de bens, isso se deve ao princípio da segurança jurídica.

E, para que as pessoas maiores de 70 anos possam afastar a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens, é necessária manifestação expressa de sua vontade por meio de escritura pública lavrada em cartório. Esta uma decisão inovadora trazida pelo STF, mas que ainda deve ser colocada em pauta para que seja modificado o Código Civil no que diz respeito ao tema aqui mencionado.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Diário Oficial da União. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União.** Brasília: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo de n. 1309642.** Tema 1236 - Regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 01 fev. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.o=1309642&classeProcesso=ARE&numeroTema=1236>. Acesso em: 05 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Separação de bens em casamento de pessoas acima de 70 anos não é obrigatória, decide STF:** Decisão do Plenário autoriza a opção por regime de bens diferente do obrigatório previsto no Código Civil. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=526043&ori=1> Acesso em: 06 maio 2024.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **O regime de bens para o casamento de pessoas com mais de 70 anos sob um olhar de gênero.** Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2024/02/23/artigo-o-regime-de-bens-para-o-casamento-de-pessoas-com-mais-de-70-anos-sob-um-olhar-de-genero-por-leandro-reinaldo-da-cunha/>. Acesso em: 05 maio 2024.

FIALHO, Roberta. **STF decide que separação de bens em casamentos acima de 70 não é obrigatoria.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-06/stf-decide-que-separacao-de-bens-em-casamentos-acima-de-70-nao-e-obrigatoria/>. Acesso em: 06 maio 2024.

IBDFAM. **STF decide que maiores de 70 anos podem afastar regime de separação de bens em casamentos e uniões estáveis.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11527/o+de+bens+em+casamentos+e+uni%C3%A3es+est%C3%A1veis>. Acesso em: 05 maio 2024.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Capítulo 4

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL

Anderson Moreira Aguiar¹

1 Introdução

Como uma república federativa e regime de governo presidencialista, o controle de constitucionalidade é uma das principais maneiras pelas quais a ordem jurídica do Brasil é mantida e os princípios constitucionais são protegidos. O controle de constitucionalidade no Brasil tem duas vertentes principais. É baseado no modelo americano, mas tem características próprias. A primeira é o controle difuso, que pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal durante um caso específico; A segunda é o controle concentrado, que é realizado principalmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Este último ocorre quando a constitucionalidade de uma norma é questionada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes antes de tal norma ter sido renovada em um caso específico.

Neste contexto, o ativismo judiciário se torna uma prática na qual o Poder Judiciário, especialmente o STF, é de extrema importância na interpretação da Constituição, às vezes usando apenas a análise da legalidade para afetar diretamente as políticas públicas e a legislação. No Brasil, há um intenso debate sobre o ativismo judiciário, especialmente quando as decisões do Supremo Tribunal Federal parecem ser uma resposta direta a falhas legislativas ou falhas dos outros poderes do Estado.

O ativismo judiciário e o controle de constitucionalidade estão ligados de forma complexa e bidirecional. Por um lado, o ativismo pode ser visto como resultado da necessidade de garantir a supremacia da Constituição em um contexto de mudanças sociais e políticas constantes. Por outro lado, as decisões tomadas pelos ativistas têm o potencial de

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Direito Civil, processual civil e Tributário. Oficial de Justiça Federal do Tribunal Regional Federal da 1º Região.

redefinir a interpretação das leis constitucionais, o que afeta a forma como o controle constitucional é concebido e usado. Essa dinâmica mostra que o Judiciário tem dificuldade em equilibrar a defesa dos direitos fundamentais com a deferência à democracia.

2 Controle de Constitucionalidade no Brasil: modelos difuso e concentrado

O sistema de controle de constitucionalidade do Brasil é essencial para garantir que as leis e os regulamentos do país estejam em conformidade com a Constituição Federal de 1988. Os dois principais modelos de controle de constitucionalidade difusos e concentrados estão presentes neste sistema. Cada modelo tem características e métodos únicos para proteger os direitos fundamentais e a supremacia constitucional.

2.1 *Controle de Constitucionalidade difuso*

Um dos pilares do sistema jurídico brasileiro é o controle de constitucionalidade difuso, que permite que juízes e tribunais declarem a inconstitucionalidade de leis e atos normativos em um caso específico. Este modelo, que vem da tradição jurídica dos Estados Unidos, oferece muitas oportunidades de revisão judicial, tornando todos os juízes um guardião da Constituição.

O controle difuso foi introduzido na Constituição de 1891 no Brasil, seguindo o modelo judicial dos Estados Unidos, onde todos os juízes têm autoridade para interpretar a Constituição e aplicar essa interpretação aos casos que julgam. Este sistema é essencialmente descentralizado e baseia-se no princípio de que todas as instâncias judiciais devem manter a supremacia da Constituição.

Quando uma parte em um processo judicial afirma que uma determinada lei ou ato normativo viola a Constituição, o processo de controle de constitucionalidade difuso começa. O juiz responsável pelo caso então verifica se a norma é constitucional. A decisão de que a norma viola a Constituição terá efeito imediato no caso, com efeito exclusivo nas partes envolvidas.

Embora as decisões tomadas no âmbito do controle difuso tenham inicialmente efeito limitado às partes do processo, as partes podem recorrer ao Supremo Tribunal Federal (STF) para ampliar seu alcance. O Supremo

Tribunal Federal pode aplicar uma súmula vinculante ou repercussão geral para uniformizar e prevenir a aplicação da lei quando julgar uma norma inconstitucional em um caso específico em um recurso extraordinário.

O controle difuso inclui a possibilidade do Senado Federal suspender a execução total ou parcial de uma lei declarada inconstitucional pelo STF. Este mecanismo, descrito no artigo 52, X da Constituição Federal, permite que o efeito de uma decisão de inconstitucionalidade se estenda além das partes envolvidas no caso original (efeito *erga omnes*).

2.2 Críticas e debates

As vantagens e vantagens do controle de constitucionalidade difusa são frequentemente discutidas. Os benefícios incluem a capacidade de ajustar a aplicação da Constituição para atender às necessidades únicas de cada caso, permitindo uma justiça mais individualizada e imediata. Os críticos mais alertam para a possibilidade de que as decisões judiciais não sejam uniformes, o que pode criar incerteza jurídica. Além disso, pode ser considerada uma política de interferência no sistema judiciário a dependência do Senado de ampliar os efeitos de decisões inconstitucionais.

Neste ponto, é importante ressaltar que, embora o assunto ainda não esteja resolvido, o Supremo Tribunal Federal confirma que, aliás, quando uma lei ou ato normativo é declarado inconstitucional, essa decisão tem efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, tal como acontece no controle abstrato.

Assim, a decisão do Plenário do STF sobre a constitucionalidade de um ato normativo, ainda que em um processo de controle incidental, terá a mesma eficácia *erga omnes* e vinculante.

Ocorreu uma mutação na interpretação do artigo 52, X, da Constituição de 1988. A nova interpretação deve ser a seguinte: quando o Supremo Tribunal Federal declara uma lei inconstitucional, mesmo em processos de controle difuso, a decisão tem efeito vinculante e *erga omnes*. O STF apenas informa ao Senado para que a Casa Legislativa divulgue o que decidiu.²

² STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886).

2.3 Controle de Constitucionalidade concentrado

Uma característica distintiva do sistema jurídico brasileiro é o controle de constitucionalidade concentrado. Este modelo permite uma revisão unificada das leis e atos normativos em relação à sua compatibilidade com a Constituição Federal, realizado exclusivamente pelo STF. O controle concentrado, também conhecido como controle abstrato, não exige um caso concreto para ser iniciado; em vez disso, ele se baseia em ações diretas que visam garantir a supremacia constitucional de maneira uniforme.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) são os principais instrumentos do controle concentrado:

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI): usada em face da Constituição para questionar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais e estaduais. O Supremo Tribunal Federal é responsável por julgar diretamente as ADIs. Uma declaração de inconstitucionalidade feita neste processo tem efeito *erga omnes* (para todos) e é vinculativa para todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC): é semelhante à ADI, mas serve para confirmar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, fortalecer sua aplicação e resolver controvérsias sobre sua validade. As decisões tomadas em ADCs têm efeito *erga omnes* e são vinculantes, como nas ADIs.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): destina-se a evitar ou corrigir a violação de preceitos fundamentais da Constituição por atos governamentais, abrangendo uma gama mais ampla de situações e pode se referir ainda a normas pré-constitucionais em vigor.

2.3.1 Vantagens e desafios

O controle concentrado ajuda a tornar a interpretação constitucional uniforme, evitando decisões judiciais contraditórias sobre o mesmo assunto. O sistema visa preservar a estabilidade jurídica e política garantindo que apenas o Supremo Tribunal Federal possa declarar de forma definitiva a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de normas em abstrato.

Por outro lado, este modelo tem problemas, como a possibilidade

de o STF se politizar, pois decisões sobre questões constitucionais geralmente têm impactos significativos na sociedade e na política. Além disso, o fato de o controle concentrado ser limitado ao STF pode resultar em um excesso de casos no tribunal, o que pode prejudicar a eficiência e a capacidade de resposta do tribunal.

2.4 Principais desafios enfrentados: questões de efetividade, atrasos processuais e o acesso à justiça

Apesar de ser uma ferramenta vital para garantir a supremacia da Constituição Federal e proteger os direitos fundamentais, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil enfrenta vários desafios que prejudicam sua eficácia. Os atrasos nos processos, os problemas de eficácia e o acesso à justiça estão entre os principais problemas.

2.4.1 Atrasos processuais

a) Volume de casos

Como corte constitucional do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) recebe uma quantia significativa de processos anualmente. Esse volume excessivo sobrecarrega o sistema, atrasando significativamente a resolução dos casos. O tempo necessário para o julgamento de uma ação direta de constitucionalidade ou de qualquer outro tipo de recurso pode ser longo, prejudicando a previsibilidade e a segurança jurídica.

b) Complexidade das matérias

O Supremo Tribunal Federal recebe muitos casos que envolvem questões de direito que excluem análises minuciosas, ou que naturalmente prolongam o tempo de julgamento. Os ministros podem precisar de mais tempo para chegar a um consenso e à necessidade de várias sessões de discussão.

2.4.2 Questões de efetividade

a) Efeitos das decisões

Embora as decisões do STF sobre o controle de constitucionalidade tenham efeito erga omnes e sejam vinculantes, a execução dessas decisões

por poderes excessivos e níveis de governo pode ser inconsistente ou ineficaz. Isso pode levar a decisões que não são realmente eficazes, especialmente aquelas que desativam ações ativas do Legislativo ou do Executivo.

b) Respostas do Legislativo e Executivo

A forma como os outros poderes reagem às decisões do Supremo Tribunal Federal adiciona uma barreira à eficácia do processo de controle de constitucionalidade. Em alguns casos, pode ser necessário estabelecer medidas provisórias, novas leis ou atos administrativos para contornar as decisões do Supremo Tribunal Federal ou desafiar sua autoridade como guardião da Constituição.

2.4.3 Acesso à justiça

a) Custos processuais

Devido aos custos elevados dos processos judiciais em tribunais superiores, pode haver restrições no acesso ao sistema de controle de constitucionalidade. Existe a possibilidade de que indivíduos e grupos menos abastados sejam impossibilitados de pagar esses custos, o que limitem sua capacidade de obter proteção judicial eficaz de seus direitos constitucionais.

b) Complexidade e tecnicidade

O acesso à justiça também pode ser obstaculizado pela complexidade dos procedimentos e técnicas jurídicas permitidas para a formulação de ações diretas de inconstitucionalidade ou outros mecanismos de controle. Isso significa que os cidadãos ou grupos específicos precisam de recursos para contratar advogados especializados, o que nem sempre é possível.

Assim, é evidente que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil enfrenta desafios que enfraquece a atenção contínua dos poderes públicos e da sociedade. A capacidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais e da supremacia constitucional pode estar comprometida por atrasos processuais, problemas com a eficácia das decisões e obstáculos ao acesso à justiça. Para superar esses obstáculos e fortalecer o Estado de Direito no Brasil, é necessário buscar reformas processuais, uma melhor interação entre os poderes e políticas de acesso à justiça.

c) Ativismo judiciário

Dentro dos sistemas jurídicos contemporâneos, incluindo o Brasil, existe uma intensa discussão sobre o conceito de ativismo judiciário. O termo se refere aos juízes, especialmente às cortes constitucionais, agindo de forma mais proativa na interpretação da Constituição e das leis, o que, segundo seus críticos, os leva a assumir funções que normalmente pertencem ao Legislativo ou ao Executivo.

Quando os tribunais tomam decisões que parecem ir além da interpretação das leis e da Constituição, interferindo em políticas públicas ou estabelecendo padrões, isso é chamado de ativismo judiciário. Essas decisões ocorrem em situações em que o Executivo e o Legislativo não fizeram nada e os juízes se sentiram obrigados a intervir para proteger direitos fundamentais ou corrigir desigualdades.

2.5 Características do ativismo judiciário

2.5.1 Interpretação expansiva da lei

O ativismo judiciário geralmente requer uma leitura aprofundada da Constituição, indo além da interpretação literal do texto para examinar princípios e valores fundamentais que podem estar presentes no texto legal, embora não sejam especificamente recomendados. Isso permite que os juízes apliquem a lei em situações que os legisladores não especificaram.

2.5.2 Preenchimento de lacunas legislativas

A disposição de preencher lacunas legislativas é uma característica distintiva do ativismo judiciário, especialmente em áreas onde o poder legislativo não forneceu diretrizes claras ou suficientes. Os juízes ativistas podem pensar que é necessário intervir para garantir justiça ou proteger direitos fundamentais quando não há legislação suficiente.

2.5.3 Promoção de mudanças sociais

Os juízes ativistas frequentemente veem os tribunais como um meio de promover mudanças sociais ou corrigir injustiças e desigualdades. Isso pode incluir decisões que aparentemente se estendem ao domínio da

política pública, onde os juízes assumem uma função quase executiva ou legislativa na resolução de questões de grande importância social.

2.5.4 Decisões baseadas em considerações morais ou princípios

Decisões que são fortemente influenciadas por considerações morais ou éticas podem ser influenciadas pelo ativismo judiciário. Isso pode incluir alterações na Constituição para refletir os valores da sociedade moderna, mesmo que esses valores não sejam universalmente aceitos ou considerados pelos autores originais.

2.5.5 Uso proativo de precedentes

Embora todos os tribunais tenham precedentes, os juízes ativistas podem escolher, alterar ou ignorar precedente para apoiar suas interpretações mais amplas ou inventivas da lei. Além disso, eles têm a capacidade de criar novos precedentes que influenciam decisões legais futuras em uma determinada direção.

2.5.6 Decisões com efeito ampliado

O ativismo judiciário muitas vezes leva a decisões com grandes consequências, afetando não apenas as partes envolvidas, mas também a sociedade em geral. Isso difere da abordagem mais tradicional, que se limita a um caso específico. Estas decisões resultam na criação de novos padrões legais ou na ampliação significativa da interpretação das leis já existentes.

2.6 *Críticas ao ativismo judiciário*

O ativismo judiciário é frequentemente visto como um meio de proteger os direitos fundamentais e promover a justiça social, mas também é alvo de muitas críticas importantes. Essas críticas geralmente surgem de preocupações sobre a previsibilidade do direito, a legitimidade democrática dos juízes e a separação de poderes.

Aqui estão algumas das principais críticas feitas ao ativismo judiciário:

1. Violação da Separação de Poderes

Uma das críticas mais frequentes ao ativismo judiciário é que ele viola a ideia de separação de poderes, que é essencial para a democracia. Quando os juízes tomam decisões legislativas ou executivas, eles podem estar usurpando os deveres e funções de outros ramos do governo, desequilibrando o sistema de *checks and balances* (controles e equilíbrios).

2. Falta de Legitimidade Democrática

Juízes geralmente são nomeados, não eleitos. Como resultado, podem surgir dúvidas sobre sua legitimidade para tomar decisões que tenham grande impacto político ou social. Os críticos defendem que representantes eleitos é que são diretamente responsáveis perante seus participantes, por isso, eles que devem tomar decisões importantes sobre a política pública.

3. Riscos de Subjetividade e Arbitrariedade

O ativismo judiciário pode levar a decisões baseadas em valores e perspectivas pessoais dos juízes em vez de aplicação pura da lei. Isso pode levar a uma interpretação inconsistente e arbitrária da lei, criando incerteza jurídica e prejudicando a previsibilidade do direito.

4. Impacto na Previsibilidade e Estabilidade Jurídica

Ao alterar regularmente a interpretação de leis e princípios bem estabelecidos, o ativismo judiciário tem o potencial de abalar a estabilidade do sistema jurídico. Isso pode dificultar a previsão de como as leis serão aplicadas no futuro, o que é importante para o planejamento e a confiança no sistema jurídico.

5. Redução da Responsabilidade Política

O Judiciário pode inadvertidamente diminuir a pressão sobre esses poderes para agir ao intervir em questões que devem ser resolvidas pelo Legislativo ou Executivo. Isso pode diminuir a responsabilidade política, pois tira dos representantes eleitos a responsabilidade de tomar decisões difíceis e enfrentar as consequências políticas dessas escolhas.

Assim sendo, observa-se que alguns defendem o ativismo judiciário como um meio necessário para promover a justiça e proteger os direitos. Os críticos ao ativismo judiciário enfatizam que é necessário equilibrar cuidadosamente os poderes do Estado e seguir os princípios de um governo de leis. Essas questões levantam uma discussão constante sobre o lugar adequado do Judiciário na democracia e a importância de estabelecer

limites claros para a interpretação judicial.

3 Interseção entre controle de constitucionalidade e ativismo judiciário

A relação entre o ativismo judiciário e o controle de constitucionalidade no Brasil é um tema de grande importância e complexidade. Enquanto o controle de constitucionalidade é usado para garantir que leis e atos normativos estejam em conformidade com a Constituição, o ativismo judiciário refere-se à ação mais proativa e, ocasionalmente, ampla dos tribunais na interpretação dessas leis. A relação entre essas duas especificações é muitas vezes marcada por tensões e sinergias, que têm um impacto significativo na revisão e na dinâmica do poder no país.

3.1 Interseção e Impactos

3.1.1 Expansão das Fronteiras Constitucionais

Muitas vezes, o ativismo judiciário leva a uma interpretação mais ampla da Constituição, o que pode resultar em novas compreensões de como seus princípios devem ser aplicados. Essa abordagem tem o potencial de afetar diretamente o processo de julgamento da constitucionalidade, particularmente no modelo concentrado, onde o Supremo Tribunal Federal costuma usar interpretações inovadoras para definir como entende cláusulas constitucionais.

3.1.2 Preenchimento de Lacunas Legislativas

Muitas vezes, o ativismo judiciário surge como resposta às lacunas deixadas pelo Legislativo. Neste tipo de situação, o Supremo Tribunal Federal pode finalmente estabelecer regras sob a alegação de interpretação da Constituição. Isso amplia o alcance do controle de constitucionalidade para incluir não apenas uma revisão, mas também a criação de regras.

3.2 Reforço dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são protegidos e fortalecidos por meio do ativismo judiciário e do controle de constitucionalidade. No entanto,

o ativismo pode resultar em uma proteção mais eficaz desses direitos, especialmente nos casos em que o legislador não fez o suficiente para garantir tais direitos, de acordo com o entendimento do Judiciário.

3.2.1 Questionamentos sobre a separação de Poderes

O conflito entre o ativismo judiciário e o controle da constitucionalidade também levanta dúvidas sobre a separação de poderes. Ainda que os tribunais possam exercer suas funções de controle de constitucionalidade, o ativismo judiciário pode ser considerado uma invasão dos poderes legislativos e executivos, especialmente no que diz respeito à elaboração de políticas públicas.

3.2.2 Legitimidade e reações

Decisões ativistas que melhoraram a compreensão das leis e da Constituição podem ser objeto de críticas quanto à sua legitimidade, especialmente se forem consideradas desalinhadas da vontade popular ou das preocupações originais dos legisladores. Isso pode causar reações políticas e sociais, afetando a imagem pública do Judiciário.

4 Considerações finais

Os modelos de controle de constitucionalidade no Brasil funcionam em conjunto, oferecendo várias maneiras de proteger os direitos fundamentais e a hierarquia normativa criada pela Constituição. O controle concentrado visa a uniformização interpretativa e a resolução definitiva de controvérsias constitucionais. Por outro lado, o controle difuso permite uma resposta imediata e contextualizada às questões de inconstitucionalidade que surgem em casos individuais.

Essa dualidade de sistemas fortalece o Estado de Direito e promove uma vigilância constante sobre a conformidade das leis com os princípios e valores consagrados na Constituição Brasileira, evidenciando o papel fundamental que o Judiciário desempenha na democracia brasileira.

Os poderes públicos e a sociedade brasileira precisam prestar atenção constante aos desafios que o sistema de controle de constitucionalidade enfrenta. A capacidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais e da supremacia constitucional pode estar comprometida por atrasos processuais, problemas com a eficácia das decisões e obstáculos ao acesso

à justiça. Para superar esses obstáculos e fortalecer o Estado de Direito no Brasil, é necessário buscar reformas processuais, uma melhor interação entre os poderes e políticas de acesso à justiça.

O ativismo judicial no Brasil mostra uma tensão entre proteger os direitos fundamentais e preservar a separação de poderes democráticos. É importante que haja um equilíbrio para garantir que o Judiciário não exceda seu mandato constitucional, mantendo a confiança no sistema de justiça e na integridade do processo democrático. Isso pode ser visto como uma resposta necessária a falhas ou inéncias de outros poderes.

O ativismo é defendido por alguns como uma maneira necessária de promover a justiça e proteger os direitos, mas os críticos destacam a importância de equilibrar cuidadosamente os poderes do Estado e de seguir o princípio da separação dos poderes. Essas questões levantam uma discussão constante sobre o lugar adequado do Judiciário na democracia e a importância de estabelecer limites claros para atuação do judiciário na interpretação da constituição e das leis.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Editora Saraiva, 2016.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** Editora Saraiva, 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Editora Atlas, 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** Editora Saraiva, 2020.
- ROSENBAUM, Thamy Pogrebinschi (Org.). Federalismo e justiça no Brasil. Editora FGV, 2016. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8dd291cbea8f231982db0fb1716dfc55>.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** Editora Malheiros, 2019.

Capítulo 5

A (IN) EXISTÊNCIA DE MECANISMOS, NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO ESTATAIS DO RIO GRANDE DO SUL, PARA O COMBATE À SEXUALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CIBERESPAÇO: UMA ANÁLISE DA PORNOGRAFIA INFANTIL SOB A EXPANSÃO DA ERA CIBERNÉTICA 4.0

Gabriella Bastos de Almeida¹

Silvio Erasmo Souza da Silva²

1 Introdução

A presente proposta de pesquisa tem por finalidade verificar a existência de mecanismos, nos órgãos de proteção estatais do Rio Grande do Sul, para o combate à sexualização de crianças e adolescentes frente ao ciclo de renovações suscitadas pela era cibernética 4.0.

À vista disso, avulta-se que a era da informação teve início em meados do século XX com a chamada Terceira Revolução Industrial, sendo que, com a ascensão das telecomunicações e sua fusão com a informática, a sociedade passou, na virada do século XXI, a lidar com uma internet mais ubíqua e móvel, capaz de se interconectar a todos os setores da vida moderna, inaugurando, assim, a chamada Quarta Revolução Industrial – também conhecida como Indústria 4.0.

1 Acadêmica de Direito da Faculdade Dom Alberto. E-mail: gabriella_almeida@domalberto.edu.br.

2 Docente do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto. Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação da UNISC Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bacharel em Ciências Militares, Defesa Social pela Academia de Polícia Militar da Brigada Militar do Estado Rio Grande do Sul, Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhaguera-UNIDERP e Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza, Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Venda Nova do Imigrante. E-mail: silvioessilva@gmail.com.

Logo, tendo em vista as grandes mudanças instituídas pela era computacional 4.0, o Direito Penal, como ciência que possui o dever de prover mecanismos hábeis e céleres para o desenvolvimento social pacífico e igualitário, passou a lidar com um novo campo de práticas delitivas, o qual, atualmente, é inexplorado e inócuo de regramentos, fator que propicia um terreno fértil para a atuação de criminosos cibernéticos, ampliando sobretudo a prática do crime de pornografia infantil.

Dessa forma, os órgãos de proteção estatais da infância e juventude passaram a ser compelidos a desenvolver mecanismos capazes de combater a exposição de crianças e adolescentes no espaço virtual, visto que, contemporaneamente, com a integração mundial de pessoas nos meios tecnológicos, é crescente o número de crianças e adolescentes que são expostos a práticas de sexualização explícitas reais ou simuladas.

Por esse motivo, percebe-se que o tema em pesquisa apoia-se não somente pela sua acuidade social, mas também acadêmica, dado que é imprescindível aprimorar eventual atuação preventiva institucional e comunitária, através da renovação de estudos voltados à atuação dos órgãos estatais do Rio Grande do Sul no combate à sexualização de crianças e adolescentes na rede mundial de computadores, para que o direito e a rede de proteção infantojuvenil propiciem mecanismos céleres e eficazes de proteção a crianças e adolescentes frente ao novo ciclo de renovações delitivas da era digital.

Assim, para a consecução da pesquisa, torna-se necessário o seguinte questionamento: Dado o advento da rede mundial de computadores e o consequente avanço da prática do crime de pornografia infantil no ambiente virtual, pode se considerar que há mecanismos, nos órgãos de proteção estatais do Rio Grande do Sul, para o combate à sexualização de crianças e adolescentes na era cibernética 4.0?

Desse modo, para resolver o problema central de pesquisa far-se-á uso do método de abordagem dedutivo, assim como do método de procedimento histórico e monográfico, além da técnica de pesquisa documental e bibliográfica, mediante teses doutrinárias acerca do tema, dissertações e artigos de pesquisa que desenvolvem a aludida matéria.

Outrossim, o presente estudo será estruturado em três seções que se interconectam, sendo que, primeiramente, buscar-se-á compreender a evolução tecnológica até o período da era cibernética 4.0, destacando-se, nesse ponto, a linha cronológica que antecedeu a Quarta Revolução Industrial, dado que é necessário entender a origem da era computacional

para analisar as práticas delituosas nela perpetradas, sobretudo no que tange ao crime de pornografia infantil.

Posteriormente, na segunda seção, apresentar-se-ão os órgãos estatais e seus mecanismos de proteção à criança e ao adolescente, principalmente no que tange à preservação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, objetivando-se compreender quais são as instituições que atuam, mediante o emprego de políticas públicas, no combate à sexualização da infância e juventude, bem como quais são suas atribuições no efetivo e célere enfrentamento dessa modalidade de violência.

Por fim, na terceira seção, buscando responder diretamente o problema de pesquisa, analisar-se-á a existência de mecanismos, nos órgãos estatais de proteção à infância e juventude do Estado do Rio Grande do Sul, para o combate à pornografia infantil na era cibernética 4.0, revelando se de fato há políticas públicas e qual é a atuação dos órgãos estatais gaúchos no enfrentamento à sexualização de crianças e adolescentes no ciberespaço.

2 Indústria 4.0: historicidade e características

Antes de compreender a atuação dos órgãos estatais do Rio Grande do Sul no combate à sexualização de crianças e adolescentes na era cibernética 4.0, é imprescindível estabelecer a linha cronológica que antecedeu a Quarta Revolução Industrial, com o fim de entender a origem da era computacional para, posteriormente, analisar as condutas delituosas nela praticadas, sobretudo no que tange ao crime de pornografia infantil.

Assim, a cibercultura teve suas primícias no início do século XX, trazendo consigo uma ampliação e popularização da Internet e demais meios de comunicação, para possibilitar maior aproximação entre pessoas do mundo todo, em paralelo à disseminação de dinâmicas sociais, econômicas, filosóficas e políticas dos indivíduos hiperconectados (FIORILLO; CONTE, 2016).

Com o passar dos anos, a difusão das telecomunicações e sua fusão com a informática inauguraram uma nova dimensão social, a dimensão cibernética 4.0. Entrementes, observa-se que o primeiro grande ciclo de renovações sociais ocorreu a partir do ano de 1760, com a Primeira Revolução Industrial, a qual alterou massivamente o trato do ser humano com suas organizações ao substituir ferramentas por máquinas e pessoas por motores em uma escala jamais vista antes (FILHO, 2021).

Boettcher (2015) clarifica que, na Indústria 1.0, ocorreu o

aprimoramento da máquina a vapor por James Watt³, a qual foi manuseada, pela primeira vez, pela indústria têxtil. Logo após, outros setores passaram a utilizar o meio de automação de processos e, assim, a introduzir máquinas a seus sistemas produtivos, tornando-se, a indústria têxtil, o símbolo da produção excedente. Inclusive, é importante evidenciar que a primeira Revolução Industrial fomentou o surgimento do capitalismo, de modo que os meios de produção passaram a ser predominantemente industriais.

Ato contínuo, entre os anos de 1860 e 1914 - Segunda Revolução Industrial -, ocorreu a descoberta de um grande número de tecnologias, como a eletricidade, bem como o advento e modernização dos meios de locomoção, o avanço das formas de comunicação e a difusão da indústria química. Nesse período, foi de grande destaque a busca de maior lucratividade, mediante a ampliação da produção e a especialização do trabalho (SILVA; GASPARIN, 2015).

Outrossim, na Indústria 2.0, iniciou-se o Fordismo, vocábulo criado por Henry Ford⁴ em 1914 e utilizado para designar sistemas de produção em massa, com o fim de racionalizar a produção capitalista através do uso de inovações técnicas que promoviam a produção e o consumo em massa (BOETTCHER, 2015). Além disso, Ford também idealizou o processo de semiautomatização, que gerou uma revolução na indústria automobilística (SAKURAI; ZUCHI, 2018).

Na década de 1990, por sua vez, a internet interligou-se às formas sustentáveis de energia, instituindo a chamada Terceira Revolução Industrial (FILHO, 2021). Neste sentido, Boettcher (2015) explica que a Indústria 3.0, também conhecida como Revolução Técnico-Científica e Informacional, originou-se perante o processo de inovações tecnológicas, que foram marcadas pelas progressões no campo da informática, telecomunicações, robótica, biotecnologia e nanotecnologia⁵.

Desse modo, a Terceira Revolução Industrial conferiu, à Internet, impulso máximo, rumo à popularização, sobretudo quando o programador britânico Tim Berners-Lee, do laboratório europeu para a física de partículas de Genebra, criou o hipertexto *World Wide Web*⁶

3 Engenheiro mecânico e matemático do século XVIII, nascido em Greenock, na Escócia.

4 Henry Ford foi um empresário norte-americano do século XIX, o fundador da Ford Motor Company, nascido em Wayne Country, Michigan, Estados Unidos.

5 A nanotecnologia compreende a ciência de materiais para o domínio de partículas e interfaces que possuem dimensões excessivamente pequenas, de ordem de um a cem nanômetros.

6 Sistema de documentos predisposto na Internet que libera o acesso às informações lançadas no formato de hipertexto - textos veiculados em formato digital.

(WWW). Logo, com o consequente avanço de softwares de fácil acesso e uso, a rede “WWW” cresceu até transformar-se em uma rede mundial de computadores (FIORILLO; CONTE, 2016).

Veja-se, assim, que a combinação das conquistas tecnológicas pré-desenvolvidas a partir do século XX com a visão de um futuro de sistemas de produção automatizados e inteligentes, no qual o plano real é conectado ao virtual, fez surgir, em meados do século XXI, a chamada Quarta Revolução Industrial (SAKURAI; ZUCHI, 2018).

À vista disso, o Doutor Klaus Schwab (2016) sustenta que, na Indústria 4.0, a conectividade digital, viabilizada por tecnologias de software⁷, está gerando mudanças profundas no corpo social, sendo que sua escala de impacto e agilidade fazem com que esse novo ciclo de transformação seja diferente de qualquer outra revolução industrial vivenciada pela humanidade.

Para mais, Schwab (2016) sustenta sua convicção da ocorrência de uma Quarta Revolução Industrial em três razões: (1) Velocidade: a existência de um mundo multifacetado e fortemente interconectado faz com que esta revolução evolua em um ritmo exponencial e sinuoso; (2) Profundidade e Amplitude: a combinação de diversas tecnologias têm gerado mudanças de paradigmas, especialmente na sociedade e economia, e; (3) Impacto sistêmico: há uma transformação de sistemas entre países e em sua estrutura interna.

Além disso, com as ondas de novas descobertas, a interconexão dos objetos do dia a dia com os meios tecnológicos fez surgir a Internet das Coisas, que, consecutivamente, passou a sustentar seus pilares em novas estruturas e plataformas como a segurança cibernética, a computação em nuvem⁸ e a robótica avançada (SAKURAI; ZUCHI, 2018).

Em vista disso, a Indústria 4.0 apoiou-se na implementação de uma internet mais ubíqua e móvel, tal como de sensores menores, mais grandiosos tecnologicamente e baratos, os quais sustentaram a peculiar fusão das modernas tecnologias com a interatividade entre domínios biológicos, computacionais e físicos (SCHWAB, 2016).

Neste ínterim, registra-se que os grandes avanços tecnológicos, somados à hiperconectividade mundial, tem ocasionado amplo impacto

7 Reunião de procedimentos que formam instruções para o funcionamento de um computador, também denominado de programa.

8 Banco de dados capaz de ser acessado em qualquer lugar do mundo e a qualquer momento, mediante dispositivos conectados à internet.

no mercado, bem como nas ciências sociais e jurídicas, que passaram a contemplar um campo latente de interação global até então ignorado. Nessa perspectiva, Ascensão explica (2002) que a aquisição, pelo corpo social, do status de sociedade informacional, ou seja, coletividade que desfruta de uma fácil intercomunicação com vastas possibilidades de interatividade, contribui, de forma considerável, para o rompimento de fronteiras, propiciando a prática de condutas cujos resultados se propaguem ilimitadamente.

Assim, o novo ciclo de renovações trazidos pela Indústria 4.0 propiciou um terreno fértil para a prática de injustos penais que têm lesado, em muito, a sociedade hodierna. É nesse sentido, que Filho (2021) elucida:

Em um mundo hiperconectado, é fértil o espaço para a criatividade delitiva e para a atuação de novos sujeitos desestabilizadores. Estes anteriormente não se poderiam apresentar como verdadeiras ameaças à normalidade da vida humana, mas, por causa da sensibilidade e da virtualidade dos sustentáculos da comunicação e infraestrutura, podem abalar o estado de tranquilidade; podem gerar efeitos catastróficos e impactar significativamente a dinâmica regular de uma sociedade (FILHO, 2021, p. 14).

Observa-se, à vista disso, em prima concepção, que, na Era da Informação - iniciada no século XX -, a qual foi motivada pelo constante desenvolvimento tecnológico no mundo, a sociedade transformou-se em uma sociedade global, viabilizando aos indivíduos instrumentos positivos e oportunidades. Todavia, em uma segunda perspectiva, a evolução da tecnologia também passou a apresentar riscos ao corpo social, a partir de sujeitos que se utilizam dos meios tecnológicos e do espaço virtual para a prática de condutas ilícitas, as quais passaram a ser denominadas de cibercrimes (ALEXANDRE JÚNIOR, 2019).

Entre os cibercrimes mais frequentes, estão os delitos perpetrados contra crianças e adolescentes, em especial a pornografia infantil⁹, crime no qual o agente atua, através do uso da internet e de forma anônima, para aliciar ou obter conteúdo pornográfico de crianças e adolescentes que, por conta do abuso e da grande exposição íntima e pessoal, sofrem danos irreparáveis (MARTINS, 2021).

9 Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Diante disso, cumpre registrar que a SaferNet Brasil, organização não governamental que mantém um canal de denúncias de violações de direitos humanos e crimes executados na rede mundial de computadores, contabilizou, nos primeiros 04 meses de 2023, um aumento de 70% no número de notificações de pornografia infantil, em relação ao mesmo período do último ano - 2022 (SAFERNET, 2023).

Ademais, evidencia-se que, de 01 de janeiro de 2023 a 31 de abril de 2023, a SaferNet auferiu 23.777 denúncias únicas, sendo que, dos dez tipos de crimes que podem ser denunciados pelo canal, as notificações de imagens de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes são as mais frequentes, equivalente a 42,5% do total de denúncias recebidas durante os últimos 17 anos (SAFERNET, 2023).

Portanto, o crescente número de crianças e adolescentes expostos cotidianamente a práticas de sexualização explícitas, reais ou simuladas, deve gerar preocupação aos órgãos estatais do Rio Grande do Sul, instituições que buscam propiciar mecanismos céleres e eficazes para o combate à pornografia infantil ante o advento da era computacional 4.0, e, consequentemente, promover a proteção integral dos direitos fundamentais outorgados à população infanto juvenil pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, após compreender o ciclo de renovações que deram origem a era cibernetica 4.0, bem como a prática delitiva existente no plano virtual, mormente no que tange à prática do crime de pornografia infantil, imprescindível é, para a consecução da presente pesquisa, identificar os órgãos estatais e seus mecanismos de proteção à criança e ao adolescente, sobretudo na preservação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, o que será visto no próximo ponto.

3 Atuação dos órgãos estatais no desenvolvimento de políticas públicas de proteção à crianças e adolescentes

Após analisar a linha cronológica que antecedeu a Indústria 4.0 e a criminalidade cibernetica, apresentar-se-ão, neste ponto, os órgãos estatais e seus mecanismos de proteção à criança e ao adolescente, sobretudo na preservação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, buscando-se compreender quais são as instituições que atuam, mediante o emprego de políticas públicas, no combate e na prevenção à sexualização da infância e juventude, bem como qual o procedimento adotado para o

efetivo e célere enfrentamento dessa modalidade de violência.

Destaca-se, a priori, que, em 1959, promulgou-se a Declaração dos Direitos da Criança, plano internacional que instituiu a Teoria da Proteção Integral e causou uma transformação na posição até então ocupada por crianças e adolescentes em processo de desenvolvimento físico, social, psicológico, cultural e intelectual, ao regulamentar a busca pela efetivação e a plena proteção de seus direitos (CUSTÓDIO; VERONESE, 2013).

Posteriormente, a Declaração dos Direitos da Criança foi reforçada, em 1989, pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, tratado que modificou, na Constituição Federal Brasileira, a doutrina da situação irregular, adotada anteriormente, e passou a contemplar a Teoria da Proteção Integral, dando uma nova visão à infância (SABINO; DUARTE, 2016).

Nesse sentido, André Viana Custódio (2008) relata que a Constituição da República Federativa do Brasil, juntamente com suas respectivas garantias democráticas, ao inter-relacionarem princípios e diretrizes da Teoria da Proteção Integral, instituíram o esteio primordial do Direito da Criança e do Adolescente, reproduzindo-se os reflexos sobre o cenário sócio-histórico pátrio ao proporcionarem um reordenamento institucional, jurídico e político em relação a todos os programas de ações do Estado, em estreita cooperação com a coletividade social.

Outrossim, Franciele Kühl (2018) esclarece que, com a Constituição Federal de 1988, originou-se a concepção de Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente¹⁰, o qual possuía o objetivo de disciplinar os direitos fundamentais e estabelecer um sistema de distribuição de responsabilidades, para que o governo e a sociedade civil materializassem as políticas públicas estruturadas com o fim de garantir a proteção de direitos da comunidade infantojuvenil, fortalecendo, em 1990, a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isso posto, avulta-se que a teia da rede de proteção à crianças e adolescentes é composta por órgãos e serviços governamentais e não-governamentais que, em conjunto, atuam na expansão e desenvolvimento da qualidade dos direitos previstos normativamente, o que se faz, mormente, mediante a criação e aplicação de políticas públicas, as quais

10 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

podem versar acerca de políticas universais de atendimento às necessidades básicas do público infantojuvenil ou de medidas especiais de proteção para crianças e adolescentes que se encontrem em condição de risco pessoal e comunitário (SILVA, 2004).

Desse modo, o âmbito da defesa dos direitos da infância e juventude é integrado pelo Judiciário, Ministério Público, Secretarias de Justiça, Conselheiros Tutelares e órgãos de defesa da cidadania, instituições que objetivam o cumprimento e a garantia dos direitos regulamentados na legislação pátria, mediante a responsabilização social, administrativa ou judicial daqueles que violam o direito à intimidade, honra, imagem e dignidade de crianças e adolescentes (SILVA, 2004; BAPTISTA, 2012).

Nesse ínterim, acentua-se o Conselho Tutelar, órgão não-jurisdicional, permanente e autônomo, que desenvolve a atribuição de atender crianças e adolescentes em situação de risco, bem como de determinar as providências cabíveis em cada caso em análise, desenvolvendo, em suma, uma atuação no âmbito estrito da proteção especial de crianças e adolescentes (SILVA, 2004).

Logo, o Conselho Tutelar dedica-se à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da comunidade infantojuvenil, desenvolvendo sua atuação mediante a aplicação de medidas de proteção administrativas para proporcionar e assegurar direitos, principalmente quando há violação ou ameaça de transgressão, bem como reclamar a aplicação, ao Poder Público, de medidas próprias para assegurar a concretização desses direitos ou ampliar o fortalecimento da participação social (KÜHL, 2018).

É nesse sentido que tal órgão constitui um meio de denúncia para as práticas que ferem os direitos de crianças e adolescentes, entre eles a sexualização em ambiente virtual, sendo que sua atuação encontra-se no ato de reclamar ao Poder Público a formulação de políticas públicas em prol da população infantojuvenil, bem como intermediar ações de repressão a violências e situações de risco denunciadas pela sociedade, aplicando as medidas de proteção cabíveis ou encaminhando os casos concretos às autoridades competentes para que assim o façam (JÚNIOR, 2020).

Outrossim, outro órgão de grande atuação na defesa dos direitos da infância e juventude é o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), órgão colegiado de formação paritária e caráter eminentemente deliberativo, criado mediante a Lei nº 8.242/91¹¹.

11 Criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e

Este órgão é integrante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e desenvolve sua atuação através da atribuição de metodizar ações que promovam a proteção integral de crianças e adolescentes (JÚNIOR, 2020).

Assim, o CONANDA desenvolve a função de assessorar diretamente o Presidente da República na criação de políticas públicas e diretrizes focadas à efetivação dos direitos da população infantojuvenil, bem como de sistematizar iniciativas e apoiar o desenvolvimento de projetos destinados à proteção e efetivação dos direitos humanos em âmbito nacional, além de ordenar a política nacional de direitos fundamentais de acordo com os preceitos do Programa Nacional de Direitos Humanos e desempenhar os serviços de ouvidoria geral para crianças e adolescentes (VARALDA, 2008).

Por oportuno mencionar, também, os Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, que desempenham o papel de criar e manter a articulação intersetorial para a construção e aperfeiçoamento de políticas públicas, assim como de atualizar índices de pesquisas, por meio da sistemática de coleta de dados, sobre a situação do público infantojuvenil no âmbito de sua extensão (CUSTÓDIO, 2015).

Tais conselhos desempenham primordial papel no âmbito administrativo, no exercício de estruturar, de forma estratégica, as ações e técnicas do Sistema de Garantias de Direitos Humanos da Infância e Juventude, além de deliberar e fiscalizar as políticas públicas de assistência (KÜHL, 2018).

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS), por sua vez, foi regulamentado pela Lei nº 8.742¹² de 1993 e possui a atribuição de prover programas, projetos e serviços, com o objetivo de acautelar situações de vulnerabilidade através do fortalecimento de vínculos familiares e

estabeleceu outras providências.

12 Art. 6º A gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (Suas), com os seguintes objetivos:

I - consolidar a gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os entes federativos que, de modo articulado, operam a proteção social não contributiva;

II - integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social, na forma do art. 6º-C;

III - estabelecer as responsabilidades dos entes federativos na organização, regulação, manutenção e expansão das ações de assistência social;

[...]

§1º As ações ofertadas no âmbito do Suas têm por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e, como base de organização, o território.

comunitários. Com a formação do SUAS, a assistência social passou a desenvolver uma atuação de caráter preventivo e protetivo por intermédio do fornecimento de serviços de proteção social básica e especial, com o auxílio dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e dos Centros de Referências Especializados de Assistência Social (CREAS) (SOUZA, 2016).

Nesse diapasão, o Sistema Único de Assistência Social estruturou sua forma de gestão por níveis de proteção social, sendo elas: a proteção social básica, cujo órgão de atuação territorial se traduz nos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), que desenvolvem sua atuação por meio de um conjunto de serviços, com o escopo de acautelar as situações de vulnerabilidades através do aprimoramento de capacidades, potencialidades e da fortificação dos laços familiares e sociais; e a proteção social especial. Digno de nota, a proteção social especial se subdivide em proteção de média complexidade, a qual oferta apoio socioassistencial às famílias e pessoas cujos direitos restarem lesados ou violados, por exemplo, dos Centros de Referências Especializados de Assistência Social (CREAS); e proteção de alta complexidade, que compreende os serviços voltados para aqueles que se encontrem em situação de ameaça e engloba medidas excepcionais, como a retirada do indivíduo do núcleo familiar (SOUZA, 2016).

Destarte, importante ressaltar que garantir direitos suscita mover pelo menos três frentes basilares: a da concretização dos direitos estabelecidos legislativamente, a da defesa em reflexo à sua violação e a da gerência no cumprimento das ações que objetivam realizá-los (CABRAL, et.al., 1999). De tudo isso, comprehende-se que a eficácia do Sistema de Garantias de Direitos da Infância e Juventude é resultado de uma interação entre agentes, instrumentos e ambientes institucionais em cada uma das três frentes, tal como da completividade e suplemento mútuo entre estas (SILVA, 2004).

Nesse sentido, o conceito tradicional de sistema não comprehende um dos principais pontos de um sistema de conexões interorganizacionais, qual seja a reunião de órgãos ou uma estruturação ordenada entrelaçando os diversos serviços de proteção às crianças e adolescentes, manifestando-se, em verdade, tão somente pela constituição de subconjuntos característicos de cada intervenção prática, motivo pelo qual não se pode presumir que tal concepção comprehende a aptidão de recombinação dinâmica em que o procedimento é virtualmente viável em múltiplas combinações de órgãos e atuações (BRANCHER, 2000).

Portanto, ressalta-se que a rede de garantia dos direitos da infância e juventude compreende o conjunto de relações acionadas, em diferentes situações, pelos agentes de cada instituição, com o fim de assegurar o combate da criminalidade infantil, sobretudo frente às inovações tecnológicas da Indústria 4.0, sendo imprescindível, para a efetivação das políticas públicas desenvolvidas e executadas pelos órgãos estatais aqui apresentados, estabelecer conexões interorganizacionais (SILVA, 2004).

Sendo assim, uma vez apresentados os principais órgãos estatais e sua atuação na rede de proteção à infância e juventude, para que se consiga responder à problemática de pesquisa, será necessário verificar, na próxima seção, se existem mecanismos, no Estado do Rio Grande do Sul, para o combate à sexualização de crianças e adolescentes na era cibernetica 4.0.

4 Mecanismos dos órgãos estatais do Rio Grande do Sul para o combate à pornografia infantil na era computacional 4.0

Uma vez revelados, na seção anterior, alguns órgãos estatais, como o CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente -, o Conselho Tutelar, os Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, o CREAS - Centro de Referência Especializado de Assistência Social - e o CRAS - Centro de Referência de Assistência Social -, instituições que atuam, em conjunto, na proteção dos direitos da comunidade infantojuvenil e no combate à sexualização de crianças e adolescentes, cumpre analisar, por fim e nesta seção, a existência ou não de mecanismos, nos órgãos estatais do Rio Grande do Sul, para o enfrentamento da pornografia infantil na era computacional 4.0.

Importante destacar que, objetivando-se responder à problemática de pesquisa, analisar-se-á, neste ponto, uma rede de mecanismos, formada por um triângulo de ações que combinam políticas públicas de caráter preventivo e repressivo, considerando que a rede de proteção infantojuvenil integra a articulação de diversos órgãos, com finalidades distintas, e que, em conjunto, operam no combate à pornografia infantil. Assim, a atuação estatal e as políticas públicas expostas nesta seção exemplificam o triângulo informação, denúncia e detecção.

À vista disso, destaca-se o Plano Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-juvenil¹³, comitê instituído pela Secretaria

13 Aprovado pelo Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado do Rio Grande do Sul - CEDICA/RS e pelo Conselho Estadual de Assistência Social do Rio Grande

de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos em caráter permanente que compõe a Política do Estado do Rio Grande do Sul de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes e objetiva prevenir e proteger a população infantojuvenil de situações de sexualização e abuso, assegurando-lhes o direito ao desenvolvimento sexual pleno e saudável (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

O plano possui como objetivo geral estabelecer um grupo de ações articuladas que possibilitem a intervenção financeira, técnica e política para o combate da pornografia infantil, destacando-se, neste ínterim, que, dentre suas atribuições, está a atuação na articulação e mobilização de campanhas e o incentivo à criação de Comitês Municipais para o fortalecimento das ações locais e Planos de Combate à Violência Sexual da Infância e Juventude (JÚNIOR, 2020).

Além disso, o projeto prevê a atuação estatal em 6 eixos, todos com suas ações, responsáveis, parceiros, prazo para execução e forma de monitoramento predeterminados, sendo eles: (1) prevenção; (2) atenção; (3) defesa e responsabilização; (4) participação e protagonismo; (5) comunicação e mobilização social, e (6) estudos e pesquisas (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Exemplifica-se, nesse sentido, que o eixo cinco, destinado à comunicação e mobilização social, prevê, dentre suas ações, o fomento à promoção de campanhas publicitárias estaduais para o fim de estimular a realização de denúncias relacionadas à violência sexual infantojuvenil, a ser realizada, por exemplo, pelo Comitê Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes (CEEVSCA/RS), que, além de promover a campanha “Fique atento aos sinais. Escute. Acolha. Denuncie”, destinada ao combate dos crimes virtuais contra crianças e adolescentes, mantém canal ativo de informativos nas redes sociais Instagram, Facebook e no YouTube. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Paralelamente ao Plano Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-juvenil e no que concerne ao fomento publicitário para a realização de denúncias de violência praticada contra crianças e adolescentes, cabe destacar a ferramenta de denúncia “Disque 100”, também conhecida como Disque Direitos Humanos, mecanismo de queixa oficial do Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos utilizado, no Rio Grande do Sul, como um canal de denúncia anônima e gratuita, no qual se

do Sul - CEAS/RS, o Plano Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-juvenil foi regulamentado, em 22 de abril de 2019, através da Resolução Conjunta CEDICA/RS e CEAS/RS nº 001/2019, tendo o prazo de 10 anos para concretizar suas ações.

reportam eventuais abusos de que o cidadão tenha conhecimento. Neste, a assistência funciona 24 horas por dia, em todos os dias da semana, sendo que as informações obtidas pelo órgão em uma ligação são prontamente enviadas às instituições competentes no local de domicílio da vítima, para a consequente apuração dos fatos (JÚNIOR, 2020).

À vista disso, a organização funcional do Disque 100 é operada através da divisão de serviços, que funciona da seguinte forma: Ao acionar o mecanismo através de ligação ao número 100, a Unidade de Resposta Audível (URA) realiza a recepção oferecendo ao denunciante opções de atendimento na língua portuguesa, inglesa e espanhola. Ato contínuo, comunica-se da opção de saber o número telefônico do Conselho Tutelar do respectivo município ou de prosseguir em conversa com um teleatendente, o qual realiza o registro da denúncia, com o máximo de informações que consegue obter, sendo que, em casos de ligação do próprio agressor ou de crianças e adolescentes suicidas, transfere-se o denunciante para atendimento especializado. (MEDEIROS, 2014).

Continuando, Medeiros (2014) explica que, com a confirmação de que a denúncia corresponde a um caso de violação de direitos humanos, o teleatendente busca a informação dos dados da vítima, de sua localização ou do local onde a violência está ocorrendo, assim como dos dados do agressor, registrando todas as informações obtidas no Sistema Integrado Nacional de Direitos Humanos de Atendimento. Encerra a ligação e, após a verificação de ortografia e informações pela equipe de monitoramento, a denúncia é classificada por categoria e, em se tratando de caso gravíssimo, lhe é atribuída prioridade, sendo remetida, por fim, para o setor de encaminhamento, que realiza a análise do grau de prioridade e envia ofícios para todos os órgãos competentes para a averiguação da denúncia.

Registra-se, neste ínterim, que, em pesquisa realizada pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, o Disque 100 registrou, entre os períodos de janeiro a abril de 2023, mais de 17 mil violações sexuais contra crianças e adolescentes, sendo que 763 denúncias e 1,4 mil violações sexuais foram praticadas na internet, havendo, em todo o ambiente virtual, registros de exploração sexual, estupro, abuso sexual físico e violência sexual psíquica (BRASIL, 2023).

Assim, revela-se que o “Disque 100” serve como um mediador mais seguro, dado que conserva o anonimato do denunciante e a efetividade na apuração de eventuais queixas, que são repassadas aos Conselhos Tutelares e demais órgãos competentes, para tomarem as providências cabíveis e

necessárias em cada caso em análise (JÚNIOR, 2020).

Outrossim, importante avultar, no que tange aos mecanismos de identificação do crime de pornografia infantil, o *software NuDetective*, mecanismo criado pelo professor Pedro Monteiro da Silva Eleutério, em conjunto com o Perito Criminal Federal Mateus de Castro Polastro, com o escopo de ajudar nas investigações de sexualização de crianças e adolescentes, mediante a detecção automática de nudez e pornografia infantil em arquivos retidos em cartões de memória, celulares, computadores, HD e pen drives (PINHEIRO, 2018). Digno de nota, o *software NuDetective* é mecanismo que se destaca a partir da atuação de Delegacias Especializadas de Investigações de Crimes Cibernéticos, uma das quais – com âmbito de atuação regional – está localizada no Rio Grande do Sul, em Porto Alegre (CERON; WANNER, et. al., 2013).

Veja-se, à vista disso, que, dentre as técnicas efetuadas pelo *software NuDetective*, para a identificação do crime de pornografia infantil, encontra-se a análise de nomes, no qual a ferramenta examina palavras-chaves, mediante a pesquisa de nomes dos arquivos para reconhecer termos frequentemente associados à pornografia infantil, bem como a análise de vídeo, no qual o software reconhece vídeos de pornografia infantojuvenil por meio da extração de frames de vídeos¹⁴ e utilização do algoritmo de detecção de nudez, observando a distribuição temporal dos referidos frames ao longo do clipe (MONTEIRO, 2017).

Ademais, o *software* também se utiliza do método de análise de *hashes*¹⁵, no qual se realiza uma comparação entre os códigos *hashes* do arquivo em análise com os códigos *hashes* de arquivos ilegais já registrados no banco de dados da Polícia Federal. Ocorre que tal método possui uma limitação, dado que detecta tão somente arquivos ilegais pré-cadastrados pela Polícia Federal em seu banco de dados (FEIJÓ, 2020).

Destarte, Monteiro (2017) exemplifica que esse tipo de *software* funciona da seguinte forma: (1) O perito, com bloqueio físico ou lógico contra a escrita para garantir a preservação das evidências, conecta a mídia para ser analisada em seu notebook; (2) O *software NuDetective* é acionado e seleciona-se o local a ser examinado; (3) Executa-se o sistema de análise do *NuDetective* que, por meio de seus métodos de análise, detecta os arquivos suspeitos de conterem conteúdo pornográfico infantojuvenil, e; (4) Após

14 Frames de vídeos são caracterizados como quadros ou imagens precisas de um produto audiovisual.

15 Código virtual de um documento, reconhecido como uma impressão digital utilizada para garantir a integridade de um documento virtual.

a listagem de resultados do *NuDetective*, o perito examina os arquivos suspeitos, confirmando a existência ou não de conteúdo pornográfico envolvendo crianças e adolescentes.

Dessa forma, ainda que a investigação tenha o seu próprio rito, o *software* em análise, quando utilizado de forma correta, garante que a cadeia de evidências coletadas e investigadas não seja quebrada, obtendo, consequentemente, o juízo de admissibilidade e proporcionando teor probatório capaz de aumentar a probabilidade de uma convicção positiva ao final do processo (CADILHAC, 2022).

Isso posto, possível ponderar que, após compreender o período que antecedeu a Indústria 4.0, conhecer os órgãos estatais de proteção à infância e juventude e a sua atuação no combate à sexualização de crianças e adolescentes na era computacional, observou-se, neste ponto, um triângulo de ações que combinam políticas públicas de caráter preventivo e repressivo - triângulo informação, denúncia e detecção.

Com isso, tal análise revela que os mecanismos preventivos, quais sejam o Plano Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual Infantojuvenil e o Disque 100, desenvolvidos por órgãos estatais, integram a atuação conjunta de diversas instituições voltadas para a proteção de crianças e adolescentes, citando-se como exemplo o Conselho Tutelar. Concomitantemente, o mecanismo de repressão do crime de pornografia infantil, *software NuDetective*, ainda que não seja um mecanismo criado pelo movimento de proteção estatal, é utilizado pelas delegacias de combate a crimes cibernéticos, órgãos estatais que também integram a rede de proteção da infância e juventude.

5 Considerações finais

A presente pesquisa se propôs a verificar a existência ou não de mecanismos, nos órgãos de proteção estatais do Rio Grande do Sul, para o combate à sexualização de crianças e adolescentes na era cibernética 4.0, dado que a Quarta Revolução Industrial tem sido fator marcante no Direito Penal Brasileiro, mormente quando aliada à hiperconectividade mundial e a transnacionalidade do espaço cibernético, fatores que vem propiciando, a criminosos cibernéticos, um novo espaço de atuação delitiva, que vem atingindo, sobretudo, crianças e adolescentes, comunidade que se encontra cotidianamente exposta a práticas de sexualização explícitas reais ou simuladas.

À vista disso, o estudo buscou responder à seguinte problemática de pesquisa: Dado o advento da rede mundial de computadores e o consequente avanço da prática do crime de pornografia infantil no ambiente virtual, pode se considerar que há mecanismos, nos órgãos de proteção estatais do Rio Grande do Sul, para o combate à sexualização de crianças e adolescentes na era cibernética 4.0?

Para tanto, na primeira seção, compreendeu-se o período que antecedeu a Indústria 4.0, destacando-se a origem da era computacional, o surgimento da prática delitiva em ambiente virtual e a evolução tecnológica até a Quarta Revolução Industrial. Ato contínuo, apresentaram-se, na segunda seção, alguns órgãos estatais, como o CONANDA, o Conselho Tutelar, os Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, o CREAS e o CRAS, compreendendo-se a sua forma de atuação, mediante o desenvolvimento de políticas públicas, na preservação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e no combate à sexualização de crianças e adolescentes na Indústria 4.0.

Por fim, na terceira seção, analisou-se a existência de mecanismos, nos órgãos estatais de proteção à infância e juventude do Estado do Rio Grande do Sul, para o combate à pornografia infantil na era cibernética 4.0, destacando-se, neste ponto, um triângulo de ações que combinam políticas públicas de caráter preventivo e repressivo - triângulo informação, denúncia e detecção -, quais sejam o Plano Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual Infantojuvenil, o Disque 100 e o software *NuDetective*.

Com efeito, ao final da presente pesquisa, depreende-se que foi possível alcançar todos os objetivos propostos, assim como responder, de forma positiva, ao respectivo questionamento central, pois a análise revelou que os mecanismos preventivos, quais sejam o Plano Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual Infantojuvenil e o Disque 100, desenvolvidos por órgãos estatais, integram a atuação conjunta de diversas instituições voltadas para a proteção de crianças e adolescentes. Concomitantemente, o mecanismo de repressão do crime de pornografia infantil, software *NuDetective*, ainda que não seja um mecanismo criado pelo movimento de proteção estatal, é utilizado pelas delegacias de combate a crimes cibernéticos, órgãos estatais que também integram a rede de proteção da infância e juventude.

Dessa forma, conclui-se que há mecanismos, nos órgãos de proteção estatais do Rio Grande do Sul, para o enfrentamento da sexualização de crianças e adolescentes na era computacional 4.0.

Referências

ALEXANDRE JÚNIOR, Júlio César. **Cibercrime: um estudo acerca do conceito de crimes informáticos.** Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 14, n. 1, p. 341–351, 2019. DOI: 10.21207/1983.4225.602. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/602>. Acesso em: 14/09/2023.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Internet e da sociedade da informação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAPTISTA, Myrian Veras. **Algumas reflexões sobre o sistema de garantia de direitos.** Serviço Social & Sociedade. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/478ZwRHWkjzk7G9ZYd4p7yP/?lang=pt>. Acesso em: 31/05/2023.

BOETTCHER, Maicon. **Revolução Industrial - Um pouco de história da Indústria 1.0 até a Indústria 4.0.** Linkedin. Publicado em: 26/11/2015. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/revolu%C3%A7%C3%A3o-industrial-um-pouco-de-hist%C3%B3ria-da-10-at%C3%A9-C3%A9-boettcher/>. Acesso em: 31/05/2023.

BRANCHER, Leoberto N. **Organização e gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude.** In: KONZEN, Afonso Armando; VIEIRA, Alessandra; et. al. **Pela Justiça na Educação.** Capítulo 03, p.121-157. Brasília: MEC, 2000.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09/06/2023.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848 - Código Penal** -, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: Acesso em: 09/06/2023.

BRASIL, **Lei nº 8.069 - Estatuto da Criança e do Adolescente** -, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09/06/2023.

BRASIL, **Lei nº 8.242 – Cria o CONANDA-**, de 12 de outubro de 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm. Acesso em: 09/06/2023.

BRASIL, **Lei nº 8.742 - Lei da Assistência Social** -, de 07 de dezembro

de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 09/06/2023.

BRASIL, Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania - MDH.

Disque 100 registra mais de 17,5 mil violações sexuais contra crianças e adolescentes nos quatro primeiros meses de 2023. Campanha 18 de maio. Publicado em: 17/05/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/maio/disque-100-registra-mais-de-17-5-mil-violacoes-sexuais-contra-criancas-e-adolescentes-nos-quatro-primeiros-meses-de-2023>. Acesso em: 12/10/2023.

CABRAL, Edson Araújo, et al. **Sistema de Garantia de Direitos: um caminho para a proteção integral.** Módulo II. Recife: Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social - CENDHEC, 1999.

CADILHAC, Tálita. **Os crimes cibernéticos e o trabalho do perito forense computacional: práticas de investigação criminal computacional.** Centro Universitário Sociesc de Blumenau – UNISOCIESC. Blumenau/SC, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/32230>. Acesso em: 12/10/2023.

CEROM, João; WANNER, Paulo César Hermann; et. al. **Investigação de Crimes Relacionados à Pedofilia Utilizando Metadados de Imagens.** p. 52-58. DOI: 10.5769/C2013008. Conferência Internacional de Ciência da Computação Forense - ICoFCS, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5769/C2013008>. Acesso em: 12/10/2023.

CUSTÓDIO, André Viana. **As atribuições dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente para controle e efetivação de políticas públicas.** Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul/RS: UNISC, 2015.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente.** Revista do Direito - Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), n. 29, p. 22-43, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>. Acesso em: 28/09/2023.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Joseane Rose Petry. **Trabalho Infantil Doméstico.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DICIONÁRIO INFORMAL. **Frames.** Publicado em: 2016. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/frames/>. Acesso em: 09/06/2023.

FEIJÓ, Vamile Santos. **Perícia Forense Digital: recuperação de imagens com a ferramenta Autopsy.** Faculdade De Tecnologia De Americana Centro Paula Souza. Americana/SP, 2020. Disponível em: <http://ric-cps.eastus2.cloudapp.azure.com/handle/123456789/8417>. Acesso em: 12/10/2023.

FILHO, Paulo Roberto Aguiar de Lima. **O direito penal na quarta revolução industrial: a expansão razoável frente aos crimes cibernéticos.** Universidade Federal de Pernambuco; Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito. Volume 06. Número 10. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/150>. Acesso em: 20/03/2023.

FIORILLO, Celso Antônio P.; CONTE, Christiany P. **Crimes no meio ambiente digital.** Capítulos 01, 04 e 05. Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788547204198. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547204198/>. Acesso em: 27/03/2023.

JÚNIOR, José Evandro dos Santos. **Violência Sexual Infanto-Juvenil e a Defesa dos Direitos Humanos no Estado Brasileiro.** Capítulo 04, p. 44-58. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais de Campina Grande, 2020. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/17422>. Acesso em: 07/06/2023.

KÜHL, Franciele Letícia. **Políticas públicas de atendimento às crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual intrafamiliar: uma análise no município de Santa Cruz do Sul no período de 2014 a 2018.** Capítulo 02, p. 21-63. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/2435>. Acesso em: 28/09/2023.

MARCONI, Marina de A.; LAKATOS, Eva M. **Metodologia Científica.** Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559770670. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770670/>. Acesso em: 09/06/2023.

MARTINS, Mariana Neto. **Crimes Cibernéticos: o combate à Pornografia Infantil no ambiente virtual.** Inhumas: FacMais, 2021. Disponível em: <http://65.108.49.104/handle/123456789/386>. Acesso em: 03/09/2023.

MEDEIROS, Matheus de Sousa. **Disque 100: uma análise da eficácia ao longo do tempo.** Universidade de Brasília. Brasília, 2014. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/9295>. Acesso em: 12/10/2023.

MONTEIRO, Pedro. **NuDetective: ferramenta forense de combate à pedofilia.** IPOG, 2017. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/tecnologia/nudetective-ferramenta-pedofilia/>. Acesso em: 09/06/2023.

PINHEIRO, Walber. **Sistema IPED: Conheça as principais funcionalidades do software utilizado na investigação da Operação Lava Jato.** IPOG, 2018. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/tecnologia/sistema-iped-software-usado-pela-policia-federal/>. Acesso em: 09/06/2023.

QUINA, Frank. **Nanotecnologia e o meio ambiente: perspectivas e riscos.** Universidade de São Paulo/SP, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/qn/a/5zZPsK4RdkjGGfFrhWsLbjd/?lang=pt#>. Acesso em: 31/05/2023

RIO GRANDE DO SUL. **Plano Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes do Rio Grande do Sul/2019-2029.** Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Porto Alegre, 2019.

SABINO, Elizandro; DUARTE, Júlia Souza. **A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil: a concretização da proteção integral, via principiológica estruturante e concretizante.** In: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzete da Silva. **Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: proteção integral e políticas públicas.** p. 11-49. Curitiba: Multideia, 2016.

SAFERNET. **Denúncias de imagens de abuso e exploração sexual infantil online compartilhadas pela SaferNet com as autoridades têm aumento de 70% em 2023.** Publicado em: 2023. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/denuncias-de-imagens-de-abuso-e-exploracao-sexual-infantil-online-compartilhadas-pela>. Acesso em: 09/06/2023.

SAKURAI, Ruudi; ZUCHI, Jederson Donizete. **As revoluções industriais até a Indústria 4.0.** Revista Interface Tecnológica, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 480–491, 2018. DOI: 10.31510/infa.v15i2.386. Disponível em: <https://revista.fatectq.edu.br/interfacetecnologica/article/view/386>. Acesso em: 22/05/2023.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo, Edipro, 2016.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**

- Capítulo 12. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)/ CONANDA. Brasília, 2004.

SILVA, Márcia Cristina Amaral da; GASPARIN, João Luiz. **A Segunda Revolução Industrial e suas influências sobre a Educação Escolar Brasileira**. Universidade Estadual de Maringá/PR, 2015. Disponível em: https://timelinefy-space-001.nyc3.digitaloceanspaces.com/files/4/4_XOKIYEOCSTZD9YY7QDQBUIIPQICIPYEM.pdf. Acesso em: 31/05/2023.

SILVEIRA, Cristiano Bertulucci. **O que é a Indústria 4.0 e como ela vai impactar o mundo**. Citisystems, 2017. Disponível em: <https://www.citisystems.com.br/industria-4-0/>. Acesso em: 31/05/2023.

SOUZA, Ismael Francisco. **O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil**. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/1304>. Acesso em: 29/09/2023.

TECMUNDO; MARTINS, Elaine. **O que é World Wide Web?**. Publicado em 2008. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/web/759-o-que-e-world-wide-web-.htm>. Acesso em: 07/06/2023

VARALDA, Renato Barão. **Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Boletim Científico n. 26 - Escola Superior do Ministério Público da União. Seção 01, p. 11-63. Brasília, 2008. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-26-janeiro-marco-de-2008/responsabilidade-do-estado-pela-omissao-do-cumprimento-das-normas-gerais-do-conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 28/09/2023.

Capítulo 6

A REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA ADEQUAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

Irineu José Coelho Filho²

1 Introdução

Amplitude das alterações da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), introduzidas pela Lei n. 14.230 de 25 de outubro de 2021, fez surgir uma nova estrutura normativa sobre o tema que há muito exigia a atenção do legislador. Tem-se de fato um novo regramento a sustentar o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa que, conforme a nova redação do seu artigo 1º visa a tutelar a probidade administrativa na organização do Estado e no exercício de suas funções, assegurando-se assim a integridade do patrimônio público e social.

Tão logo entrou em vigor, a assim chamada nova Lei de Improbidade Administrativa passou a ser objeto de discussão não só no meio jurídico, mas também em diversos outros setores da sociedade e com ampla cobertura midiática. De um lado vieram elogios dos que viam no antigo texto da lei um leque de oportunidades para perseguições políticas, punitivismo e desrespeito a direitos fundamentais. De outro, mesmo que desprovidos de argumentação suficiente, surgiram discursos que reduziam o novel sistema a um convite à impunidade, antevendo ou profetizando sua ineficácia em assegurar a integridade do patrimônio público.

Outras vozes associavam essa reforma legislativa a casos concretos,

1 O presente artigo é resultado da pesquisa apresentada em forma de Resumo Expandido no 3º Ciclo de Encontro de Egressos do PPGD da Universidade de Itaúna, realizado no Auditório do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, no período de 6 a 7 de junho de 2024.

2 Doutorando e mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas (FADOM). Delegado de Polícia Civil - PCMG (Aposentado). Advogado. E-mail: delegadoirineucoelho@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8305646466318143>.

apontando-a como resposta do legislador à atuação de órgãos de controle contra agentes e partidos políticos.

Em uma democracia constitucional como a brasileira, o debate é imprescindível e, em que pese a ausência de argumentação plausível em muitos casos, toda e qualquer manifestação há que ser recebida como legítimo exercício das liberdades públicas. O que se nota em muitas situações é a compreensão equivocada dos direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados, às vezes confundidos com ou associados à ideia de impunidade, de complacência com o desvio, de relativização da juridicidade.

Esses discursos em relação à nova lei de improbidade administrativa, apontando-a como uma resposta ao combate à corrupção e, ainda, antevendo sua ineficácia ante os atos ímparobos, dentre outros, parecem refletir a crença de que por meio do Direito é sempre possível mudar um estado fático de coisas (Magalhães, 2019). Não parece ser o melhor caminho acreditar que uma lei ou um conjunto de leis possa resolver um problema antigo e complexo como o da improbidade administrativa. Assim não funciona no Direito Penal. Agravar penas e relativizar direitos e garantias do cidadão não resolve a questão criminal. Acreditar que a solução (ou não) destes problemas está substancialmente atrelada aos seus respectivos comandos normativos é esvaziar o debate em torno do tema, reduzindo-o a um minúsculo espaço de opiniões sem o aporte de qualquer contribuição teórica ou prática.

Diante disso, a presente pesquisa versa sobre o novo enunciado normativo que dispõe sobre a expressa previsão de aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, contido no artigo 1º, § 4º da Lei n. 8.429/1992, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 14.230/2021.

A atualidade e relevância do tema estão demonstradas pelo intenso debate que vem sendo travado no judiciário, no meio acadêmico e na sociedade como um todo, sobre as principais alterações introduzidas na Lei n. 8.429/1992, seus desdobramentos e possibilidades.

Pela pesquisa bibliográfica e documental, e método crítico-discursivo, analisa-se alguns pontos da reforma legislativa a fim de se responder à seguinte questão: houve avanço no ordenamento jurídico brasileiro com a adequação da lei de improbidade administrativa à estrutura principiológica da Constituição Federal de 1988, ou se está diante de um retrocesso que implicará em impunidade e descrédito do sistema de

responsabilização delineado a partir do novo comando normativo? O procedimento utilizado foi a revisão bibliográfica.

2 A constitucionalização da moralidade administrativa e suas implicações

A Constituição Federal de 1988, pelo enunciado normativo do seu artigo 37, estabeleceu que a administração pública direta e indireta devem obediência aos princípios de legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo este último inserido pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998. No parágrafo 4º do mesmo dispositivo, o texto faz menção aos atos de improbidade administrativa, limitando-se a apontar algumas das sanções aplicáveis, sem, contudo, enumerá-los, o que seria feito posteriormente pelo legislador ordinário. Foram estabelecidas constitucionalmente como consequência dos atos de improbidade administrativa a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o resarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Constituição de 1988 consolidou o processo de redemocratização no Brasil, instituindo o Estado democrático de direito, estruturado nos princípios fundamentais da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Trata-se de uma conquista civilizatória sem precedentes, e de uma sólida mensagem de esperança para o povo que passou a acreditar, a partir de então, na construção de um Brasil melhor. Muitos dos anseios sociais foram objeto de discussão e ganharam espaço no texto constitucional, dentre eles o de ser ter uma administração pública pautada na juridicidade, que caminhasse sempre em direção às realizações coletivas, buscando o melhor para o povo que é o legítimo detentor do poder.

Um maior cuidado com o patrimônio público sempre esteve entre as principais expectativas do povo, não havendo quem não se preocupe com essa questão. A desonestade, falta de retidão e o patrocínio de interesses pessoais no âmbito da administração pública fundem-se num grave problema com o qual a sociedade brasileira convive há tempos. Sempre que se tem notícia de atos que impliquem em desvio de dinheiro público, por exemplo, um misto de revolta e desânimo comprime o indivíduo cumpridor do seu dever com o Estado e com os seus pares na sociedade.

Daí o cuidado do legislador constituinte em estabelecer de forma

expressa os princípios administrativos e em estabelecer algumas sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, que ferem o princípio da moralidade, deixando claro que outras poderão ser impostas nas demais esferas compreendidas pelo poder punitivo estatal. Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 21-22):

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

Pode-se dizer que, no âmbito da Administração Pública, não basta ser um estático cumpridor das leis. É preciso ir além, é preciso ter consciência de que a função exercida está direcionada ao povo como legítimo detentor do poder estatal. E mais, a coletividade está sempre à espera de uma atuação honesta, além de legal, que observe em conjunto todos os princípios administrativos constitucionalmente estabelecidos. Nas palavras de Alexandre Moraes (2023, p. 298):

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois, a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Ressalte-se que todos aqueles que se relacionam com a Administração Pública, a exemplo de fornecedores e prestadores de serviço, devem observar os mencionados princípios éticos. Conforme adverte Maria Silvia Zanella de Pietro (2014, p. 79), o princípio da moralidade “deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública”.

A inobservância do princípio da moralidade faz surgir os atos de improbidade administrativa aos quais serão aplicadas a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o resarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, nos termos do artigo 37, § 4º da Constituição Federal. (Brasil, 1988). Conforme ensina Marçal Justen Filho (2011, p. 996) “a improbidade administrativa consiste na ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício de

função pública, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei”.

Ato ímpreto, portanto, é o ato desonesto, que destoa dos preceitos éticos que devem nortear o exercício de função pública. Sempre que houver o desrespeito ao dever de moralidade estará configurada a improbidade administrativa (Justen Filho, 2011, p. 996). E esse dever de moralidade não se restringe, como visto, ao agente público, alcançando também o particular que se relaciona com a Administração Pública.

Com estribo na doutrina colacionada pode-se concluir que o enunciado normativo constante do artigo 37, *caput* e seu § 4º da Constituição Federal traçou os vetores incontornáveis para o exercício de toda e qualquer função pública no âmbito federal, estadual e municipal. Ficou claro que a sociedade tem direito a uma Administração Pública honesta e que o desrespeito ao dever de moralidade será severamente punido na forma e graduação previstas em lei, conforme se verá na seção seguinte.

3 A reforma da lei de improbidade administrativa e sua adequação ao Estado democrático de direito

A regulamentação do artigo 37, § 4º da Constituição Federal veio com a Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa. A denominada Lei de Improbidade Administrativa surgiu em um momento conturbado, em meio a denúncias de corrupção no governo de Fernando Collor de Mello, primeiro Presidente da República eleito pelo voto direto após a redemocratização. Naquele momento havia forte pressão popular pelo fim dos desmandos na Administração Pública, protagonizada pelos chamados “Caras pintadas”, conforme esclarecem Priscila Canova Motta e Nádea Regina Gaspar:

Em novembro de 1989 aconteceu no Brasil a primeira eleição direta para presidente, após o longo período de ditadura militar. O candidato Fernando Collor de Mello vence as eleições no segundo turno, assumindo a presidência no dia 15 de março. Em 15 de março de 1990, as primeiras denúncias contra Paulo Cesar (PC) Farias, tesoureiro da campanha de Collor começaram a surgir. Aparentemente PC Farias pediu dinheiro a empresários em troca de benefícios. Em maio de 1992 o irmão do então presidente denunciou PC Farias de ser “testa de ferro” do presidente, em negócios ilícitos. Em junho de 1992 o Congresso abriu uma CPI para investigar as denúncias de que PC Farias estaria

envolvido no caso de criação de contas fantasmagóricas enriquecidas com notas frias. Neste momento, o país foi inundado por manifestações a favor do impeachment do Presidente da República. No dia 11 de agosto de 1992 aconteceram passeatas em várias cidades do Brasil mobilizando 500 mil pessoas “No dia 14 de agosto os “Caras Pintadas” saem às ruas em massa, vestindo preto e com mensagens pintadas nos rostos. A expressão: “caras pintadas”, assim, foi designada pela imprensa e se refere aos estudantes que realizaram passeatas em favor do impeachment do então presidente Fernando Collor de Mello, em 1992”. (1993, p. 221-241).

Um cenário de descaso e de rotineiros abusos no âmbito da Administração Pública influenciaram o legislador, culminando na aprovação de lei que prevê para os atos de improbidade administrativa penas “igualmente ou até mais rigorosas do que as estabelecidas no Código Penal” (Capez, 2015, p. 16).

Em quase três décadas de vigência, a Lei n. 8.429/1992 mereceu alterações pontuais que se deram pelas leis de números 11.107/2005; 12.120/2009; 13.019/2014; 13.650/2018; 13.964/2019 e Lei Complementar n. 157/2016. Porém, muitos eram os questionamentos e críticas a ela, notadamente quanto à insegurança jurídica provocada, o que acabava por impedir ou limitar a atuação do gestor público. Rita Tourinho esclarece sobre alguns desses questionamentos:

Com o passar do tempo, entre os questionamentos surgidos quanto aos limites de aplicação da lei, dois se reportaram especificamente ao elemento subjetivo do tipo na caracterização da conduta como ato de improbidade administrativa. O primeiro decorreu da possível divergência entre “ato de improbidade” e tipo culposo nos casos do prejuízo ao erário, no seguinte sentido: estando a improbidade terminologicamente relacionada à conduta desonesta, caberia punição de atuações imprudentes ou negligentes caracterizadoras da culpa? Por outro lado, apesar de a improbidade por violação de princípios exigir o dolo como elemento subjetivo do tipo, diante da abstração própria dos princípios, não haveria uma afronta ao princípio da segurança jurídica?

A amplitude de algumas interpretações conferidas aos tipos de improbidade administrativa levou à formulação de críticas severas, doutrinárias e jurisprudenciais, ao longo dos quase 30 (trinta) anos de amadurecimento desta legislação. Arguiu-se o surgimento de uma “asfixia burocrática”, com a eliminação da indispensável dose de discricionariedade do administrador público, com o consequente “apagão das canetas” (2022, p. 150).

Fazia-se necessário, portanto, um diploma legal que se alinhasse aos modernos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em torno dos

atos de improbidade administrativa, de modo a permitir a correta aplicação das respectivas sanções. Era preciso um trabalho eficaz na preservação do patrimônio público e social, respeitando-se, para tanto, os direitos e garantias constitucionais que compõem a essência do Estado democrático de direito. Essa reformulação se deu por meio da Lei n. 14.230/2021, com substanciais alterações na Lei n. 8.429/1992, permanecendo intactos apenas os artigos 15 e 19. Por esse motivo é denominada nova lei de improbidade administrativa.

4 Os princípios do direito administrativo sancionador e a inadmissível confusão entre direitos fundamentais e impunidade

Foram tantas e profundas alterações na Lei n. 8.429/1992 que, de fato, temos uma nova disciplina da improbidade administrativa. Como já dito, apenas os artigos 15 e 19 não foram revogados ou modificados. Dentre essas modificações destacam-se a extinção da modalidade culposa da conduta que configura ato de improbidade (artigo 1º, § 1º), o estabelecimento de novos prazos prescricionais, com a inserção do instituto da prescrição intercorrente (artigo 23 e seu § 5º) e o expresso reconhecimento do sistema da improbidade administrativa como direito administrativo sancionador (artigo 1º, § 4º).

Positivou-se, portanto, a obrigatoriedade de observância no sistema da improbidade, da base principiológica constitucional do direito administrativo sancionador, este compreendido como “expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública em face do particular ou administrado” (Gonçalves; Grilo, 2021, p. 467).

O comando normativo contido no artigo 1º, § 4º da nova lei de improbidade administrativa, ao determinar a observância da base principiológica do direito administrativo sancionador no sistema da improbidade por ela disciplinado, representa avanço significativo, notadamente no que se refere à segurança jurídica, postando-se a lei em sintonia com o entendimento da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É o que se infere a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes, na Rcl n. 41.557 no qual assevera que “A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do *jus puniendi* estatal

e do sistema criminal” (BRASIL, 2020).

No mesmo sentido, precisas são as palavras de Benedito Gonçalves e Renato César Guedes Grilo:

Em essência qualitativa, não há diferença alguma da punição administrativa para a sanção penal: em ambos os casos o Estado expressa, por meio dos órgãos públicos competentes, o seu poder de punir condutas antijurídicas. É por isso que deve existir um núcleo mínimo de garantias aplicáveis à expressão punitiva do Estado, seja ela exercida e efetivada pelos órgãos administrativos, seja pela justiça criminal.

[...]

Com efeito, dentro da ampla seara do direito administrativo sancionador, o recorte que mais suscita debates e atenção dos juristas é o da improbidade administrativa. A gravidade das sanções previstas na Lei 8.429/1992 deixa claro para o operador do direito que, em matéria de direito sancionador, deve haver um núcleo comum de garantias, cuja aplicação não é exclusiva da seara penal (2021, p. 469).

Em sentido contrário, Marcio Soares Berclaz chama a atenção para “a insistência teimosa em querer equiparar um ilícito cível a um ilícito criminal, quando se sabe que há uma independência de esferas que justifica uma diferença ontológica entre um ato de improbidade e um ato criminoso, a começar pela possibilidade de privação de liberdade, restrita ao segundo caso” (2022). Discorda-se deste posicionamento por entender que o tema é bastante complexo, havendo ampla discussão doutrinária em torno das teorias qualitativa e quantitativa centradas na distinção dos ilícitos penal e administrativo. Um dos argumentos se estriba na gravidade de algumas sanções previstas na lei de improbidade administrativa, com já exposto, que chegam a ser iguais ou até piores que as previstas na esfera penal, devendo, pois, sua aplicação pelo Estado ser balizada por esse núcleo comum de garantias previsto na Constituição Federal (Gonçalves; Grilo, 2021, p. 469).

Os princípios de direito são normas jurídicas, assim como as regras, e sua previsão expressa ou implícita no texto constitucional reveste sua força normativa com a própria essência do Estado democrático de direito. Conforme esclarece Robert Alexy:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é,

portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (2024, p. 87).

Para Ronald Dworkin (2006, p. 42-43) “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso e importância”. [...] “Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é”.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que “os princípios de direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico” (2022, p. 147).

Reconhecida a força normativa dos princípios e, estando agora positivado na nova lei de improbidade administrativa a obrigatoriedade de observância dos princípios do direito administrativo sancionador no sistema da improbidade, este se coloca alinhado aos vetores do Estado democrático de direito. Parece não haver mais dúvidas de que “se alcançou o consenso no sentido de que o regime jurídico aplicável ao poder punitivo da Administração deve encontrar fundamento e limite na sistemática constitucional de maneira semelhante àquela estabelecida no âmbito penal” (Binenbojm, 2014, p. 470).

Sobre quais seriam os princípios do direito administrativo sancionador aplicáveis ao sistema da improbidade, Gustavo Binenbojm esclarece:

Nesse sentido, além das cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIII, LIV, e LV), destacam-se: o princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade (arts. 5º, II, e XXXIX, e 37 caput); os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade (art. 5º, caput, XXXIX e XL); os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); o princípio da individualização da sanção (art. 5º XLVI), e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1º e 5º, LIV) (2014, p. 470).

Impõe-se, doravante, a observância dessa base principiológica constitucional que se apresenta como núcleo comum de garantias sem as quais não estarão legitimadas as sanções aplicadas aos atos de improbidade administrativa.

O sistema de direitos e garantias fundamentais estampado na Constituição Federal foi pensado e construído a partir do consenso, resultando em uma escolha política de primeira grandeza que pôs fim a um longo período de autoritarismo e solipsismo no Brasil. Habermas

entende que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (2022, p. 142).

As diretrizes civilizatórias elaboradas a partir de uma Assembleia Nacional Constituinte são expressões do exercício do poder político por meio da representação, motivo pelo qual as normas constitucionais têm efeito expansivo e seu conteúdo material e axiológico constitui o balizamento de todo o sistema jurídico (Barroso, 2005, p. 12). Com estribo neste raciocínio há que se compreender que, no Estado democrático de direito, a observância de normas constitucionais que albergam o sistema de direitos e garantias fundamentais jamais poderá ser entendida como um aceno à impunidade.

5 Considerações finais

O presente trabalho, em razão de sua natureza, não teve como objetivo aprofundar a discussão sobre todas as alterações introduzidas pela Lei n. 14.230/2021 na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). A amplitude da reforma fez surgir uma nova disciplina da improbidade, o que certamente será objeto de contínuos e acalorados debates acadêmicos e judiciais que se estenderão por décadas, como aconteceu em relação ao texto original da Lei n. 8.429/1992. Objetivou-se, tão somente, fazer algumas considerações sobre a expressa previsão de aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, conforme a nova redação do artigo 1º, § 4º da lei.

Como visto, a previsão decorre de um consenso ao qual chegaram doutrina e jurisprudência, em que pese valiosas posições em contrário, não admitindo a aproximação do direito administrativo sancionador com o direito penal. Isso não significa, todavia, que a observância de direitos e garantias fundamentais na responsabilização por atos de improbidade administrativa representa óbice propositalmente engendrado pelo legislador visando a assegurar a impunidade dos atos de improbidade.

A legitimidade da atuação estatal quando pune, seja no âmbito administrativo, seja no criminal, depende da inflexível observância do ordenamento jurídico, partindo-se da Constituição Federal onde se encontram regras e princípios orientadores de todo o complexo sistema social. Sua observância é o primeiro e imprescindível passo em busca de

todo e qualquer projeto civilizatório. Compreensão em contrário não pode repercutir em um Estado democrático de direito.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

BERCLAZ, Márcio Soares. A “nova” lei de improbidade administrativa e seu impacto para a atuação constitucional do ministério público na defesa do patrimônio público e da probidade administrativa: balanço crítico inicial entre denúncias e anúncios. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 91, jan. 2022-jul. 2022, p. 135-150. Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/269/153>. Acesso em: 26 abr. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, (Edição Especial) Administração Publica, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 468-491. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2014-edicao-especial-administracao-publica-risco-e-seguranca-juridica>. Acesso em: 04 maio 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 maio 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. **Lei n. 14.230 de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art2. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 41.557**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 15/12/2020, pub. 10/03/2021. Segunda Turma. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/>

plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=Rcl%2041557&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 02 maio 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa: limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. **Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 7, n. 2, maio/ago. 2021, p. 467-478, 2021. DOI: 10.21783/rei/v7i2.636. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em: 01 maio 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, e1916. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/80272>. Acesso em: 01 maio 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2023.

MOTTA, Priscila Canova; GASPAR, Nádea Regina. Um discurso sobre o movimento estudantil brasileiro: análise foucaultiana em torno de buñuel. **Revista Linguagem – Estudos e Pesquisas**, Catalão-GO, v. 17, n. 2, p. 221-241, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufcat.edu.br/lep/article/view/32253/17218>. Acesso em: 02 maio 2024.

TOURINHO, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso? **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 84, p. 147-169, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-84/artigo-das-pags-147-169>. Acesso em: 02 maio 2024.

Capítulo 7

A VULNERABILIDADE PENAL BRASILEIRA CONTRA OS ATAQUES CIBERNÉTICOS E A INSEGURANÇA NO CIBERESPAÇO

Amanda Rucker Mombach¹

Vinícius Wildner Zambiasi²

1 Introdução

A pesquisa visa abordar os impasses do ordenamento jurídico brasileiro acerca do combate aos crimes cibernéticos, bem como analisar os desafios investigativos decorrentes do anonimato dos criminosos durante o cometimento dos cibercrimes. Nesse viés, mister é a análise da suficiência das leis já existentes no Código Penal referentes aos crimes virtuais.

À vista disso, por serem praticados no ambiente virtual, os cibercrimes são definidos pela ausência física do criminoso, o que gera dificuldades no momento de identificação dos infratores, já que podem usufruir de perfis falsos no momento do crime com o intuito de não serem identificados e devidamente punidos pelas suas condutas.

Com efeito, nota-se que o avanço da globalização proporcionou inúmeros benefícios à sociedade, tais como a resolução, pela via virtual, de afazeres que antes eram realizados somente de maneira presencial. Por outro lado, o surgimento de novas ferramentas intelectuais resultou em grandes impasses para o combate aos crimes digitais, visto que a internet permite a realização de diversas condutas maliciosas, as quais derivam de cliques velozes e que, por diversas vezes, são realizados em anonimato.

1 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Univel. E-mail amandaruckermombach@gmail.com

2 Doutorando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/Santo Ângelo, Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo CERS. Advogado e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Univel. E-mail viniciuszambiasi@gmail.com

Dessa feita, a disseminação da modalidade cibernética de crimes é uma problemática que atinge intensamente a sociedade, especialmente tendo em vista que as novas tecnologias ampliaram os meios de comunicação e o compartilhamento de dados, a ponto de vulnerabilizar, no espaço virtual, os usuários da internet.

Pelo exposto, com base no método dedutivo, a presente pesquisa busca responder à seguinte questão: por que, mesmo com a Lei dos Crimes Cibernéticos de nº. 12.737/2012, a segurança no ciberespaço e a punição efetiva dos infratores ainda são desafios para o ordenamento jurídico brasileiro?

2 A internet enquanto ferramenta (de transformação social e de cometimento de delitos)

Em 1969, no ápice da Guerra Fria, os cientistas depararam-se com a necessidade de trocar informações com os soldados, a fim de potencializar as estratégias de guerra. Em razão disso, foi criada a Arpanet, que funcionava como um meio de conexão entre os laboratórios de pesquisa. No começo, a utilização dessa rede era reservada ao espaço acadêmico e científico, porém, o seu uso comercial foi disponibilizado no início de 1987 (Comer, 2016).

Nesse viés, com o decorrer dos anos, a internet passou por diversas transformações, ao passo que, de maneira veloz, se tornou um sistema global de comunicação capaz de interligar todos os países do mundo. À vista disso, nota-se que as mudanças mais significativas ocorreram na velocidade de comunicação e, no perfil dos usuários da rede, que, no princípio, eram cientistas e pesquisadores e, atualmente, são pessoas comuns (Comer, 2016).

Sendo assim, revela-se que a internet foi uma invenção revolucionadora para diversas áreas, especialmente para o universo da pesquisa científica e da comunicação entre as pessoas. Todavia, com a popularização da rede e aumento de usuários, a segurança no ciberespaço foi comprometida e se tornou objeto de importante análise acadêmica e jurídica.

Como dito, o fenômeno da globalização, aliado à revolução tecnológica, expandiu os meios de comunicação e as formas de conexão entre as pessoas. No entanto, assim como são percebidas inúmeras vantagens, as inovações tecnológicas também contribuíram para o aumento da criminalidade, a partir da criação de um novo espaço, qual seja o

virtual. Assim, a internet possibilitou a criação de novos delitos e facilitou a execução de outros, tendo em vista que o anonimato do ambiente virtual garante maior comodidade e segurança aos criminosos, pois lhes assiste uma sensação de liberdade e de que jamais serão punidos.

Consequentemente, com a extinção das internacionais do ciberespaço, oriunda das inovações tecnológicas e da popularização da internet, o ambiente virtual se tornou local propício ao cometimento de crimes entre diferentes países ao mesmo tempo (Cidrão; Muniz; Alves, 2018), com o adendo da extensa complexidade na apuração e sanção dos atos criminosos no ambiente virtual, pois a discrição e as ferramentas utilizadas pelos infratores virtuais permitem que ajam sem chamar atenção (Meirelles, 2020).

Ademais, não obstante o facilitado acesso da internet que advém do uso de celulares, são as redes sociais que ocupam especial papel nessa discussão, pois a alteração causada na forma de convivência entre seres humanos, refletiu também no aumento e modificação da criminalidade, pois a interação simultânea e instantânea de diversas pessoas, mesmo que fisicamente distantes, criou ambiente propício para a aplicação de golpes em face usuários inocentes e despreparados para a nova realidade tecnológica. Assim, por meio do aprimoramento das práticas delitivas, o surgimento de novas modalidades de crimes na internet é crescente e, com isso, aumenta-se a necessidade de segurança no ambiente digital.

Especificamente sobre os crimes cibernéticos, cuja primeira discussão ocorreu em 1990, na cidade de Lyon (França), durante um encontro de uma subdivisão do grupo dos G8, estes podem ser classificados como próprios (quando o bem jurídico atingido é a inviolabilidade de dados) ou impróprios (aqueles em que o computador é usufruído somente como instrumento para a prática do crime) (Vianna, 2001).

Conforme Cruz e Rodrigues (2018), o principal meio para se cometer um crime virtual decorre de um mecanismo chamado *Malware* – isto é, um aplicativo que se insere em um sistema com o objetivo de transmitir informações a outros ou provocar prejuízos aos dispositivos eletrônicos. Contudo, este somente começará a operar quando houver alguma interação da pessoa que está conectada (como clicar em links ou acessar sites infectados). Sendo assim, os perpetradores dos crimes cibernéticos adotam o seguinte *modus operandi*:

1. Os *crackers* de sistemas (piratas que invadem computadores conectados em rede);

2. Os *crackers* de programas (que quebram proteções de *software* cedidos a título de demonstração para usá-los por tempo indeterminado, como se fossem cópias legítimas);
3. Os *phreakers* (especialistas em telefonia móvel ou fixa);
4. Os desenvolvedores de vírus, worms e trojans (aqueles que criam softwares que danificam o usuário);
5. Os piratas de programas (que cloram programas e violam direitos autorais);
6. Os distribuidores de *warez* (aqueles que disponibilizam softwares sem autorização dos detentores dos direitos autorais) (Vianna, 2001, p. 60).

À vista disso, nota-se que os indivíduos que praticam os crimes virtuais possuem a habilidade técnica com o manuseio da tecnologia como característica em comum. Tal aptidão, portanto, é usufruída como meio para prejudicar outros usuários mais vulneráveis e desprovidos do conhecimento necessário para perceber um ataque cibernético.

Ou seja, o crime eletrônico (extorsão, estelionato, fraude etc.) é um crime de meio (que usufrui de um meio virtual), na medida em que também ocorre fora do ambiente virtual, sendo apenas facilitado pela internet (Pinheiro, 2021), a qual é explorada pelo criminoso, que usa técnicas denominadas de engenharia social, as quais fazem a vítima acreditar nas informações fornecidas por ele e se sinta segura para compartilhar dados pessoais, documentos e informações bancárias (Wendt; Jorge, 2021).

Assim, por meio da engenharia social, o criminoso aproveita-se das vulnerabilidades da vítima, e não das instabilidades de uma rede ou servidor (como ocorre em certas ameaças cibernéticas). Consequentemente, percebe-se que o que falta não é a tipificação da conduta lesiva, mas sim a conscientização do usuário da internet sobre os riscos de se confiar em qualquer pessoa na *web* (Wendt; Jorge, 2021).

Isso posto, diante da evolução tecnológica e do aperfeiçoamento das técnicas dos criminosos, surgiram diversas modalidades de crimes cibernéticos, tais como:

- Invasão de dispositivos informáticos para disseminação de vírus e malware que coleta dados (e-mail, telefone, dados bancários etc.), como é o caso do Trojan Horse, também conhecido por Cavalo de Tróia;
- Distribuição de material pornográfico e pedofilia;
- Violação de propriedade intelectual (fraudes de identidades);

- Falsificação de dados financeiros, documentos particulares ou cartões de crédito;
- Extorsão cibernetica (quando se exige dinheiro para impedir o ataque ameaçado);
- Ataques de ransomware, que restringem o acesso ao sistema infectado e cobram resgate em criptomoedas para a liberação do acesso;
- Cryptojacking, que se dá pela invasão de computadores para a mineração de criptomoedas;
- Interrupção ou perturbação em sites ou perfis para disseminar mensagens difamatórias ou insultos dirigidos a empresas ou pessoas;
- Golpes e fraudes realizados através de redes sociais, anúncios falsos, WhatsApp etc. (Mendes, 2021, s/p).

Diante do exposto, denota-se a existência de diversas lacunas na legislação brasileira acerca dos delitos cibernéticos, e parte relevante disso decorre da velocidade com que são criadas modalidades de crimes virtuais e novas ferramentas maliciosas realizadas especialmente para prejudicar os usuários da internet, deixando o legislador em situação de desvantagem.

3 Marcos normativos da cibercriminalidade

Nessa perspectiva, é notável que o direito não acompanhou a velocidade com que a internet evoluiu, de modo a carecer de novas leis que possibilitem a segurança no espaço virtual; é por essa ausência de providências e da rápida evolução tecnológica que o ordenamento jurídico brasileiro encontra dificuldades para tutelar os crimes cibernéticos até hoje. Logo, estabelecer uma legislação sobre os crimes cometidos no ambiente digital não é fácil (Pinheiro, 2021). Não obstante a isso, existem alguns marcos normativos da cibercriminalidade que merecem destaque.

Primeiramente, o contexto de criação da Lei Carolina Dieckmann advém da atriz global que teve seu aparelho invadido por sujeitos que exigiram o pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em troca da não exposição de suas fotos íntimas. No entanto, ante a negativa da proposta, as fotos íntimas da vítima foram espalhadas nas redes sociais.

Nesse viés, a Lei nº. 12.737/12 modificou a redação do artigo 154 do Código Penal Brasileiro, que antes abrangia somente a violação de segredo profissional, para o fim de criar o artigo 154-A, que tipifica as invasões de variados dispositivos de informática, culminando ao criminoso uma pena de detenção de até um ano, acrescida de multa. Entretanto,

imbuídos por um (tradicional) sentimento populista, a criação da Lei n.º 12.737/12 não foi acompanhada do necessário nível de discussão. Assim, como resultado, efetivou-se mais uma norma que pertencem ao farto arcabouço da legislação penal simbólica, construída a partir de perspectivas populistas em detrimento da técnica e científicidade, cujo conteúdo é deficiente, lacunoso e de presumível incongruência de interpretações (Cidrão; Muniz; Alves, 2018).

Ou seja, ao criar a Lei Carolina Dieckmann, o legislador não refletiu de forma ampla sobre os cibercrimes em espécie, mas apenas se baseou em um momento, no qual uma pessoa famosa teve suas imagens íntimas divulgadas. Assim, mesmo com a alteração normativa, os usuários da internet seguem desprotegidos no ciberespaço³, pois a Lei nº. 12.737/12 é específica para uma modalidade de crime cibernético, sendo, portanto, ineficaz para outras. Ainda, trata-se de norma genérica, que necessita de complementações e atualizações para alcançar novos crimes, ameaças e invocações tecnológicas (Cruz; Rodrigues, 2018).

De outra banda, a cooperação internacional pode ser um forte avanço para o combate dos cibercrimes, já que esses delitos possuem um caráter transnacional e, com o auxílio de outros países, o combate da cibercriminalidade seria muito mais veloz e eficaz, tendo em vista que todos estariam trabalhando para um mesmo objetivo.

Assim, ao aderir à Convenção de Budapeste em 2021, o Brasil passa a ser signatário de texto normativo que busca a evolução das ferramentas de combate à criminalidade cibernética (que, como visto, pode ser cometida de qualquer equipamento eletrônico, ultrapassando instantaneamente fronteiras nacionais – o que gera complexidades à soberania dos países) (Araujo, 2022).

À vista disso, a Convenção de Budapeste ampara-se em três objetivos: 1) harmonizar as leis nacionais referentes aos crimes cibernéticos; 2) apoiar a investigação de tais crimes e; 3) aumentar a cooperação internacional na luta contra os crimes cibernéticos. No entanto, a incongruência da jurisdição territorial dos Estados e o fato de que os dados são preservados,

3 A título de curiosidade, a Lei nº. 12.737/12 é incompatível com a lei de interceptações (Lei nº. 9.296/96), uma vez que, na maioria das investigações dos cibercrimes, há a necessidade de se realizar a quebra de sigilo de dados telemáticos da ferramenta informática; a Lei de Interceptações, em seu artigo 2º, inciso III, menciona que não é permitida a interceptação de comunicações telefônicas quando decorrer de infrações constituídas com pena de detenção. Acontece que os crimes previstos nos artigos 154-A, parágrafos 1º e 2º e 266, parágrafos 1º e 2º da Lei Carolina Dieckmann, possuem pena de detenção e não reclusão (Cruz; Rodrigues, 2018).

além das fronteiras nacionais, aponta um grande desafio para a aplicação da lei (Araujo, 2022).

Sendo assim, sem se limitar aos crimes cibernéticos, a Convenção de Budapeste possibilita que as partes determinem procedimentos e poderes a fim de se obter provas eletrônicas e de se prestar assistência jurídica mútua, além de ordens de preservação quando houver razões para crer que os dados do computador são vulneráveis à perda ou modificação.

Corroborando a importância dos tratados internacionais na investigação dos crimes virtuais, o Supremo Tribunal Federal afirmou por meio do Informativo de nº. 1.084/2023 que:

A utilização apenas de mecanismos diplomáticos de obtenção de prova, por se revelarem acordos complexos e morosos, dificulta a apuração de delitos cometidos em ambiente virtual, razão pela qual, uma vez considerado o avanço tecnológico, não devem ser ignoradas outras formas de cooperação jurídica internacional, previstas em tratados e convenções internacionais que objetivem dar maior celeridade à preservação da prova, tendo em vista que a demora na obtenção dos dados pode ensejar a sua supressão (Brasil, 2023).

Pelo exposto, a Suprema Corte brasileira reforça a importância dos instrumentos de cooperação jurídica internacional encontrados nos tratados internacionais para garantir agilidade na obtenção de provas e na conservação das que foram obtidas, já que o atraso na aquisição de informações poderia culminar na sua deterioração. Assim, a Convenção de Budapeste revela-se essencial para o preenchimento de lacunas deixadas pelas legislações nacionais que versam sobre os ataques cibernéticos, porquanto, além de recomendar a tipificação penal de condutas, também traz considerações sobre a cooperação internacional no que tange a procedimentos de processo penal e à investigação criminal (Santos, 2018).

Por outro lado, há impasses para a cooperação internacional e a implementação de uma lei transnacional, tendo em conta que a aplicação da Convenção de Budapeste está sujeita a limitações e ressalvas impostas pela legislação interna de cada país, além de não proibir que os países signatários consolidem sistemas mais rígidos de privacidade (Perloff-Giles, 2021).

Por fim, imperioso destacar que além de *hackers* isolados, existem também inúmeras organizações criminosas de caráter transnacional envolvidas no cometimento de crimes cibernéticos. Parte daí a importância significativa da cooperação internacional para o combate dos crimes virtuais (Spiezzi, 2022) – isto é, nessa perspectiva, é possível que a união dos

países, por meio de tratados internacionais, seja um mecanismo eficiente no combate dessa modalidade delitiva, vez que tais delitos podem ser praticados por meio de qualquer computador ou equipamento eletrônico provido de internet e em qualquer lugar do mundo.

Dessa forma, por serem praticados na internet, os crimes virtuais estão cada vez mais complexos para se investigar e punir os culpados, tendo em vista que as técnicas criminosas evoluem com o aprimoramento das tecnologias digitais e, com isso, intensificam as formas de camuflagem dos criminosos, que podem se valer do anonimato para praticar suas condutas. Assim, o próximo capítulo desta pesquisa explanará as dificuldades de investigação e autoria dos crimes cibernéticos em razão do anonimato dos criminosos na prática desses delitos.

4 Desafios investigativos decorrentes do anonimato na autoria

O procedimento investigatório criminal no Brasil é uma fase preparatória destinada à apuração de indícios de materialidade e autoria do crime. Embora não seja a única forma, o modo mais tradicional de se realizar a investigação é através do Inquérito Policial, presidido por um Delegado de Polícia, que objetiva a produção de elementos probatórios capazes de contribuir para possíveis denúncias. Contudo, no viés dos cibercrimes, o processo investigativo é composto pela fase técnica e pela fase de campo. Na primeira, ocorre a coleta de dados e a análise de informações declaradas pela vítima a fim de encontrar o instrumento eletrônico que serviu como meio para a prática criminosa, bem como o máximo de elementos capazes de esclarecer o delito praticado. Após, o fato ilícito é formalizado por meio de um boletim de ocorrência e, consequentemente, é instaurado o procedimento investigativo (Wendt; Jorge, 2021).

Por sua vez, a fase de campo é iniciada a partir da localização do instrumento que foi utilizado para a conduta criminosa com a obtenção do seu respectivo endereço de IP (*Internet Protocol*), que é um conjunto de números de identificação de dispositivos eletrônicos em uma rede de internet. Assim, os agentes policiais vão até o local em que foi transmitido o sinal do IP e executam diligências para apurar as suas características (Wendt; Jorge, 2021).

Importante destacar que durante a realização dessas diligências, os policiais devem agir com zelo e discrição, considerando que pode ser necessária a instauração de eventual medida processual penal cautelar,

como é o caso da representação ao Poder Judiciário para a concessão de um mandado de busca e apreensão. Se, porventura, o endereço em que os policiais diligenciaram corresponder a uma rede não corporativa ou a uma residência, a medida cautelar é realizada imediatamente (Wendt; Jorge, 2021).

De outro norte, considerando o surgimento da internet como um advento recente na história, é possível apontar que o ambiente virtual não foi completamente explorado pelas autoridades policiais para que fossem criadas técnicas de segurança e de identificação de infratores cibernéticos, o que contribui para os impasses de punição dos autores desses crimes. Destarte, sabe-se que, para a aplicação de uma pena, deve existir a certeza do crime cometido, sendo imprescindível a comprovação da materialidade e a autoria do delito. No entanto, em se tratando de crimes virtuais, a comprovação da autoria torna-se mais complicada, especialmente pelo fato de os criminosos agirem em modo anônimo. Assim, sem a efetiva comprovação da prática do crime e de quem o cometeu, o réu é absolvido.

Outrossim, como os crimes virtuais dificilmente deixam vestígios, a identificação da autoria se torna mais complexa, até porque determinados dados virtuais dependem de autorização judicial para serem acessados, demandando mais tempo e, consequentemente, mais riscos de perecimento das provas. Assim, em razão da dinamicidade da internet e da facilidade com que se espalham dados e informações no universo virtual, os criminosos estão cada vez mais habilidosos em ocultar as suas identidades por meio da exclusão do IP (*Internet Protocol*) e da camuflagem dos seus endereços com o uso de uma Rede Privada Virtual denominada VPN (*Virtual Private Network*) (Othon; Damasceno, 2023).

Vale salientar que um dos meios utilizados pelos infratores para agirem no anonimato é a *Deep Web*, porque ela é um fragmento da internet em que é possível realizar trocas de informações e de arquivos sem que haja a indexação pelas formas de pesquisa tradicionais, além de ocorrerem de modo anônimo. Para entrar na *Deep Web*, portanto, basta que o usuário da internet tenha um aplicativo da rede TOR (*The Onion Router*), o qual contribui para a conservação do anonimato do infrator (Othon; Damasceno, 2023).

Imperioso destacar que, mesmo sendo a parte mais conhecida, a *Surface Web* (parte convencional da internet), a qual é acessada pelas pessoas todos os dias, corresponde a somente 5% (cinco por cento) do tamanho total da internet, sendo que a *Deep Web* é considerada 500 (quinhentas)

vezes maior do que ela. Ademais, por ser um “ambiente invisível”, a *Deep Web* também é utilizada por empresas ou organizações que precisam compartilhar arquivos e dados sigilosos que não devem estar na internet tradicional. No entanto, apesar de o acesso à *Deep Web* não ser considerado ilegal, o anonimato proporcionado por ela garante maior praticidade ao cometimento de atos ilícitos (Borges; Sartori; Barros, 2015).

Isso posto, traz-se à baila a Lei nº. 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”), que, por meio de princípios e garantias, regula o uso da internet no Brasil, bem como atua no controle da atuação das empresas inseridas no ramo digital. Desse modo, tal lei é amparada por três princípios: a neutralidade de rede; a proteção da privacidade dos usuários; e a garantia da liberdade de expressão. A neutralidade da rede, portanto, reforça a liberdade de expressão enquanto a privacidade configura o seu limite.

Não obstante o entendimento jurisprudencial de que Ministério Público e Polícia são capazes de coletar dados cadastrais independentemente de autorização judicial, o Marco Civil da Internet tratou de desmembrar a obtenção do endereço IP desse rol de informações que dispensam autorização judicial, uma vez que a lei dispõe expressamente sobre o sigilo necessário dos provedores no viés dos registros de conexão e de acesso à internet. Nesse cenário, embora o Marco Civil da Internet tenha favorecido a regulamentação da internet, ele é considerado um retrocesso no contexto da equiparação dos órgãos de investigação aos crimes virtuais, tendo em vista que burocratizou a obtenção do endereço IP, que é dado essencial para a investigação da autoria nos crimes cibernéticos, pois permite que sejam encontradas informações sobre o usuário e o seu respectivo endereço físico (Soares; Zanin, 2015).

Dessa feita, vê-se que, além do anonimato e da *Deep web*, que são utilizados pelos criminosos para ocultarem as suas identidades, o Marco Civil da Internet também pode ser considerado como um possível inviabilizador da celeridade da investigação dos crimes cibernéticos, já que a dependência de autorização judicial para a obtenção do endereço IP é capaz de provocar eventuais prejuízos de provas que poderiam assegurar os indícios de autoria dos criminosos.

5 Considerações finais

Há décadas a humanidade enfrenta importantes transformações tecnológicas. Dentre elas, merece destaque o advento da internet, que além

de revolucionar as relações humanas, garantiu comodidade ao facilitar as atividades cotidianas. No entanto, apesar de contribuir significativamente para as interações sociais, a internet facilitou o cometimento de atos ilícitos, tendo em vista que a possibilidade de agir no anonimato e sem deixar rastros impulsiona os criminosos a se utilizarem da *web* como uma alternativa eficiente para cometer crimes.

Nesse viés, o objetivo geral da pesquisa foi verificar os impasses do ordenamento jurídico brasileiro com relação à punição dos infratores dos crimes cibernéticos, bem como analisar as dificuldades na obtenção de segurança no ciberespaço. Assim, conclui-se que mesmo sendo branda e com muitas lacunas, a Lei Carolina Dieckmann não é completamente responsável pela falta de segurança no ciberespaço e pela impunidade dos infratores, uma vez que o cerne da questão está diretamente relacionado ao anonimato dos criminosos na internet.

Desse modo, o anonimato que a internet proporciona garante aos infratores uma segurança para o cometimento de crimes e a sensação de que jamais serão punidos, já que podem realizar inúmeros atos ilícitos sem serem identificados e sem deixar evidências. Desse modo, em razão da camuflagem dos criminosos no ambiente virtual, as autoridades encontram impasses para a identificação da autoria do crime, atrasando as investigações e culminando em um possível perecimento de provas.

Outrossim, os criminosos utilizam a *Deep Web* e excluem o endereço IP dos equipamentos eletrônicos em que praticam os crimes para não deixar rastros e de dificultar investigações policiais. Outrossim, o Marco Civil da Internet também é visto como um impasse para a celeridade das investigações dos cibercrimes, pois ao prever a necessidade de autorização judicial para a requisição do endereço IP dos computadores alheios, resultou no atraso do andamento das investigações. Ainda, soma-se a isso, o insuficiente nível de cooperação internacional sobre a matéria.

Não obstante, a Convenção de Budapeste é um marco importante da disciplina, vez que versa acerca de um fenômeno delitivo transnacional e que ultrapassa as fronteiras dos Estados nacionais. Dessarte, por meio de recomendações de tipificação de crimes e contravenções penais, além de sugestões aos procedimentos investigativos durante a cooperação internacional, o referido tratado contribui para a harmonização das leis que versam sobre a matéria dos crimes cibernéticos, solidificando as relações internacionais.

Nessa perspectiva, conclui-se que as convenções e os tratados

internacionais são ferramentas eficientes no combate aos crimes cibernéticos e no fortalecimento da segurança do ciberespaço, pois esses delitos podem ser praticados de qualquer computador ou equipamento eletrônico conectado a uma rede de internet e em qualquer lugar do mundo, independentemente das fronteiras entre os países.

À vista disso, em razão da dinamicidade da internet e da velocidade com que são disseminados dados e informações, a Lei nº. 12.737/2012, isoladamente, não é capaz de garantir a segurança integral do ciberespaço e a punição efetiva dos infratores, uma vez que o âmago da questão está intrinsecamente ligado ao anonimato proporcionado pela internet e à falta de cooperação internacional.

Diante do exposto, como solução a essa problemática, seria assertiva a divulgação de anúncios educativos com base nos meios de comunicação habituais, como a televisão e as redes sociais, a fim de conscientizar os usuários da internet acerca dos perigos e dos crimes a que eles estão suscetíveis ao usar a internet de modo inconsciente. Outrossim, acrescenta-se palestras nas escolas e nas universidades a respeito dos danos causados pelos crimes cibernéticos e a facilidade com que eles podem ocorrer, já que, atualmente, o uso do celular faz parte do cotidiano de uma grande parcela de pessoas do mundo, fazendo com que seja incalculável o número de possíveis vítimas de ataques cibernéticos. Soma-se a isso, por fim, o fomento à cooperação internacional, ante a natureza transnacional dos delitos cibernéticos.

Referências

ARAUJO, Clayton Vinicius Pegoraro de. Os aspectos gerais dos tratados internacionais e a Convenção de Budapeste sobre Crimes Cibernéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 50, n. 1, p. 145-165, 2022. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/download/65259/35246>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BORGES, Daniela Cristina; SARTORI, Liane Pioner; BARROS, Mauricio Sebastião de. A Deep Web a Relação com a Criminalidade na Internet. **Revista Eletrônica Direito & TI**, v. 1, n. 3, 2015. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/32/30>. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa**

do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 1084/2023. Brasília, DF: STF, [2023]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CIDRÃO, Taís Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber; ALVES, Ana Abigail. A oportunidade e necessária aplicação do Direito Internacional nos ciberespaços: da Convenção de Budapeste à legislação brasileira. **Brazilian Journal of International Relations**, v. 7, n. 1, p. 66-82, 2018. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/bjir/article/view/7069>. Acesso em: 9 abr. 2023.

COMER, Douglas E. Redes de computadores e Internet. 6. ed. Porto Alegre: Bookmann, 2016.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção de Budapeste. 2001. Disponível em: <https://www.safernet.org.br/site/sites/default/files/Convencao-sobre-o-Cibercrime.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CRUZ, Diego; RODRIGUES, Juliana. Crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**, v. 13, 2018. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/iegWxiOtVJB1t5C_2019-2-28-16-36-0.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

MEIRELLES, Flávia Sanna Leal. **A tutela penal da honra na era digital.** 2020. 261 f. Tese de doutorado (Pós-Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/17597/2/Tese%20-%20Flávia%20Sanna%20Leal%20de%20Meirelles%20-%202020%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 8 maio 2023.

MENDES, Paz. Crimes cibernéticos no Brasil: conheça os tipos, suas penas e agravantes. **Paz Mendes**, 1 nov. 2021. Disponível em: <https://www.pazmendes.com.br/crimes-ciberneticos-no-brasil/>. Acesso em: 1 set 2022.

OTHON, Dante Pessoa; DAMASCENO, Ingrid Maria Santos das Neves. **Crimes cibernéticos:** desafios enfrentados no processo investigatório. 2023. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Potiguar, Natal, 2023. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/34915/1/Crimes%20cibern%C3%A9ticos%3A%20desafios%20enfrentados%20no%20processo%20investigat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2023.

PERLOFF-GILES, Alexandra. Transnational cyber offenses: overcoming jurisdictional challenges. **Yale Journal of International Law**, v. 43, p. 191-227, 2021. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/6724/AlexandraPerloffGilesTran.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 9 ago. 2023.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SANTOS, Denise Tanaka. Delitos informáticos: Convenção de Budapeste. **Revista da Defensoria Pública da União**, v. 1, n. 4, p. 117-138, 10 dez. 2018. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/159/138>. Acesso em: 25 jul. 2023.

SOARES, Valeska Maria Capelasso; ZANIN, Fabrício Carlos. **Revista Jus Sociates da Ulbra**, n. 13, p. 21-30, 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/jsoc/article/download/2138/1471>. Acesso em: 9 ago. 2023.

SPIEZIA, Filippo. International cooperation and protection of victims in cyberspace: welcoming Protocol II to the Budapest Convention on Cybercrime. **ERA Forum**, v. 23, p. 101-108, 2022. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-022-00707-8>. Acesso em: 9 ago. 2023.

VIANNA, Túlio Lima. **Do acesso não autorizado a sistemas computacionais:** fundamentos de Direito Penal Informático. 2001. 241 f. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-96MPWG/1/disserta_o_t_lia_lima_vianna.pdf. Acesso em: 26 mar. 2023.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes cibernéticos:** ameaças e procedimentos de investigação. 3. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2021.

Capítulo 8

RECONSTRUINDO IDENTIDADES: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF

Elisa Bebber Chamon¹

Gabriel Vigneron Mello Chaia²

Alexandre de Castro Coura³

Cássius Guimarães Chai⁴

1 Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e o Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, determinou que atos de homofobia e transfobia sejam tratados como equivalentes ao crime de racismo,

1 Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Bacharel em Direito (FDV). Estagiária de pós-graduação no Ministério Público Federal (PR. ES). elisachamon@hotmail.com <https://orcid.org/0000-0002-0951-6260>

2 Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Ciências Criminais (FDV). Bacharel em Direito (FDV). Advogado. gabrielvmchaia@gmail.com <https://orcid.org/0000-0001-9204-4788>

3 Pós-doutor, visiting scholar na American University Washington College of Law e Visiting foreign judicial fellow no Federal Judicial Center, em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-professor Adjunto de Direito material e processual penal na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no PPGD da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo. <https://orcid.org/0000-0001-7712-3306> E-mail: aastrocoura@gmail.com

4 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO) Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD/FDV). Pesquisador G20 Research Center on International Cooperation Beijing College of Criminal Law, the Normal University of PoliticalScience and Law of Beijing Ibero-American Observatory of Health and Citizenship. Membro da International Association of Political Science, International Association of Constitutional Law, International Law Association, Law and Society Association, Association Française de Sciences Politiques, Ratio Legis UAL, European Society of International Law, International Association of Prosecutors, International Association of Penal Law, International Society of Criminology, ABEC, Academia Brasileira de Direito Internacional, IBCCrim. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Escola Nacional do Ministério Público. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão. E-mail: cassiuschai@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-5893-3901>

conforme estabelecido pela Lei nº 7.716/89. Esta decisão representa uma mudança significativa na percepção do sujeito constitucional no Brasil, introduzindo uma nova perspectiva sobre sua identidade.

Embora a decisão do STF tenha sido um marco, ela também enfrentou críticas, principalmente quanto ao método utilizado para a criminalização da homofobia e da transfobia. Argumenta-se que essa mudança deveria passar pelo processo legislativo formal, garantindo uma integração mais adequada e sistemática no ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem teria proporcionado uma oportunidade para debates mais aprofundados e para o aperfeiçoamento da legislação.

A decisão do STF não apenas alterou a legislação, mas também teve implicações profundas na reconstrução da identidade do sujeito constitucional brasileiro, especialmente no que se refere à proteção dos indivíduos homossexuais. Este aspecto crucial muitas vezes é subestimado ou ignorado nas discussões sobre a decisão.

O artigo tem como foco principal explorar como a decisão do STF sobre a ADO nº 26 e o MI nº 4.733 contribuiu para a reconstrução da identidade do sujeito constitucional brasileiro. Além disso, busca-se analisar a concepção de identidade do sujeito constitucional proposta por Michel Rosenfeld, e como ela se manifesta dentro do contexto jurídico-político brasileiro. O estudo também revisita outras decisões relevantes da Suprema Corte que ajudam a moldar essa identidade.

Outro ponto de interesse é a aplicação da Teoria da Integridade de Ronald Dworkin no contexto da criminalização da homofobia e da transfobia pelo STF. A teoria propõe que princípios de justiça e integridade devem guiar a interpretação das leis, o que é especialmente pertinente quando se considera a proteção de minorias e a promoção de uma sociedade mais inclusiva.

Ao equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, o STF não apenas expandiu a proteção legal contra discriminações, mas também redefiniu a identidade do sujeito constitucional brasileiro, promovendo uma sociedade mais inclusiva e justa. Este artigo busca aprofundar a compreensão dessas mudanças, explorando tanto as bases teóricas quanto as implicações práticas dessa decisão histórica.

2 Da proibição de obstruir o futuro à tensão entre constitucionalismo e democracia: contexto jurídico e político para o reconhecimento da identidade do sujeito constitucional

Ao tratar do tema da proibição à obstrução do futuro, Stephen Holmes (2012, p. 218) traz à discussão uma observação no mínimo curiosa feita por David Hume. Ao analisar a própria teoria republicana, Hume (1985, p. 471) enxerga nela uma contradição fundamental: à medida em que a ficção do contrato social servia de eixo de apoio aos republicanos, isto significaria, ao fim e ao cabo, o consentimento dos pais em condicionar o futuro de seus filhos e, até mesmo, das gerações mais remotas, pressuposição com a qual nenhum escritor republicano jamais consentiria. Apesar do interesse em criar uma estrutura de autogoverno duradoura, os republicanos insistiram que uma geração fundadora não deveria de forma alguma condicionar seus sucessores à uma estrutura constitucional fixa (HOLMES, 2012, p. 218).

Como bem aponta Holmes (2012, p. 218), o tabu apresentado por Hume contra a concepção de um pré-compromisso constitucional nasce, na verdade, de uma proibição muito mais fundamental, isto é, do princípio segundo o qual nenhum pai teria a permissão de “amarraçar seus filhos”, de determinar o futuro das gerações subsequentes. Neste mesmo sentido, John Locke (1988, p. 346) chega a afirmar que um indivíduo, ao passo em que realiza uma promessa sobre si, deve, portanto, estar submetido à obrigação de cumpri-la; por outro lado, ninguém pode, mediante a celebração de qualquer sorte de pacto, determinar o futuro de seus filhos ou da posteridade.

A proibição fundamental à determinação – ou obstrução – do futuro das gerações vindouras por outra geração que lhes antecede mostra-se capaz, por sua vez, de denunciar um problema de dimensões muito mais concretas: não seria, afinal, o próprio constitucionalismo responsável pelo congelamento do futuro das próximas gerações ao passo em que delimita o alcance da soberania popular? Não estariam os pais amarrando seus filhos à medida em que estes herdariam uma ordem constitucional constituída exclusivamente por uma geração fundadora e, portanto, alheia?

Este é um questionamento absolutamente importante porque revela, em seu bojo, uma tensão que pulsa entre dois elementos que compõem o Estado Democrático de Direito: a democracia e o constitucionalismo. Não à toa Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy (2010, p. 160) apontam

que “conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática”, haja vista que a democracia pode ser traduzida na possibilidade do povo de decidir as questões consideradas politicamente relevantes à respectiva comunidade, o que inclui, naturalmente, a própria Constituição de um país, enquanto o constitucionalismo representa a imposição de limites à soberania popular, de forma que algumas matérias enfrentadas pela Constituição devem permanecer de fora da deliberação democrática. O constitucionalismo se apresenta, portanto, como essencialmente antidemocrático, uma vez que tem por escopo retirar algumas decisões do processo democrático, reduzir a capacidade de participação de uma determinada comunidade política em alguns processos democráticos de tomada de decisão (HOLMES, 2012, p. 215).

Muito embora a referida tensão dê-se em razão da suposta inconciliável relação estabelecida entre democracia e constitucionalismo, é necessário esclarecer ser este um dos mitos centrais do pensamento político moderno (HOLMES, 2012, p. 216). Menelick de Carvalho Netto (2003, p. 14) é preciso ao dizer que, por um lado, se a democracia e o constitucionalismo operam como princípios contrários e há, de fato, uma tensão entre estes dois conceitos, “é fundamental ter-se em conta que, ainda que contrários, não se contradizem, mas, ao invés, supõem-se mutuamente”. Ainda que contrários, tais princípios não são contraditórios, mas reciprocamente constitutivos à medida em que não instauram uma tensão autodestrutiva, mas uma tensão rica e complexa, sem a qual não seria possível nem democracia, nem mesmo o constitucionalismo (CARVALHO NETTO, 2003, p. 14).

Neste sentido, o constitucionalismo deve ser compreendido como uma via de garantia e proteção dos compromissos históricos e sociais conquistados ao longo do tempo. A potência do constitucionalismo se apresenta à medida em que ele não opera exclusivamente sobre o passado, mas, principalmente, sobre o presente. Ao passo em que possibilita o exercício de direitos e, portanto, a própria ação política, o constitucionalismo abre perspectivas para o futuro (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 165). Por sua vez, a democracia exerce o importante papel de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Deve a democracia tencioná-lo a todo instante através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação realizada tanto pelo povo, quanto pelo Poder Judiciário (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 166).

Conforme observa Carvalho Netto (2003, p. 16), a tensão que se estabelece entre democracia e constitucionalismo impõe uma verdadeira

transformação da própria ideia de democracia, a qual não pode ser reduzida genericamente à concepção de vontade do povo. Para ser democrática, a democracia exige o respeito aos direitos das minorias, de forma que se garanta a possibilidade de que “a minoria de hoje venha a se tornar a maioria de amanhã”.

O regime democrático só se mostra sustentável à medida em que se introduz em seu âmbito semântico-conceitual o constitucionalismo, o respeito às minorias, sendo constitutivamente pluralista (CARVALHO NETTO, 2003, p. 17). Por sua vez, o constitucionalismo, nas palavras de Michel Rosenfeld (1994, p. 435), não tem sentido na ausência de qualquer pluralismo:

Em uma comunidade completamente homogênea, com um único objetivo coletivo e sem uma concepção de que o indivíduo tenha em alguma medida direitos legítimos ou interesses distintos dos da comunidade como um todo, o constitucionalismo seria [...] supérfluo.

O pluralismo, entendido como a recusa de uma visão única de bem comum (MOUFFE, 1994, p. 04), mostra-se um elemento fundamental à composição tanto da ideia de democracia, quanto da própria concepção de constitucionalismo, de forma que a riqueza e a complexidade por trás da tensão que se estabelece através da articulação entre democracia e constitucionalismo podem ser representadas pelo desenvolvimento de uma sociedade plural.

É a partir da complexa relação estabelecida entre democracia e constitucionalismo e do compromisso assumido pelo Estado Democrático de Direito na concretização de uma sociedade plural que Michel Rosenfeld (2003, p. 17) traz à baila o necessário reconhecimento de uma verdadeira identidade do sujeito constitucional mediante a fabricação de uma tessitura capaz de promover o entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e, ainda, com o futuro das gerações vindouras.

O reconhecimento de uma identidade do sujeito constitucional é, no entanto, bastante problemático, no que toca aos textos constitucionais escritos. De acordo com Rosenfeld (2003, p. 18), o texto constitucional é “inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis”: sua incompletude é marcada pelo fato de o texto constitucional não ser capaz de abordar todas as matérias que ele idealmente deveria contemplar, além de que, ao abordá-las, não o faz de forma absolutamente exaustiva, encerrando quaisquer questionamentos que podem ser eventualmente levantados. Por este motivo, diante da incompletude que invariavelmente acompanha os textos constitucionais escritos, devem as

constituições permanecer abertas à interpretação.

Por outro lado, a incompletude do texto constitucional trabalhada por Rosenfeld não se mostra a única razão para o problemático reconhecimento de uma identidade do sujeito constitucional. Deve ela distinguir-se e opor-se às demais identidades relevantes em uma determinada comunidade política, tais como as identidades étnicas, religiosas, nacionais e culturais, mas, para isso, é forçada a incorporá-las, em certa medida, em sua própria identidade para que possa adquirir sentido determinado ou determinável (ROSENFELD, 2003, p. 22).

Pelo contrário, caso a identidade do sujeito constitucional fosse formada em estrita oposição às demais identidades relevantes, em sentido absolutamente negativo, tal identidade seria considerada excessivamente abstrata e, portanto, não lhe sobraria qualquer utilidade (ROSENFELD, 2003, p. 21).

A “questão-chave”, como define Rosenfeld (2003, p. 23), é compreender como a identidade do sujeito constitucional pode se distanciar das demais identidades relevantes contra as quais deve forjar sua própria identidade enquanto, simultaneamente, promove a incorporação de elementos destas diferentes identidades para que possa manter-se viável “no interior de seu próprio ambiente sociopolítico”.

A identidade do sujeito constitucional surge, neste sentido, como “algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto”, considerado “o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão” (ROSENFELD, 2003, p. 23). É neste sentido que Rosenfeld (2003, p. 26) prefere considerar o sujeito constitucional como um *hiato*, uma ausência, pelo fato de sê-lo inherentemente incompleto, sempre aberto à busca por sua completude, em constante processo de reconstrução, o qual nunca poderá se dar de forma definitiva.

A representação do sujeito constitucional desenhada por Michel Rosenfeld na forma de um hiato mostra-se um componente fundamental no processo de reconhecimento da identidade do sujeito constitucional à medida em que permite a atribuição da ideia de movimento à matéria constitucional. Compreender o sujeito constitucional como um sujeito em constante carência de reconstrução significa permitir que a matéria constitucional seja a todo instante submetida à revisão e reinterpretação para que se possa reconhecer uma identidade do sujeito constitucional que se mostre compatível com uma multiplicidade de identidades relevantes em meio à sociedade contemporânea, marcadamente plural. De acordo

com Rosenfeld (2003, p. 40):

Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma autoidentidade plausível.

Neste sentido, o reconhecimento da identidade do sujeito constitucional mostra-se possível através do instrumental do discurso constitucional, que se valerá, por sua vez, de dois momentos distintos desta investigação em curso: a construção e a reconstrução (ROSENFELD, 2003, p. 44).

A construção pode ser compreendida enquanto um primeiro esboço de delineamento da identidade do sujeito constitucional, o qual ganha forma mediante a tomada de decisões constitucionalmente significativas, a qual produzirá um impacto na formação da identidade do sujeito constitucional. Por sua vez, a reconstrução consiste no processo de justificação desta nova identidade constitucional. Se a interpretação e elaboração constitucionais introduzem novos elementos que impactam na formação da identidade constitucional, cabe à reconstrução a tarefa de harmonizá-los em relação aos elementos constitucionais anteriormente existentes (ROSENFELD, 2003, p. 44-47). É, portanto, através do discurso constitucional que o sujeito constitucional, marcado por sua carência e incompletude, atravessa um constante processo de interpretação e reinterpretação capaz de modificar a sua própria identidade constitucional.

Neste sentido, serão analisados a seguir os novos elementos introduzidos à ordem constitucional mediante o proferimento de determinadas decisões constitucionais, especialmente no que tocam ao julgamento da ADO nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733 pelo Supremo Tribunal Federal, os quais definiram novos contornos à identidade do sujeito constitucional brasileiro.

3 A criminalização da homofobia e transfobia pelo Supremo Tribunal Federal

Em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, o Supremo Tribunal Federal (STF) criminalizou atos homofóbicos e transfóbicos, equiparando-os ao crime de racismo previsto na lei 7.716/89. Foi reconhecida, por maioria dos Ministros, a mora legislativa para a edição de

lei concernente às matérias, o que justificou tal enquadramento.

A proposição da ADO, instrumento apto para tornar efetiva norma constitucional em decorrência de omissão dos Poderes, foi motivada pela *preconceituosa indiferença* endereçada pelo Congresso Nacional à comunidade LGBTI+, em razão da inércia legislativa que descumpriu o mandamento constitucional imposto ao Estado de proteger a dignidade das pessoas. Os integrantes de tal grupo vulnerável – posto que não pertencem a um estamento dotado de hegemonia na estrutura social, como reconhece os argumentos utilizados na ADO – seriam expostos a violações de direitos fundamentais, violências físicas e morais e ameaças, em razão da não tipificação de atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero das vítimas (BRASIL, 2019).

Não é a primeira vez que o Supremo adota uma postura (ainda que sujeita a críticas) que visa à garantia de direitos de tal grupo historicamente marginalizado. Em 2011, foi julgada a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que buscava definir se haveria proteção constitucional para uniões homoafetivas a partir da extensão da interpretação do art. 1.723 do Código Civil.

O dispositivo, à época, reconheceu como entidade familiar a união estável entre homens e mulheres, enquanto o autor da ADPF buscava a aplicação do método de integração do Direito (a partir de uma perspectiva dworkiniana) a fim de equiparar uniões estáveis homoafetivas às uniões entre pessoas de diferentes sexos (BRASIL, 2011). O STF entendeu, a partir de argumentação no sentido de que o intérprete da Constituição deve adotar uma postura que garanta a todos iguais direitos de respeito, pelo reconhecimento do direito ao casamento das pessoas de mesmo sexo.

Trata-se de uma decisão que se coaduna com um sistema que se pretende protetor de garantias de grupos vulnerabilizados, a partir da observação de princípios que possibilitem o exercício da teoria da integração e uma interpretação ampliativa do dispositivo legal. Em uma democracia constitucional como a nossa, “interpretar adequadamente a Constituição é construir interpretações que promovam a inclusão, assegurando cada vez mais igualdade e liberdade, no sentido do reconhecimento do igual respeito e consideração por todos” (PEDRON; OMMATI, 2017, p. 227).

Retomando os argumentos que fundamentaram a criminalização da homofobia pelo STF, de acordo com o dossiê elaborado pelo observatório de mortes e violências LGBTI+ no Brasil, coordenado pelo Acontece Arte e Política LGBTI+, pela ANTRA (Associação Nacional de

Travestis e Transexuais) e pela ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos), no ano de 2022, 5.635 pessoas LGBTI+ foram mortas em razão de preconceitos e pela não efetivação de políticas públicas para conter a violência a que estão submetidos (MORTES E VIOLÊNCIAS CONTRA LGBTI+ NO BRASIL: DOSSIÊ 2022, 2023, pg. 19). Em 2022 foram 273 mortes, o que sustenta os argumentos que justificam a proposição da Ação em comento. Há, inegavelmente, um estado de exposição da população pertencente ao grupo LGBTI+ a violência desmedida, decorrente da fraca proteção de seus direitos.

Na apresentação da ADO, o autor (Partido Popular Socialista) utiliza-se do fundamento de que a homofobia e transfobia poderiam ser caracterizadas como ações que se encaixam à noção de racismo, concebida em um sentido *lato* no julgamento do caso Ellwanger, em sede do *habeas corpus* nº 82.424-2. Em decisão paradigmática, o STF considerou o antisemitismo como crime de racismo, negando a concessão do remédio constitucional à Siegfried Ellwanger, escritor e editor brasileiro que refutava as barbaridades ocorridas no holocausto, amparado no direito à liberdade de expressão e na defesa de que os judeus não constituíam uma raça – daí a impossibilidade de ser condenado por tal tipo penal. As publicações do escritor buscavam negar os fatos históricos relacionados às perseguições sofridas pelos judeus, caracterizando-os como inferiores.

O cerne do julgamento do *habeas corpus* foi delimitar a extensão do que poderia ser considerado como racismo. Embora não tenha pertinência biológica, a divisão racial dos seres humanos foi um processo de conteúdo político-social (BRASIL, 2003), conveniente para justificar dominação entre povos, principalmente durante o colonialismo. Compreendido em sua dimensão social, resulta de uma manifestação de poder que busca justificar a desigualdade, controlar ideologicamente e negar a dignidade e humanidade daqueles que integram o grupo vulnerável. Em consequência da inferiorização, são relegados a uma situação de exclusão do sistema de proteção de direitos (BRASIL, 2019).

Desse modo, é cabível a defesa de que a abrangência da noção de racismo estabelecida no julgamento do caso Ellwanger poderia abranger os atos homofóbicos e transfóbicos, enquadrando-os no tipo penal em tela. O legislador ordinário,

ao restringir-se, *tão somente*, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89) teria realizado de

maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII) (BRASIL, 2019).

Foi esse também o entendimento do STF no julgamento do Mandado de Injunção nº 7.733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) com o fim de obter a criminalização das formas de transfobia e homofobia, em especial as ofensas, homicídios, agressões, ameaças e discriminações que teriam por motivação a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima (BRASIL, 2019).

É possível tecer críticas à criminalização no que tange à via eleita para tanto, como aduzido pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto ao arguir a delimitação do alcance de atuação do Supremo frente aos demais Poderes, a partir da defesa do princípio da reserva de lei em matéria penal (BRASIL, 2019). Segundo o Ministro, o art. 5º da Constituição Federal preconiza o princípio da legalidade, impedindo o reconhecimento de crimes sem anterior lei penal que o defina (BRASIL, 1988).

Isso inviabilizaria o STF, “em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais”. (“A verdade processual e a justificação das decisões judiciais”) A Lei nº 7.716/89, assim, ao não dispor sobre discriminação ou preconceito decorrente de orientação sexual do indivíduo, mas apenas em relação à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstaria que houvesse a ampliação do rol dos preceitos, posto que taxativos (BRASIL, 2019).

Ainda que passível de ser submetido a críticas, o Estado, ao criminalizar a homofobia e transfobia, oficializa seu compromisso, em conjunto com a ordem jurídica brasileira, na defesa da liberdade sexual, constituída como bem jurídico (FREIRE; CARDINALI, 2012, p. 50-51). A importância do ato se traduz na busca de concretização de valores constitucionais - que não fiquem apenas no plano teórico -, vigentes numa ordem jurídica que busca construir condições para o gozo de direitos e potencialidades de todos os cidadãos. Se trata assim numa demarcação daquilo que é permitido em uma ordem democrática, estabelecendo limites que buscam respeitar direitos de outrem - nesse caso, relativos à orientação sexual de cada um.

4 A criminalização da homofobia e transfobia a partir da teoria da integridade de Ronald Dworkin como forma de afirmação da identidade de um sujeito constitucional

A teoria da integração proposta por Ronald Dworkin, forte crítico do Positivismo Jurídico, balizou o entendimento do STF no julgamento da ADPF nº 132 e foi também utilizada, ainda que não expressamente, no entendimento pela criminalização da homofobia e transfobia. Tal concepção do Direito (*Direito como integridade*) é proposta pelo autor frente a duas concepções rivais de Direito que ele entende existirem: o convencionalismo e o pragmatismo (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 130). Resumidamente, o convencionalismo pode ser definido, segundo Dworkin, como “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, 1999, p. 141).

Isto é, o Direito resultaria de determinadas convenções específicas (as convenções jurídicas, que devem ser cumpridas pelas práticas jurídicas). Isso incumbiria ao Poder Judiciário o respeito integral à vontade majoritária que procede do Legislativo, já que deveria se aplicar o estabelecido a partir tal vontade (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 131).

O perigo dessa concepção ocorre quando diante de casos que não dispõem ainda de convenção legislativa. Em tais situações, não haveria que se falar do direito – como nos casos de decisões judiciais que fundamentam o não reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo pela omissão do ordenamento jurídico acerca do tema (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 131).

O pragmatismo, por sua vez, preconiza que os juízes devem tomar decisões que entendam como melhores para o futuro da comunidade (DWORKIN, 1999, p. 119), rejeitando a concepção de que as decisões jurídicas passadas fundamentariam direitos das que seriam posteriores (DWORKIN, 1999, p. 126). Tal concepção poderia negar o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo sob o fundamento de ir contravalores delineados pela comunidade como adequados ou convenientes para si – como a heterossexualidade (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 131).

O *Direito como integridade* delineado por Dworkin, opondo-se ao pragmatismo e o convencionalismo, busca firmar-se como uma prática social interpretativa que, ao contrário das duas concepções mencionadas,

não se mantém fixa ao passado ou projetada para o futuro, mas se porta como uma prática contínua, possibilitando que “divergências e desacordos teóricos genuínos sejam possíveis, em diferentes contextos, de forma argumentativa” (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 132).

É uma concepção que retorna para o passado a partir de uma determinação do enfoque contemporâneo, e

não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’ [...] (DWORKIN, 1999, p. 274).

O autor considera que o ordenamento jurídico, além de ser composto por regras por vezes inflexíveis (que funcionam no esquema “tudo ou nada” quando diante de conflitos de utilização), é também formado pelos princípios, capazes de fundamentar interpretações do Direito que estejam em sintonia com um sistema “único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 1999, p. 264).

As interpretações desenvolvidas pelo STF, tanto a que equiparou as uniões estáveis homoafetivas às uniões entre pessoas de diferentes sexos quanto a que tornou os atos de homofobia e transfobia análogos ao crime de racismo previsto na lei 7.716/89, partiram de uma concepção do Direito que se coaduna com a entendida por Dworkin.

Isso porque, ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada na aplicação mecânica de regras legais pelo juiz no caso concreto, o modelo dworkiniano entende que os princípios, ao lado das regras, são também fontes do Direito (BINENBOJM, 2001 *apud* OMMATI, 2004, p. 157) capazes de modificar a interpretação e o papel do juiz na aplicação jurídica.

A concepção do Direito como integridade proposta pelo autor norte-americano é também a que se adequa melhor ao objetivo de um Estado Democrático de Direito que busca a concretização de uma sociedade plural, capaz de fornecer uma interpretação à Constituição que abranja os diversos grupos de cidadãos submetidos a ela e que, conforme já trazido, seja capaz de entrelaçar o passado dos constituintes com o presente e o futuro das próximas gerações.

Embora Rosenfeld entenda que a identidade do sujeito

constitucional se encontra em constante processo de reconstrução e, portanto, nunca definitiva ou completa, desenvolvendo-se em um espaço de hiato e ausência, seu caráter é ainda indispensável (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 873).

Desse modo, os esforços empreendidos pelo Supremo, a partir das decisões em comento, buscam tanto afirmar os direitos do grupo LGBTI+ quanto reconhecer neles *sujeitos constitucionais* a quem os preceitos e valores estabelecidos na Lei Maior também protegem, em razão de terem estado em situação de “marginalidade constitucional” por se constituírem uma minoria fora dos estratos de poder (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 869).

A postura adotada pelo STF se caracteriza, portanto, como parte da etapa de reconstrução necessária ao reconhecimento da identidade do homossexual como detentor de direitos e não mais como posto à margem da identidade do sujeito constitucional brasileiro (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 871). Há um reconhecimento, também, de uma concepção constitucional que não mais comporta os preceitos do que antes era constituído como um “amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 4).

Michel Rosenfeld (2003, p. 29-30) entende, dessa maneira, que,

da perspectiva do constitucionalismo moderno, a ordem política pré-moderna podia evitar, sobretudo, a obsessão com a oposição entre o ‘eu’ e o ‘outro’ à medida que ela era capaz de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, a ética e as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos. O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o eu (*self*) e o outro como consequência do pluralismo que lhe é inherente.

A própria Constituição, ao estabelecer que os objetivos da República são “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” prevê ao menos uma intenção de abranger sob o “guarda-chuva” constitucional aqueles que sofrem preconceitos relacionados à orientação sexual, a partir de uma interpretação aberta do dispositivo constitucional (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 869). A omissão do Estado, em decorrência da mora legislativa para a edição de lei que criminaliza atos de homofobia e transfobia, qualifica-se como um comportamento nocivo cuja gravidade político-jurídica é considerável, já que a Constituição pode ser desrespeitada por inércia pelo Poder Público quando não há a aplicação, por ausência ou insuficiência de

medidas concretizadoras, dos postulados da Lei Fundamental (BRASIL, 2019).

A criminalização da homofobia e da transfobia, assim, se coaduna com tal interpretação e se mostra como uma forma de defesa do grupo LGBTI+ contra os preconceitos e discriminações - uma atuação positiva do Supremo que reafirma um compromisso com os sujeitos homossexual e transsexual. A evolução da identidade do sujeito constitucional, ao incorporar a identidade homossexual, longe de se estabilizar ou se fixar, mantém-se aberta a um novo rearranjo e a um novo discurso constitucional reconstrutivo (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 880).

5 Considerações finais

A identidade do sujeito constitucional tem inegável importância para se entender os objetivos e fundamentos da Constituição e delinear os contornos de proteção constitucional.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal pela equiparação dos atos homofóbicos e transfóbicos ao crime de racismo deve ser compreendida, portanto, como um movimento de inclusão de elementos constitutivos da identidade do sujeito homossexual à identidade do sujeito constitucional.

A proteção jurídica representada na forma da criminalização de tais atos significa, na verdade, mais uma tentativa protagonizada pela Suprema Corte de preencher o hiato que inexoravelmente acompanha a identidade do sujeito constitucional. Embora em constante transformação e carente de reconstrução, seu caráter ainda se faz imprescindível. Neste sentido, a equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo lança novas luzes sobre o sujeito homossexual, retira-lhe das margens da identidade do sujeito constitucional e lhe introduz no próprio *corpus* constitucional. Ou seja, afirma um compromisso de garantia de direitos e proteção do grupo LGBTI+, historicamente vítima de violência motivada por preconceitos e discriminações.

A identidade do sujeito constitucional brasileiro, porém, permanecerá uma ausência, uma lacuna a ser a todo instante preenchida através do discurso constitucional, da interpretação e reinterpretação das normas constitucionais.

A criminalização da prática de atos homofóbicos e transfóbicos consiste, na verdade, em mais um esboço de definição de tal identidade,

a qual deve se manter aberta à interpretação para que possa dar conta do pluralismo que marca de forma indelével as sociedades contemporâneas.

Referências

A VERDADE PROCESSUAL E A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58634/a-verdade-processual-e-a-justificao-das-decises-judiciais>.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132.** Plenário. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Inteiro teor de acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26.** Plenário. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 14 de junho de 2019. Inteiro teor de acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424-2.** Plenário. Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Inteiro teor de acórdão. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3474597/mod_resource/content/2/HC%2082424%20caso%20Ellwanger.pdf. Acesso em: 08 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 4.733.** Plenário. Relator Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Inteiro teor de acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 20 ago. 2023.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado.** Belo Horizonte, v. 3, p. 1-15, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun., 2010.

COURA, Alexandre de Castro. AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Indeterminação do Direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro. BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org). **Direito, Política e Constituição**: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014. p. 101-141.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREIRE, Lucas. CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, n.12, 2012, p. 37-63. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sess/a/wMcLzXfDQwcKvD69rwdQPcx/?format=pdf&lang=p>. Acesso em: 10 ago. 2023.

HOLMES, Stephen. El pre compromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. (Ed.). **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

HUME, David. **Essays: moral, political and literary**. Indianópolis: Liberty Fund, 1985.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

MORTES e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2022. Acontece Arte e Política LGBTI+; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais); ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos). Florianópolis, SC: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>). Acesso em: 10 ago. 2023.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 2, p. 91-107, jul./dez., 1994.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 151-168.

PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emílio Medauar. O julgamento da ADPF n. 132: prática de um ativismo judicial ou exercício de uma interpretação construtiva? In: FERRAZ, C. V (et al). **Diferentes, mas iguais: estudos sobre a decisão do STF sobre a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 197-229.

ROSENFIELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

Capítulo 9

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS VULNERABILIDADES FEMININAS

Ana Clara Vasques Gimenez¹

1 Introdução

Apartir de estudos sobre perspectivas de gênero, para compreensão dos papéis sociais impostos e desempenhados pelas mulheres, verifica-se ainda na atualidade a crescente violência psicológica sofrida pelo público feminino, que as conduz à vulnerabilidade econômica, dentre tantas outras.

Rompendo paradigmas, as empresas têm demonstrado maior interesse no impacto causado por suas atividades, além da necessidade de evolução para sustentar o negócio e acompanhar as exigências dos novos consumidores.

A hipótese a ser demonstrada é se a função social da empresa tem resultado em impactos positivos e eficazes na redução das vulnerabilidades que assolam o gênero feminino.

Portanto, o objetivo dessa pesquisa é desenvolver uma pesquisa bibliográfica, por meio do método qualitativo, para fornecer uma visão geral do estado da arte acerca das práticas desempenhadas pelas empresas e sua função social, fornecendo insights para futuras pesquisas.

2 Direito e gênero

A Constituição Federal de 1988 não é inovadora quando, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, inclui em seu primeiro capítulo o artigo 5º, prescreve princípios basilares para o exercício de direitos e deveres dos indivíduos, como a igualdade formal, qual seja, o reconhecimento de

¹ Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. E-mail: anaclaravasquesgimenez@gmail.com

que todos são iguais perante a Lei.

Com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos, e de seus respectivos Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e Pacto Internacional dos Direitos Econômico, Sociais e Culturais – os quais formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, em um cenário de pós-guerra, comprehende a relevância dos direitos de terceira dimensão, tais como a igualdade de gênero e a proteção dos mesmos para o desenvolvimento dos Estados, projetando uma possível redução de conflitos.

Entretanto, verifica-se no cenário nacional o desequilíbrio social em função das tratativas de gênero, em especial aos direitos das mulheres, atentando-se os pré-conceitos dos papéis a serem desempenhados por mulheres e as respectivas consequências e desdobramentos das suas desobediências.

Nessa lógica binária, enquanto sistema de gênero, só há duas possibilidades de enquadramento do que pode ser considerado “normal”, a mulher (gênero feminino) e homem (gênero masculino), uma limitação que implica sobretudo em desequilíbrio de poder, colocando a mulher em posição de subalternidade e inferioridade (Santos; Fiamengue, 2023, p. 9).

Ademais, os estudos sobre gênero e seus impactos nas massas, na sociedade civil, têm demonstrado que a ignorância, no sentido de desinformação, resulta em violências, limitações pelo próprio Poder Público impostas para manutenção do *status quo*, objetivando o controle econômico e intelectual de determinada classe em situação de vulnerabilidade.

O pânico moral vinculado ao repúdio à suposta “ideologia de gênero” e por extensão a qualquer manifestação contrária ao sistema heteropatriarcal, cristão e moralista, no que diz respeito a gênero, causa temor uma vez que essas representações são irracionalmente consideradas desviantes e ao serem reproduzidas e replicadas pela *mass media* despertam reações exageradas na população com consequências deletérias, às vezes irreversíveis, resultando em estigmas indeléveis. Não surpreende, portanto, que a retórica do ódio intrínseca às campanhas vinculadas à suposta “ideologia de gênero”, gera debates violentos nas redes sociais, estimula ataques sexistas, homofóbicos, transfóbicos e até ameaças de morte àqueles que se opõem à narrativa enviesada do termo (Santos; Fiamengue, 2023, p. 13).

O discurso construído sobre as diferenças de gênero se traduz em desigualdades sociais, por meio das relações de poder estabelecidas, tendo em vista que os indivíduos em situação de vulnerabilidade, no presente estudo consideramos as mulheres, têm menos acesso aos meios

de desenvolvimento pessoal e econômico, assim, permanecendo em sua qualidade de controle e submissão, conforme diálogos Judith Butler.

Considerando a ótica da perspectiva de gênero, recai sob as mulheres um maior número de responsabilidades, como os cuidados com outros seres humanos e afazeres domésticos, um entendimento enviesado nos costumes sociais.

Análises mais recentes do tempo gasto em trabalho doméstico para diversos países mostram que, mesmo quando as mulheres ultrapassaram a barreira da aceitação social e atuam no mercado de trabalho fora de casa, ainda assim mantêm seu papel de ‘dona de casa’, desempenhando as tarefas domésticas. (Madalozzo; Martins; Shiratori, 2010, p. 5).

De acordo com as análises de Madalozzo, Martins e Shiratori (2010, p.9), as mulheres trabalham o dobro de horas por dia se comparadas aos homens, diferença que pode aumentar quando incluída a variável “número de filhos”, independentemente de estarem ou não participando do mercado de trabalho.

Portanto, cabe à Ciência Jurídica produzir e pesquisar as necessidades que abarcam as mulheres em situação de vulnerabilidade, tendo em vista a condição importa pelo gênero, que resultem em Políticas Públicas efetivas que reduzam essa condição, promovendo a igualdade material.

3 *Gaslighting* e violência financeira contra a mulher

É por meio das diferenciações entre seres humanos que surgem as violências e exclusões, não como uma maneira de tratamentos diferenciados que ensejam a acesso dos indivíduos culminando em sua inclusão.

As violências são permeadas de imposições que restringem o exercício pleno de direitos fundamentais. Tomando como ponto de partida a violência psicológica perpetrada em desfavor das mulheres, forma de prejuízo em razão de gênero, refletindo em suas relações pessoais e profissionais, na qual uma das consequências observadas é a dependência econômico-financeira. O *Gaslighting* pode ser compreendido como uma opressão a que estão sujeitas e foi assim

[...] batizado em virtude da violência trazida pelo filme Gaslight (1944), é uma modalidade de violência psicológica que se utiliza de jogo de poder e manipulação com a vítima com frases ditas pelo seu dominador, como “está louca?” “você está inventando coisas.” (STERN, 2007, p.12), buscando distorcer falas e situações para a vítima questionar sua racionalidade e sua memória, o que ocorre facilmente diante de

uma naturalização da dominação masculina no meio social (ARAUJO, 2008, p.3). Invalidadas pela sociedade e vítimas de uma violência de que não possuem conhecimento, resta à comunidade se educar para a igualdade de gênero, e não apenas ensinar e esperar que mulheres lutem sozinhas contra o desconhecido (Smaniotto, 2023, p. 1).

Por vezes, o agressor se vale dessa conduta para impedir a vítima de conduzir sua própria individualidade, que pode ser praticada no ambiente de trabalho, familiar, religioso, nos relacionamentos amorosos e de amizades, com propósito de controle. Segundo o Fórum de Segurança Pública (2021), “[...] No Brasil, a violência de gênero mais comum é aquela causada pelo parceiro da vítima, seja atual ou passado, podendo se manifestar de diferentes formas: física, psicológica, moral, sexual, patrimonial”.

A pesquisa elaborada por Cerqueira, Moura e Pasinato (2019) avaliou a relação entre a inserção feminina no mercado de trabalho e os níveis de violência doméstica no Brasil, para compreender se o empoderamento econômico das mulheres poderia aumentar seu poder de negociação nas relações familiares, assumindo papéis de maior destaque e controle, reduzindo os abusos sofridos ou, em outra perspectiva, aumentando as tensões entre os cônjuges, tendo em vista os ônus transmitidos ao parceiro e a visão pré-estabelecida das responsabilidades de cada gênero.

Por sua vez, as teorias feministas colocam forte ênfase nos processos de construção histórica dos papéis sociais e das instituições sociais, desprezando as decisões individuais e o processo de barganha intrafamiliar. Dentro dessas abordagens, a PFMT geraria fricções, uma vez que o comportamento da mulher estaria se afastando do seu papel social esperado, o que poderia ensejar violência psicológica e/ou física (Cerqueira; Moura; Pasinato, 2019, p. 17).

As afirmações e diálogos eivados de *Gaslighting* reforçam as inseguranças que constantemente atormentam indivíduos do gênero feminino, desencorajando atitudes que possam retirá-las da condição de vítima nestes relacionamentos, apenas para manter o consenso social de submissão.

[...] Hetling (2000) cita como exemplos os valores culturais e religiosos, pressão da família, residência em comunidades rurais remotas e medo em relação a sua própria vida e dos filhos. A ameaça de morte é também uma tática muitas vezes utilizada para evitar que a mulher abandone o parceiro. Outra importante limitação dos modelos econômicos é que se desconsidera o fato de que os abusadores sabotam o acesso à educação, à capacitação profissional e à possibilidade de emprego das parceiras. Um terceiro e importante ponto destacado por essa autora é que a

separação não põe um fim ao processo de violência perpetrada pelo ex-cônjuge, como supõem implicitamente os modelos econômicos (Cerqueira; Moura; Pasinato, 2019, p. 13).

Dentre as consequências geradas pelo atentado aos direitos das mulheres, questões de saúde pública podem ser destacadas como a busca por tratamentos físicos e psicológicos, ambientes em que podem, ainda, sofrerem re-vitimização pelo julgamento de profissionais da saúde quando não maus-tratos.

Mulheres que são vítimas recorrentes de violência doméstica possuem maiores chances de desenvolverem problemas crônicos de ordem física e mental, que não apenas dificultam ou obstruem a sua participação no mercado de trabalho, mas criam outros laços de dependência psíquica com o parceiro, que dificultam a barganha e impõem obstáculos à dissolução do casamento, conforme também notado por Hetling (2000), Tutty e Goard (2002) e Ursel (2002). - Cerqueira, Moura e Pasinato (2019) p. 13.

O *Gaslighting*, como espécie de violência psicológica contra a mulher, restringe seus direitos por meio do controle emocional exercido pelo agressor, impactando diretamente sua participação no mercado de trabalho, expondo-as à vulnerabilidade financeira e dependência econômica-emocional.

A complexidade da violência de gênero na sociedade contemporânea se verifica no entrave entre ações de empoderamento das mulheres, na intenção e proporcionar sua independência financeira, que podem resultar no aumento de práticas abusivas por parte de seus agressores, ainda que não estejam mais presentes no ambiente hostil.

4 O impacto da função social da empresa: empoderamento e combate às violências contra a mulher

As empresas dos mais variados seguimentos vêm implementando práticas de ESG – Environmental, Social and Governance, com pretensão de impactar positivamente as comunidades a que se inserem, além de cumprirem com a Agenda de Desenvolvimento Sustentável definida pela ONU.

As ações sociais desenvolvidas pretendem auxiliar no desenvolvimento dos indivíduos, seja sob perspectiva econômica, educacional e empoderamento, como combate indireto às vulnerabilidades, exclusões e violências (especialmente as de gênero), por meio de ações de conscientização.

Passamos a avaliar nossos investimentos voluntários do Programa Petrobras Socioambiental utilizando a metodologia SROI (Social Return on Investment) – e sua variante de Análise Custo-Benefício (ACB). Ela converte em valores monetários a transformação ambiental, social e econômica decorrente da implementação dos projetos. Dessa forma, o retorno social do investimento passa a ser quantificado monetariamente conforme o impacto percebido pelas partes interessadas. Sendo assim, o SROI informa exatamente qual foi o resultado do projeto, quais os principais beneficiados e como esse benefício ocorreu (Guedes, 2022, s. p.).

Não obstante seja a inclusão de mulheres ao mercado de trabalho um desafio a ser superado, bem como a busca pela igualdade salarial e geração de emprego digno, há nas relações pessoais um impedimento até mesmo para o exercício dessas atividades, e tem como consequência a não habitualidade e, em cenários mais positivos, empreendedoras individuais em informalidade.

Entretanto, o apoio entre mulheres empreendedoras tem incentivo do terceiro setor e, principalmente, entre si, adquirindo bens e serviços dessas empresárias em ascensão ao invés de maiores corporações.

[...] Sendo as mulheres as mais afetadas pelas contradições da desigualdade de gênero, o trabalho das mulheres nas comunidades contribui para a renovação da ação pública e política na atividade econômica. As práticas de produção, comercialização, intercâmbio e redistribuição, baseadas na solidariedade, podem ser encontradas em quase todas as áreas da economia. (Soares, 2019, p. 78)

Tendo como base os propósitos constitucionais de desenvolvimento social para promoção de justiça e garantida de exercício pleno dos direitos fundamentais dos indivíduos e de grupos, as Políticas Públicas de incentivo aos pequenos empreendedores como o “Simples Nacional”, e o reconhecimento aos demais tipos societários que desempenham de maneira adequada a sua função social, por meio de benefícios tributários, é possível notar que o Estado brasileiro desempenha atividade de destaque para redução das vulnerabilidades quando atento.

Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações demonstra ser instrumento com grande impacto, através de ações que incentivam o desenvolvimento de ações para equidade de gênero entre homens e mulheres, por empresas que desejam fornecer produtos ou serviços ao governo federal, melhorando as estruturas do mundo do trabalho.

São previstos na legislação a possibilidade de exigir percentual mínimo de mulheres vítimas de violência doméstica como prestadoras do serviço ou fornecedoras de produtos, ou colaboradoras da empresa inscritas

no edital, bem como o nível de implementação dessas ações de equidade poderá ser utilizado como critério de desempate durante o processo de escolha destas empresas.

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. [...] § 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: I - **mulheres vítimas de violência doméstica;** II - oriundos ou egressos do sistema prisional (Brasil, 2021, grifo nosso).

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle (Brasil, 2021, grifo nosso).

Figura 1: Protocooperação dos setores



Fonte: Schaurich; Gimenez; Alonso, 2023, p. 19)

É através de uma protocooperação existente entre Poder Público, Empresas e Entidades do Terceiro Setor que podem ser atingidas as metas de redução das vulnerabilidades de gênero, com práticas de ações sustentáveis com resultados positivos para a sociedade civil.

5 Conclusão

As ciências sociais aplicadas, através da interdisciplinaridade, unem esforços para desenvolver métodos que reduzam as vulnerabilidades que atingem o gênero feminino, mulheres cis e trans, com estudos sobre os papéis sociais impostos.

A prática de condutas classificadas como *Gaslighting* integram os verbos que descrevem ações de violência psicológica contra a mulher, por meio do controle emocional implicando em violência financeira, reduzindo sua mobilidade até mesmo física, seu direito de ir e vir, e impactando nas relações de trabalho.

Muito embora seja crescente o número de empresas desenvolvendo ações positivas para aconselhamento e empoderamento de mulheres vítimas de violência, sua efetividade ainda se restringe a fato de a dependência emocional e econômica impedi-las de transformarem suas rotinas.

Conclui-se pela elaboração de Políticas Públicas que informem desde os primeiros anos escolares acerca do combate à violência contra as mulheres, esclarecendo quais condutas definiriam tais abusos, além da conscientização sobre as responsabilidades de cada indivíduo nas relações, sejam elas de foro íntimo, trabalho, religiosas ou educacionais, proporcionando a redução das vulnerabilidades.

Ademais, a continuidade da pesquisa apresenta-se relevante para compreender quais ações e projetos poderão ser desenvolvidos por empresas, com fundamento em sua função social, para efetivamente empoderar e proteger mulheres que sofram violência.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em 2 mai. 2024.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas, 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 2 mai. 2024.

CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo; PASINATO, Wânia. Participação no mercado de trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília : Rio de Janeiro : Ipea, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Relatório: Visível e Invisível: a vitimização das mulheres no Brasil. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 3ª ed., 2021.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2024.

GT AGENDA 2030. Objetivo 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. **Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável. Organização das Nações Unidas – ONU, 2024.** Disponível em: <https://tagenda2030.org.br/ods/ods5/>. Acesso em 2 mai. 2024.

MADALOZZO, Regina; MARTINS, Sergio Ricardo; SHIRATORI, Ludmila. **Participação no mercado de trabalho e no trabalho doméstico: homens e mulheres têm condições iguais?** Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 18 (2), agosto de 2010, p. 547-566. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2010000200015>. Acesso em: 2 mai. 2024.

MONTEIRO, Rafaela Guedes. Dilema empresarial: Como medir o impacto de projetos socioambientais?. **IDIS - Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social, 2022.** Disponível em: <https://www.idis.org.br/dilema-empresarial-como-medir-o-impacto-de-projetos-socioambientais/>. Acesso em 2 mai. 2024.

SANTOS, Nilson Carlos Nascimento dos; FIAMENGUE, Elis Cristina. A falácia da ideologia de gênero”: artimanhas neoliberais e o pânico moral para regulação de condutas. **Revista de Estudos Interdisciplinares, [S. l.], v. 5, n. 4, p. 327–343, 2023.** DOI: 10.56579/rei.v5i4.720. Disponível em: <https://revistas.ceeinter.com>.

br/revistadeestudosinterdisciplinar/article/view/720. Acesso em: 5 mai. 2024.

SCHAURICH, Amanda Carolina Schallenberger; GIMENEZ, Ana Clara Vasques; ALONSO, Ricardo Pinha. Análise da efetividade das políticas públicas de incentivos fiscais no viés do direito social à saúde da mulher. In: XII Encontro Internacional do CONPEDI, Buenos Aires, 2023, **Anais Direitos Sociais, Políticas Públicas e Seguridade III**, Florianópolis, 2023, p. 271-290. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/w7dsqk3y/2l68w31z/MI16bH2o1Zm1sU7Q.pdf>. Acesso em 2 mai. 2024.

SMANIOTTO, Camila Nava. Gênero, poder e gaslighting: você não está louca. **Revista de Estudos Interdisciplinares**, [S. l.], v. 2, n. 6, 2021. Disponível em: <https://revistas.ceeinter.com.br/revistadeestudosinterdisciplinar/article/view/178>. Acesso em: 5 mai. 2024.

SOARES, Maria de Nazaré Moraes. **Práticas feministas de autogestão em empreendimentos formados por mulheres na Rede Economia Solidária e Feminista**. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Administração e Controladoria da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019, p. 374.

Capítulo 10

O INVESTIMENTO-ANJO COMO FORMA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS PELAS STARTUPS

Lucas Vinicios Cruz¹

1 Introdução

Nos últimos anos, as *startups*, que são instituições projetadas para criar produtos e serviços em condições de extrema incerteza, estão, cada vez mais, dominando o cenário empreendedor em escala nacional e mundial. Em uma pesquisa realizada pelo ABStartups, apurou-se que, no ano de 2019, existiam mais de 12.000 (doze mil) *startups* no Brasil (ABSSTARTUPS, 2019).

Ainda, em um relatório elaborado pela Funderbeam, que é uma plataforma europeia de investimentos em *startups*, constatou-se que há, em média, 05 (cinco) *startups* a cada cem mil habitantes na Europa. Apurou-se, também, que, em países específicos, este número é muito maior, como, por exemplo, na Islândia, que chega à marca de 38 *startups* a cada cem mil habitantes, e a Irlanda, em que há 34 *startups* (FUNDERBEAM, 2017).

Estas empresas nascentes, que ainda estão em estágio inicial, demandam, em um primeiro momento, investimento interno, através do capital dos próprios sócios empreendedores. À medida que a *startup* amadurece e se desenvolve, naturalmente, ela demandará mais recursos financeiros para continuar progredindo. Porém, em um determinado momento, além do aporte de capital, os empreendedores também precisarão de mentores, isto é, pessoas que, com a sua experiência no ramo do empreendimento, possam contribuir com o seu conhecimento, *networking*, *know-how* e outras características e contribuições que vão além do simples recurso financeiro. O investidor-anjo é o investidor que atende a estas peculiaridades.

Neste sentido, o objetivo deste artigo científico é fazer uma análise sobre o investimento anjo como forma de captação de recursos

¹ Mestre em Direito Privado pela PUC Minas (bolsista CAPES/PROEX TAXAS), Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC Minas (especialização). Advogado. E-mail: lucas@mpaladvogados.com.br.

e investimento em *startups*. Para tanto, será feita uma breve explanação sobre o investimento anjo, abordando-se, inclusive, a Lei Complementar 155/2016 e o Marco Legal das Startups (Lei Complementar 182/21) para, então, constatar-se se o investimento anjo pode ser, ou não, uma boa forma de captação de recursos por parte das *startups*.

2 Breves ponderações sobre o investimento-anjo

Em que pese o investimento-anjo estar atualmente em voga no ecossistema das *startups*, a ideia desta modalidade de investimento não é nova. De acordo com Lucas Caminha e Gustavo Flausino Coelho (2020, p. 117), nos Estados Unidos da América, no início do século XX, existiam pessoas detentoras de grande fortuna que investiam capital em produções teatrais da Broadway, assumindo o risco do empreendimento e, para não perder o dinheiro investido, contribuíam com os organizadores dos eventos através de mentorias, conselhos e networking para aumentar as chances de sucesso do empreendimento. No mesmo sentido, destacam Oioli, Ribeiro Junior e Lisboa (2019, p. 105), afirmando que a origem do investidor-anjo seria nos mecenás dos primeiros filmes de Hollywood, na década de 1920, que financiavam obras da então nascente indústria cinematográfica.

Em um estudo realizado por Josh Lerner, Antoinette Schoar, Stanislav Sokolinski e Karen Wilson, publicado na *Harvard Business Review*, intitulado *The Globalization of Angel Investments: Evidence Across Countries* (2016, p. 6), apurou-se que os investidores-anjo trazem impacto positivo nas *startups* que são por eles financiadas. De acordo com os autores, *startups* que recebem aporte de investidores-anjos tem 14 a 23% mais chances de sobreviver aos primeiros 03 (três) anos. Este estudo também apurou que o financiamento anjo aumenta a probabilidade de uma saída bem-sucedida do investimento em 10 a 17% e, também, influencia significativamente a capacidade de uma empresa obter financiamento posterior ao investimento anjo².

2 Our key findings from the analysis are twofold. First, angel investors have a positive impact on the growth of firms they fund, both in terms of their performance and survival. Startups funded by angel investors are 14% to 23% more likely to survive for the next 1.5 to 3 years and grow their employment by 40% relative to nonangel funded startups. Angel funding affects the subsequent likelihood of a successful exit, raising it by 10% to 17%. Having angel funding also seems to matter significantly for the ability of a firm to obtain follow-on financing. This last result differs from the earlier findings in Kerr et al. (2013), which showed that angel investments in the U.S. boost startups' survival and performance, but do not impact their likelihood of future fundraising. This result suggests that angel groups outside the U.S. serve as an important accreditation or gateway for follow-on funding. Risk capital in the U.S. may be more abundant, and therefore startups have

Percebe-se, assim, que o investimento-anjo é de suma importância para o desenvolvimento e amadurecimento da *startup*, bem como dos seus fundadores e investidores.

O investidor-anjo, então, é o investidor, pessoa física ou jurídica, que, além de investir financeiramente na *startup*, também contribui para o seu crescimento através do compartilhamento do seu conhecimento, experiência e rede de contatos. Conforme Giulliano Tozzi Coelho e Luiz Gustavo Garrido (2016, p. 116), os investidores-anjo “são, em sua maioria, empreendedores já experientes e que conquistaram o sucesso em seus negócios e passam a investir em empresas nascentes, fornecendo além do capital financeiro, mentoria e networking qualificado”. Daí a expressão “anjo”, que pressupõe uma boa pessoa, disposta a ajudar e auxiliar no que for preciso.

No mesmo sentido, dissertam Oioli, Ribeiro Junior e Lisboa:

Usualmente, são indivíduos que já foram empreendedores bem-sucedidos ou profissionais com experiência em investimentos que oferecem ao fundador da startup, além dos recursos financeiros, sua contribuição pessoal para o negócio, na forma de aconselhamento, conhecimentos técnicos específicos e acesso à rede de contatos do investidor – por isso, sua denominação como “anjo” em contraposição a um investidor ordinário, cuja contribuição é puramente financeira (OIOLI; RIBEIRO JUNIOR; LISBOA, 2019, p. 105).

Lucas Caminha e Gustavo Flausino Coelho definem os investidores anjo como “pessoas físicas de patrimônio considerável que financiam startups de alto potencial via participação societária ou de dívida conversível em participação, atuando nessas startups como mentores da equipe fundadora para aumentar a chance de sucesso do investimento” (CAMINHA; COELHO, 2020, p. 118).

Esta costuma ser a primeira modalidade de investimento externo, fora do círculo familiar e social dos empreendedores. Geralmente, as startups investidas são aquelas que não estão maduras o suficiente para receber aporte financeiro de algum fundo de venture capital. Como explicam Oioli, Ribeiro Junior e Lisboa:

Usualmente, são indivíduos que já foram empreendedores bem-sucedidos ou profissionais com experiência em investimentos que oferecem ao fundador da startup, além dos recursos financeiros, sua contribuição pessoal para o negócio, na forma de aconselhamento,

many different avenues of obtaining their initial seed funding, including venture capitalists. As a result, U.S. firms do not necessarily have to raise an angel round before getting funding from larger players (LERNER; et al, 2016, p. 6).

conhecimentos técnicos específicos e acesso à rede de contatos do investidor – por isso, sua designação como “anjo” em contraposição a um investidor ordinário, cuja contribuição é puramente financeira. Podem atuar, inclusive, formalmente como administradores das empresas investidas, como diretores ou membros de conselhos fiscal ou de administração (OIOLI; RIBEIRO JUNIOR; LISBOA, 2019, p. 105).

Henrique Avelino Lana e Eduardo Goulart Pimenta explicam que a diferença entre o investidor-anjo e um investidor tradicional é que, neste, o investimento se limita à aplicação financeira, enquanto no investimento anjo, também há a troca de informações, compartilhamento de rede de contatos, mentorias, ajuda e acompanhamento no desenvolvimento e ampliação do modelo de negócio da *startup* (LANA; PIMENTA, 2021, p. 65).

Entende-se que esta é uma modalidade de investimento completa, já que vai além do mero aporte financeiro. No ecossistema das *startups*, o investimento anjo também é conhecido como *smart money* (ou dinheiro inteligente, da tradução livre), tendo em vista todo o conhecimento agregado que acompanha o investimento.

Veja-se o que escreve João Kepler, um dos maiores investidor anjo do Brasil:

A expressão *smart money* [...] é utilizada com recorrência no mercado de *startups* e é definida para descrever o dinheiro inteligente que os investidores aplicam. Além do investimento financeiro por si só, os investidores agregam outros valores – como: experiência, know-how, insights sobre o modelo de negócio em áreas cruciais da empresa [...]. Investidores que trazem *smart money* não usam expressões como “eu acho”, “quero crer”, “provavelmente”, mas: “com base em minhas experiências”, “eu acredito”, “conforme foi validado”, “segundo as planilhas” (KEPLER, 2018, p. 31).

Acredita-se pertinente a afirmação trazida por Lucas Caminha e Gustavo Flausino Coelho (CAMILHA; COELHO, 2020, p. 119), no sentido de que investidores-anjo investem o produto material e imaterial dos seus sucessos passados para construir novos sucessos, em que o produto material seria representado pelo aporte financeiro realizado e o produto imaterial seria o conhecimento, experiência, rede de contatos etc.

E, justamente em razão deste produto imaterial que a presença de investidores-anjo em uma *startup* oferece mais segurança e confiabilidade na tomada de decisões, tornando-se, inclusive, um empreendimento mais atrativo para o mercado, principalmente para outros investidores e outras

rodadas de investimento, quando a *startup* está apoiada por um investidor-anjo de renome (FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018, p. 97).

Um investidor-anjo não precisa, necessariamente, investir apenas em *startups*, isto é, não é o empreendimento que faz do investidor um anjo, mas sim a sua característica de contribuir com recursos financeiros e a sua experiência. Inclusive, é comum que investidores-anjo escolham empreendimentos no mesmo ramo de atuação que possuem experiência. Porém, grande parte dos investidores-anjo, inclusive no Brasil, optam por empresas nascentes que usam a tecnologia no seu modelo de negócio. Para Lucas Caminha e Gustavo Flausino Coelho, o investidor-anjo é atraído por *startups* de bases tecnológicas em razão da escalabilidade destas empresas, bem como por precisarem de investimentos mais baixos e demandarem menor custo de produção. Estes fatores levam ao que os autores chamam de eficiência de capital, ou investimento eficiente (CAMINHA; COELHO, 2020, p. 122).

O procedimento para formalização de um contrato de investimento anjo é complexo e seletivo, pois o investidor-anjo realiza uma seleção prévia do empreendimento que receberá o investimento, isto é, o aporte não é feito em qualquer *startup*. Erik Frederico Oioli, José Alves Ribeiro Junior e Henrique Lisboa (2019, p. 107-108) explicam que, geralmente, há um procedimento, conduzido pelo próprio investidor-anjo, com várias etapas anteriores ao investimento, que vão desde a busca e triagem de negócios, apresentação do empreendimento pelos fundadores, *due diligence*³ ⁴ e negociação quanto aos termos e condições do investimento. Passadas estas etapas pré-investimento, inicia-se a fase de formalização do investimento, com a assinatura do contrato e a efetiva realização do aporte financeiro. Por fim, inicia-se a fase pós-investimento, que consiste no acompanhamento e apoio à *startup*, através de mentorias, conselhos, informações, troca de contatos etc.

3 De acordo com os autores, o *due diligence* é o procedimento de obtenção e verificação de informações sobre as *startups* investidas, bem como os seus fundadores e sócios. Este procedimento inclui análise de competidores, validação do produto e aspectos de propriedade intelectual, avaliação da estrutura legal e societária, aspectos financeiros, *compliance*, Referências da *startup* e dos fundadores, etc. Os autores também destacam que, por estarem as *startups* ainda em fase inicial de desenvolvimento, o foco desta análise é o perfil dos fundadores, da equipe e a viabilidade do produto ou serviço desenvolvido pela startup (OIOLI; RIBEIRO JUNIOR; LISBOA (2019, p. 108).

4 Para Sandro Mansur Gibran e Gabriel Jacobs de Oliveira: “Esta diligência prévia ou, em inglês, *due diligence* é de extrema importância para que as partes saibam exatamente o quanto deverão desembolsar e (ou) receber pela operação, bem como possam identificar a saúde financeira da outra parte e (ou) possíveis riscos existentes na esfera trabalhista, tributária, regulatória e em relações governamentais” (GIBRAN; OLIVEIRA, 2019, p. 126).

Em contrapartida ao aporte financeiro, o investidor-anjo pode optar por receber uma participação societária e se tornar sócio na *startup*, movimento conhecido como *equity* ou, se preferir, apenas realiza a cobrança do valor investido, com juros e correção monetária, após determinado período, caracterizando, assim, um título de dívida.

Portanto, o investimento-anjo é importante para o desenvolvimento e crescimento da *startup*, tendo em vista que, além do investimento financeiro, os empreendedores também contarão com o investimento técnico e intelectual do investidor, que, inclusive, poderá ter mais valor do que o próprio investimento financeiro.

3 Aspectos legais do investimento anjo

No Brasil, a Lei Complementar 155/2016, que alterou a Lei Complementar 123/2006, foi a primeira legislação nacional a tratar expressamente do investidor-anjo. Posteriormente, o Marco Legal das Startups (Lei Complementar 182/2021), que entrou em vigor em 01 de junho de 2021, fez algumas alterações e inclusões na legislação destinada ao investimento anjo, conforme foi explicado no capítulo 3.3 desta dissertação.

De acordo com a LC 123/06, a sociedade que se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte poderá admitir o aporte de capital do investidor-anjo. Neste caso, o valor aportado não integrará o capital social da empresa, assim como não será considerado como receita da sociedade. Além disso, o aporte deverá ser formalizado através de um contrato de participação⁵, cujo prazo de vigência não poderá ser superior a 07 (sete) anos (artigo 61-A, caput e §1º e 5º, da LC 123/06). Como o valor aportado pelo investidor-anjo não integra o capital social e não é considerado receita da investida, independente do montante aportado, a sociedade investida não perderá a qualidade de microempresa ou empresa de pequeno porte (FILHO; POIDOMANI, 2017, p. 34).

Eduardo Goulart Pimenta e Henrique Avelino Lana (2021, p. 61) explicam que a LC 123/06 prevê requisitos formais para a caracterização de um contrato de participação atrelado ao investimento anjo. Assim, caso estes requisitos não sejam atendidos, estar-se-á diante de um contrato de mútuo comum, não de um contrato de participação.

5 “Este contrato é uma figura híbrida que agrupa elementos de um título de dívida e de uma participação societária na *startup*” (OIOLI; RIBEIRO JUNIOR; LISBOA (2019, p. 109).

No mesmo sentido:

Para valer-se dos benefícios atribuídos pela Lei Complementar 155 mencionados acima, é fundamental que o contrato de participação contemple todos os requisitos previstos nos artigos 61-A a 61-C da Lei Complementar 123. A ausência ou contrariedade a qualquer um dos requisitos legais pode descharacterizar o contrato de participação e levar à perda dos benefícios legais, o que representaria grande ameaça principalmente ao investidor, em razão do risco de não ter assegurada a blindagem patrimonial garantida por essa forma de investimento (REIS, 2018, p. 115).

A Lei Complementar 155/2016 trouxe as características de um investidor anjo. Assim, de acordo com referida legislação, o investidor anjo (i) será uma pessoa física ou jurídica; (ii) não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa investida; (iii) não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em caso de recuperação judicial, razão pela qual a ele não se aplica a desconsideração da personalidade jurídica; e (iv) será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de cinco anos (artigo 61-A, §4º, da LC 123/06).

Estas características também foram usadas para definir o investidor-anjo, conforme artigo 2º, I, do Marco Legal das Startups, que dispõe que o investidor-anjo é o “investidor que não é considerado sócio nem tem qualquer direito a gerência ou a voto na administração da empresa, não responde por qualquer obrigação da empresa e é remunerado por seus aportes”.

José Luiz de Moura Faleiros Júnior explica que não responsabilizar o investidor-anjo pelas dívidas da *startup* é medida coerente e lógica, trazendo segurança jurídica ao investidor e equilíbrio no ecossistema de inovação:

Tais previsões estão plenamente alinhadas ao que já se esperava da nova lei e ao que já existia para a figura do investidor-anjo, e revelam o incremento da segurança jurídica para o investidor que deseje se valer de algum dos instrumentos listados no artigo 5º da lei. Não o responsabilizar, por não ter ele qualquer ingerência sobre a administração empresarial, é medida coerente e lógica; da mesma forma, impedir que se lhe atinja eventual desconsideração da personalidade jurídica da startup na qual investiu é medida que produz equilíbrio no ecossistema brasileiro de inovação (FALEIROS JÚNIOR, 2021).

João Glicério de Oliveira Filho e Isabella Lucia Poidomani explicam as vantagens do investidor-anjo não integrar o quadro societário da *startup*:

O fato de o investidor não estar no quadro societário também lhe beneficia por reduzir o risco de vulnerabilidade do seu patrimônio social perante as obrigações sociais, considerando o cenário atual de fragilidade da barreira que deveria ser a personalidade jurídica. Nesta pesquisa, também se comprehende que tal fato não beneficia apenas o investidor, mas a sociedade como um todo, ao afastar impasses que podem advir no momento de saída daquele que é sócio, como a dissolução parcial da sociedade, o recesso, a exclusão. São todas situações que demandam tempo, energia e capital da sociedade e a intenção com a regulamentação do investidor-anjo é justamente possibilitar que o empresário de menor porte tenha forças para alavancar a sua ideia empreendedora (FILHO; POIDOMANI, 2017, p. 30).

O Marco Legal das Startups alterou o artigo 61-A, §4º, da LC 123/06. Após o MLS, ainda que não seja considerado sócio e não tenha direito de voto ou gerência, passou-se a permitir a possibilidade do investidor-anjo participar nas deliberações da sociedade investida em caráter estritamente consultivo (artigo 61-A, §4º, I, LC 123/06). Além disso, de acordo com o inciso III, do §4º do mesmo artigo 61-A, aumentou-se, de 05 (cinco) para 07 (sete) anos, o prazo máximo que o investidor-anjo poderá ser remunerado por seus aportes.

De acordo com Filho e Poidomani (2017, p. 33), este prazo foi inserido na legislação pois o investimento anjo foi criado para ter a característica de ser um investimento transitório, isto é, de médio ou longo prazo, mas não por prazo indeterminado.

A novidade está prevista nos incisos IV e V, do §4º, do artigo 61-A, da LC 123/06, que passaram a prever, expressamente, o direito do investidor-anjo exigir dos administradores da sociedade investida, as contas justificadas de sua administração e, anualmente, o inventário, o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico, bem como o direito de examinar, a qualquer momento, os livros, os documentos e o estado do caixa e da carteira da sociedade, exceto se houver pactuação contratual que determine época própria para isso.

Ainda sobre o que prevê a LC 123/06, o investidor-anjo terá direito à remuneração correspondente aos resultados distribuídos, conforme contrato de participação celebrado (artigo 61-A, §6º, da LC 123/06). Antes da entrada em vigor do Marco Legal das Startups, a remuneração do investidor-anjo não poderia exceder 50% dos lucros da sociedade investida. Com a entrada em vigor da LC 182/2021, a nova redação do artigo 61-A, §6º, da LC 123/06 excluiu este limite para a remuneração periódica do investidor-anjo. Além disso, o mesmo dispositivo passou a prever a

possibilidade de conversão do aporte de capital em participação societária.

O investidor-anjo somente poderá exercer o direito de resgate depois de decorridos, no mínimo, dois anos do aporte de capital, ou prazo superior estabelecido no contrato de participação, ocasião em que os seus haveres serão pagos de acordo com a situação patrimonial da sociedade (LANA; PIMENTA, 2021, p. 66), não podendo ultrapassar o valor inicialmente investido, devidamente corrigido. Porém, isso não impede a transferência da titularidade do aporte para terceiros, desde que haja consentimento dos sócios da *startup* investida, salvo convenção contratual expressa em contrário (artigo 61-A, §§7º, 8º e 9º, da LC 123/06).

Em contrapartida, caso os sócios da *startup* investida decidam pela venda da empresa, o investidor-anjo terá direito de preferência na aquisição, bem como direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital, nos mesmos termos e condições que forem ofertados aos sócios (artigo 61-C, da LC 123/06).

Importante ressaltar que o investidor anjo pode optar por formalizar o investimento através de outras espécies de contrato, diferentes do contrato de participação previsto na LC 123/06, como, por exemplo, um investimento formalizado através de um contrato de mútuo conversível em participação. Isso se dá porque a LC 123/06 apenas cria uma nova opção de formalização do investimento, não proibindo as já existentes (CAMINHA; COELHO, 2020, p. 252). Assim, caberá às partes, no momento das tratativas, optarem por um contrato de participação de acordo com a LC 123/06, ou por um contrato de mútuo comum.

Para Oioli, Ribeiro Junior e Lisboa (2019, p. 109), a legislação aplicável ao contrato de participação para investidores-anjo teria adentrado na esfera da liberdade negocial das partes, pois tornou-se obrigatórios termos que poderiam ser deixados para a livre negociação das partes (investidor e fundadores), como, por exemplo, o direito de venda conjunta.

Outra crítica feita pelos autores é em relação à tributação, já que a participação do investidor-anjo nos resultados da *startup* investida estaria sujeita à incidência de imposto de renda com alíquotas equivalentes àquelas aplicáveis a investimentos de renda fixa, conforme Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 1719, de 21 de junho de 2017⁶, o que poderia

6 Instrução Normativa da RFB n. 1719/2017. Art. 1º: Esta Instrução Normativa dispõe sobre a tributação dos rendimentos decorrentes dos contratos de participação com aportes de capital efetuados nos termos do art. 61-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, pelos denominados investidores-anjo, para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos em sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de

contribuir para o desestímulo nesta modalidade de investimento.

Sobre este assunto, explicam Feigelson, Nybo e Fonseca:

Neste sentido, a Receita Federal considera que há tributação da renda em dois momentos: na remuneração periódica e no resgate, previstos nos §§6º e 7º do art. 61-A da LC n. 123/2016. Em ambos os casos, o imposto será retido na fonte (IRRF) e terá alíquota regressiva, de acordo com o prazo do contrato. Dessa forma, incidem as alíquotas de: (i) 22,5%, em contratos de participação com prazo de até 180 dias; (ii) 20%, em contratos de participação com prazo de 181 dias até 360 dias; 17,5% em contratos de participação com prazo de 361 dias até 720 dias; e 15% nos contratos de participação com prazos Superiores a 720 dias. Importante ressaltar que, na remuneração, o tributo incidirá sobre o valor da remuneração em si; no caso de resgate, a base de cálculo será a diferença positiva entre o valor efetivamente aportado e o valor atualizado no momento do resgate, se houver (FEIGELSO; NYBO; FONSECA, 2018, p. 135).

Portanto, o investimento anjo, independentemente da maneira que seja formalizado, isto é, se através de um contrato de participação ou um contrato de mútuo, é de suma importância para o desenvolvimento e amadurecimento da *startup*.

4 Considerações finais

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Trata-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, mas que procuraram ser expostas de forma técnica, objetiva, completa e fundamentada.

O objetivo deste artigo científico foi fazer uma análise sobre o investimento anjo como forma de captação de recursos e investimento em *startups*, para, então, constatar-se se o investimento anjo pode, ou não, ser, uma forma de captação de recursos vantajosa para as *startups*.

Após analisar a bibliografia consultada referente ao tema, bem como as principais legislações atinentes ao investimento-anjo, consistentes na Lei Complementar 155/2016 e o Marco Legal das Startups (Lei Complementar 182/21), conclui-se que o investimento-anjo é de suma importância para o desenvolvimento e crescimento da *startup*, tendo em vista que os empreendedores, além de receberem o aporte financeiro do investidor, também encontrarão um mentor com conhecimento técnico e prático sobre empreendedorismo, que poderá agregar ainda mais à *startup* e aos empreendedores.

Referências

ABSSTARTUPS. **Startups no Brasil – A maturidade do ecossistema nos últimos oito anos.** Disponível em <https://abstartups.com.br/startups-no-brasil-a-maturidade-do-ecossistema-nos-ultimos-oito-anos/>. Acesso em 05 nov 2019.

BRASIL, Receita Federal do. **Instrução Normativa RFB nº 1719, de 19 de julho de 2017.** Dispõe sobre a tributação relacionada às operações de aporte de capital de que trata o art. 61-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=84618>. Acesso em 15 jul 2021.

CAMINHA, Lucas; COELHO, Gustavo Flausino. **Captação de Recursos por startups.** São Paulo: Almedina, 2020.

COELHO, Giuliano Tozzi; GARRIDO, Luiz Gustavo. **Dessecando o contrato entre startups e investidores anjo.** In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Coord.) *Direito das startups*. Curitiba: Juruá, 2016.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. **O recente marco legal das startups e a limitação de responsabilidade do investidor.** 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/350987/marco-legal-das-startups-e-limitacao-de-responsabilidade-do-investidor>. Acesso em 14 nov 2021.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das Startups.** São Paulo: Saraiva, 2018.

FILHO, João Glicério de Oliveira; POIDOMANI, Isabella Lucia. **Análise crítica da lei complementar nº 155 de 2016 na regulamentação do investidor-anjo.** Rev. Brasileira de Direito Empresarial. e-ISSN: 2526-0235. Maranhão. v. 3. n. 2. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/2337>. Acesso em 12 out 2021.

FUNDERBEAM. **Startup Investment Report: Estonia.** 2017. Disponível em <https://static1.squarespace.com/static/5573469fe4b0061829d437e6/t/5939511520099e3818edc/df5/1496928554679/Startup+Investment+Report+Estonia.pdf>. Acesso em 21 mar 2021.

GIBRAN, Sandro Mansur; OLIVEIRA, Gabriel Jacobs de. **Due**

diligence: o critério ético da maximização de riquezas de Richard Posner colocado em aplicação em operações de fusões e aquisições. Percurso - Anais do VIII CONBRADÉC. vol.01, n.º.28, Curitiba, 2019. pp. 116-132

KEPLER, João. **Smart Money.** A arte de atrair investidores e dinheiro inteligente para seu negócio. Editora Gente. 2018.

LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. **Investimentos e desinvestimento para startups.** Revista do Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 12, n. 1, p. 54-79, jan./jun. 2021. Disponível em:<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/1276>. Acesso em 15 jun 2021.

LERNER, Josh et al. **The Globalization of Angel Investments: evidence across countries.** Cambridge: Harvard Business School, 2016. Disponível em:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2706546. Acesso em 15.06.2019.

OIOLI, Erik Frederico; RIBEIRO JR, José Alves; LISBOA, Henrique. **Financiamento da Startup.** In: OIOLI, Erik Frederico (Coord.). Manual de Direito para Startups. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

REIS, Edgar Vidigal de Andrade. **Startups: análise de estruturas societárias e de investimento no Brasil.** São Paulo: Almedina. 2018.

Capítulo 11

A CONQUISTA DO DIREITO AO SUFRÁGIO PELA MULHER BRASILEIRA E A VIOLÊNCIA POLÍTICA

Caroline Fockink Ritt¹

Eduardo Ritt²

1 Introdução

O presente texto fará uma narrativa histórica, das conquistas dos direitos pelas mulheres brasileiras, desde meados do século XIX, desde o direito à educação até finalmente, o direito ao sufrágio. Destaca-se que as pioneiras na defesa dos direitos da mulher, no Brasil, apostavam na educação como sendo a chave para a emancipação feminina, como também a de oportunidade de melhora do *status social* feminino, até a mulher conseguir conquistar direitos como ao sufrágio.

Com relação ao sufrágio, será feita uma análise, ainda que superficial e sem a possibilidade de esgotar o assunto, sobre a violência política que é cometida contra a quando ambiciona ocupar espaços de poder na política. Estudo da Lei 14.192/21 que definiu a violência política, criminalizou comportamentos e trouxe inúmeras implicações legais quando este tipo de violência de gênero acontece.

2 A realidade social das mulheres brasileiras em meados do século XIX

Observa-se que, em meados do século XIX, o império brasileiro era de apenas sete milhões de pessoas as quais ficavam distribuídas em três milhas quadradas na metade oriental da América do Sul. Na época, a

1 Advogada. Doutora em Direito. Pós doutoranda em Direitos Fundamentais, na PUC do RS. Professora de direito penal no curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS. E-mail: carolinefritt@gmail.com

2 Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Promotor de Justiça em Santa Cruz do Sul/RS. Professor de Processo penal na referida universidade. E-mail: eduardoritt@gmail.com

sociedade brasileira era altamente estratificada e a economia dependente do trabalho escravo. A maioria da população, que era etnicamente muito diversificada, permanecia concentrada na costa, vivendo e cultivando a terra de forma primitiva. O estereótipo comum da família da época era a patriarcal, onde havia um marido autoritário, cercado de concubinas escravas, que dominava os filhos e sua mulher que era muito submissa. A mulher era uma criatura passiva e indolente que vivia enclausurada em casa, tinha muitos filhos e acabava sendo muito severa com os escravos. (HAHNER, 2003. p. 36-40)

Mary Del Priore (1999, p. 38-39) observa que vários “*manuais de casamento*”, que foram escritos, na época, em Portugal, recomendavam o matrimônio entre indivíduos da mesma situação social como uma medida de garantir a harmonia entre os cônjuges. Mas o casamento legal era raro entre as classes mais baixas ou que fossem racialmente heterogêneas. Não predominava aí a família patriarcal ou extensiva – embora a Igreja Católica condenasse a ocorrência comum da concubinagem e ilegitimidade, os pobres não eram capazes de cobrir o custo de um casamento religioso legítimo.

Com relação ao casamento, após a sua celebração, a mulher passava da autoridade soberana do pai, para a autoridade do marido, a quem permanecia submissa. A mulher casada tinha de se submeter à autoridade do marido nas questões relativas à educação, à criação e ao local de residência dos filhos. Na explicação de Peixoto (1944, p. 317-318), a vida conjugal seria feliz se as mulheres pudessem aprender a tratar os maridos como tratam aos outros homens. A regra geral é esta: *elas sacrificam tudo aos noivos; depois, sacrificam os maridos a tudo. Assim, conseguir a felicidade! Amém.*

Era considerado um verdadeiro crime uma mulher ser alfabetizada, pois se a mulher soubesse ler e escrever ela seria capaz de receber cartas de amor. Assim, uma quadrinha popular da época, citada por Hahner (2003, p. 57) definia claramente o que uma mulher deveria ou não aprender, para assim cumprir seu principal papel na sociedade que era o de ser mãe, dona de casa, ou seja, uma mulher do lar, de família: “*Menina que sabe muito, É menina atrapalhada, Para ser mãe de família, Saiba pouco ou saiba nada.*” A educação das meninas sempre foi somada à antiga ideia de educação doméstica e a escolaridade destinada às mulheres não era a mesma destinada aos meninos. Tal fato era retratado perfeitamente num provérbio português, aplicada às moças de classe alta brasileira, que dizia que “*uma mulher é suficientemente educada quando pode ler com propriedade*

seu livro de orações e sabe como escrever a receita de geleia de goiaba; mais do que isso põe o lar em perigo". (EXPILLY, 1935, p. 401).

3 A conquista do sufrágio: aspectos históricos

Com a questão da emancipação feminina, era cada vez maior o número de mulheres que conseguiam ingressar em campos profissionais de prestígio. Não tardou para que começasse outra discussão: a de *igualdade política*. Observa-se como uma consequência natural que, quanto mais a mulher se distanciou do papel doméstico, que até então era o único que ela podia exercer, por imposição, maior era a oposição masculina que encontravam nessa caminhada de lutas e conquistas por sua emancipação.

No Brasil, o direito ao voto permanecia uma forma de manifestação política proibida para as mulheres. O direito de voto, entre os homens, também era extremamente limitado, pois esse direito se tornou possível para os homens analfabetos, somente após a abolição da escravatura, em 1888, e com o advento da República, em 1889. Poucos homens votavam no Brasil, e a generalização desse direito não parecia uma questão importante, pois as mudanças de governo muito pouco afetavam a vida das mulheres. (HAHNER, 2003, p. 160)

A resistência masculina ao voto feminino mostrou-se difícil de contra-atacar. O argumento contrário baseava-se na concepção da soberania dos homens sobre a família e dos tradicionais deveres das mulheres, de cuidado com o lar doméstico, de dedicação exclusiva com a maternidade. Os homens defendiam que à mulher não cabia o trato de questões políticas. Um ano após a queda da Monarquia, o regime republicano provisório chefiado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca chamava um congresso constituinte a restabelecer a nação sobre uma base legal, para isso deveria ser elaborada uma constituição republicana para o Brasil elegendo um presidente e vice-presidente.

As defensoras dos direitos femininos, no Brasil do século XIX, acreditavam no progresso e extraíam inspiração e promessa de sucesso futuro das conquistas femininas nos outros países. Apesar da oposição masculina, da indiferença das outras mulheres e nos limites de aceitação das suas próprias ideias, tinham convicção da importância de sua causa e de seu eventual sucesso. Pregavam a confiança nas mulheres e nas potencialidades de que eram possuidoras. Durante o século XIX, aumentou o número de mulheres brasileiras que recebiam alguma instrução, abrindo-se finalmente

para elas as portas das instituições de ensino superior. Mas foram poucas as mulheres as quais ingressaram e tiveram sucesso em profissões de prestígio e ditas tradicionalmente masculinas, como Direito e Medicina. (HAHNER, 2003, p. 171)

No início da segunda década do século XX, no Brasil, as ações feministas proliferavam rapidamente. Era crescente o apoio às lutas para que ocorressem melhoria da situação social, civil e política. As mulheres se sentiam estimuladas a investigar sobre seus direitos e debater os próprios problemas, especificando bem quais suas reivindicações. A conquista do direito ao voto pelas mulheres em alguns dos mais importantes países da Europa, logo após a I Guerra Mundial, ajudou essa mesma causa no Brasil, pois a defesa de tal direito passou a ser bem aceita nos círculos da elite nacional.

O exemplo das nações avançadas e os elos pessoais que as feministas brasileiras estabeleceram com as principais líderes do movimento sufragista internacional, impulsionaram a formação de organizações oficiais dos direitos femininos no Brasil. As novas associações, dirigidas pelas mulheres urbanas beneficiadas com os avanços da educação feminina no final do século XIX também forneciam a um número cada vez maior de brasileiras um canal de expressão, enquanto ajudavam a criar uma arena política para as mulheres.

3.1 Finalmente: o direito ao sufrágio

O direito de voto tornou-se o foco da atividade feminista nos anos 20. As feministas brasileiras montaram uma excelente campanha sufragista que acabou atingindo seu objetivo em 1932, apenas uma década depois da fundação da *Federação Brasileira pelo Progresso Feminino*. As líderes femininas acreditavam que a chave das futuras conquistas estava no poder do voto. Observa-se que as líderes do movimento sufragista brasileiro desejavam reformar, muito mais do que reestruturar radicalmente o sistema político e social do Brasil. Ao contrário do que ocorreu em outros países, buscavam unir-se ao sistema como participantes iguais, para assim melhorá-lo, e não para subvertê-lo.

Na segunda década do século 20, um moderado movimento feminista passou a ser aceito no Brasil. Novos jornais feministas sem qualquer caráter radical surgiam nos principais centros urbanos, assim como algumas organizações feministas. O direito a voto era objeto de

discussões mais favoráveis e, com toda a liberdade, já podia ser defendido, formal ou informalmente. Alguns brasileiros argumentavam até que a maternidade podia ser incompatível com o exercício das profissões masculinas, de acordo com alguns escritores, mas não o era com o voto, afinal, votar não afastaria as mulheres de suas casas por um tempo muito longo. (HAHNER, 2003, p. 276-277).

No final de agosto de 1932, o governo lançou, para grande desgosto e talvez surpresa da FBPF, (*Federação Brasileira pelo Progresso Feminino*) um código eleitoral provisório que dava direito restrito de voto, apenas a algumas mulheres: as viúvas, com renda própria, e também as solteiras e casadas, mas somente as que obtivessem permissão de seus pais e maridos, respectivamente. Contestando, por insuficiente, esse código provisório, a FBPF e outros grupos feministas, tais como a Aliança Cívica das Brasileiras e a Aliança Nacional das Mulheres, organizaram uma campanha para que removessem as restrições do Código antes que fosse adotado. Algumas líderes encontraram-se com Getúlio Vargas e a aprovação desse governante estadista, em ocorrer o sufrágio feminino universal, foi decisiva.

Em 24 de fevereiro de 1932, o novo Código deu amplo direito de voto às mulheres, sob as mesmas condições dadas aos homens, ou seja, analfabetos de ambos os sexos permaneciam sem poder votar. Assim, o Brasil tornou-se o quarto país do hemisfério ocidental a garantir o voto às mulheres, logo depois do Canadá, dos Estados Unidos e do Equador.

A campanha sufragista no Brasil nunca se tornou um movimento de massas, mas, apesar disso, teve o mérito de se caracterizar por sua excelente organização, bem maior do que a maioria dos movimentos semelhantes que a seguiram na América Latina. (HAHNER, 2003, p. 332-333). Observam Maria Ligia Prado e Stella Scatena Franco (2012, p. 194-195), que política não se restringe à esfera do Estado e de suas instituições. Ela atravessa os domínios da vida cotidiana e se encontra presente nas relações variadas que se estabelecem entre os indivíduos, incluindo aqueles entre homens e mulheres. Da mesma forma, também há política nas representações e nas simbologias as quais são elaboradas pelos diversos grupos sociais, como também nas manifestações, tanto espontâneas, quanto nas organizadas.

Após a promulgação do Código de 1932, as brasileiras alfabetizadas buscaram acesso ao voto e, ligadas ao movimento sufragista, buscaram a garantia imediata do direito adquirido. O voto era uma forma, um instrumento que, sendo bem usado, ajudaria a melhorar a situação da mulher. Assim, outra forma de influenciar os resultados sobre a Carta

Magna seria a de participar de sua redação.

As mulheres elegeram para participar da comissão da redação do texto constitucional, convidadas por Getúlio Vargas, Bertha Lutz e Natércia da Silveira, que se uniram à Comissão. Dessa forma, a Constituição de 1934 confirmou a vitória feminina de 1932 e expressamente garantiu o voto para as mulheres. A nova constituição também estendeu à mulher direitos políticos, de cidadania, assim como de nacionalidade idênticos aos do homem. Não apenas as mulheres casadas com estrangeiros manteriam a sua nacionalidade – questão importante para as feministas em muitos países -, mas a nacionalidade poderia ainda ser transmitida igualmente pelo pai ou pela mãe aos filhos. Servidores públicos recebiam especial atenção na Constituição brasileira de 1934, com ambos os sexos igualmente capacitados para assumir posições no governo, mas as mulheres servidoras públicas não podiam ser demitidas simplesmente por se terem casado, bem como a elas asseguravam-se, ainda, três meses de licença remunerada na gravidez. Como tinham pedido as organizações femininas, ficavam expressamente isentas do serviço militar, quando o ministro da guerra tentava incluí-las. (HAHNER, 2003, p. 350)

Com o voto, as mulheres não podiam ficar excluídas do processo político. Da mesma forma, sua base doméstica estabelecida permanecia firme. Nos anos 30, as mulheres instruídas do Brasil tinham alcançado o grau de instrução de participação que ambicionavam. Conseguiram acesso a respeitáveis posições profissionais assim como o direito ao voto. Sem ser radicais em seus objetivos, nem agressivas em suas táticas, as mulheres que queriam o direito ao sufrágio, queriam alguns dos direitos exercidos pelos homens de sua própria classe. Não desejavam revolucionar a sociedade ou reestruturar a família. Desde a colônia, temos vozes femininas que preconizaram a Abolição da Escravatura, a instauração da República e a introdução do sufrágio universal. O direito à cidadania política, ou seja, o direito à voto, é alcançado pelas brasileiras em 1932, antes de vários países da Europa, como França e Itália. (GIULANI, p. 2010, p. 644)

O voto só se torna direito nacional em 1932, mas foi só em 1965 que os direitos e obrigações eleitorais foram igualados entre homens e mulheres. A primeira prefeita brasileira foi eleita em 1928 em Lages (RN). Em 1934 vê a primeira deputada federal mulher, Carlota de Queirós, e o Senado só veria suas primeiras parlamentares mulheres em 1990. Em 1994, Roseana Sarney é a primeira mulher escolhida pelo voto popular para chefiar um Estado, o Maranhão. Em 2011, a primeira mulher presidente do Brasil, Dilma Rousseff, tomou posse. E, no Parlamento, foram eleitas as primeiras

vice-presidentas da Câmara dos Deputado e do Senado. Observa-se Sodré (2018, <https://politica.estadao.com.br>) que são pelo menos 140 anos de história de luta pela participação política das mulheres no Brasil e ainda temos muito caminho a percorrer.

4 Violência política com relação às mulheres

A violência política é definida como sendo a agressão física, psicológica, econômica, simbólica ou sexual contra a mulher, com a finalidade de impedir ou restringir o acesso e exercício de funções públicas e/ou induzi-la a tomar decisões contrárias à sua vontade. Inclui-se nesta concepção as eleitas, as candidatas aos cargos eletivos, as ocupantes de cargos públicos, as dirigentes de conselhos de classe, de empresas estatais e das entidades de representação política. Em suma: atos sistêmicos de violência com o objetivo de excluir a mulher do espaço político. É uma das causas da sub-representação. (2024, MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA, <https://www.gov.br/>)

Nas lições do Tribunal Regional Eleitoral-PR (2024, TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL –PR; <https://www.tre-pr.jus.br>) a violência política pode ocorrer de forma aberta ou velada, para atingir finalidades específicas. É utilizada para deslegitimar, causar danos, obter e manter benefícios e vantagens ou violar direitos com fins políticos. Desse modo, afeta a própria democracia.

São tipos de violência política: **a)** violência política simbólica, como por exemplo: inexistência de banheiro feminino no plenário do Senado Federal até 2016; falta suporte para as mães, berçários e regras regimentais relacionadas à licença maternidade no Congresso Nacional. **b)** Violência política psicológica, como, por exemplo: interrupção frequente de fala em ambientes políticos; evidente dispersão dos interlocutores; a clara sinalização de descrédito; desqualificação: induz a pensar que não possui competência para a questão; a classificação da mulher como histérica; a difamação; a intimidação: que inclui agressividade de gestos e palavras; as ameaças; **c)** violência política econômica: quando, por exemplo, os recursos do fundo partidário são destinados de forma desproporcional, excluindo mulheres da distribuição; **d)** violência política sexual: quando ouvimos comentários relacionados ao corpo da mulher, sensualizando e estereotipando; e quando acontece o assédio sexual; **e)** violência política física: quando acontece , por exemplo: atos de empurrar, bater, esbofetejar e jogar objetos. (2024, MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E

DA CIDADANIA, <https://www.gov.br/>)

Observam Danielle Gruneich e Iara Cordeiro (2024, Opinião: Violência política contra a mulher e Lei nº 14.192 (conjur.com.br) que as mulheres sofrem violência política já durante a campanha, mas é quando as mulheres são eleitas é que a violência fica ainda mais evidente. Casos de calúnia e difamação, na atualidade, ganham uma dimensão ainda maior, com o uso das redes sociais e internet. As mulheres, mesmo eleitas, não são indicadas como titulares nas comissões, nem líderes dos seus partidos ou relatoras de projetos importantes, que trarão notoriedade. Também são constantemente interrompidas quando defendem suas ideias políticas, não são chamadas para debates que não sejam ligados ao cuidado ou questionadas sobre suas roupas, aparência física ou peso, como se essas características influenciassem no exercício do mandato ou da função. As mulheres também são constantemente questionadas sobre seus relacionamentos e sexualidade, além de serem taxadas com “mães máe”, já que não estão em casa cuidando dos filhos, mas atuando politicamente.

Apontam as referidas autoras vários aspectos que contribuem para a representação política minoritária das mulheres, dentre eles a violência política, lembrando que são as mulheres a maioria que justamente são a maioria populacional no Brasil. Umas das causas da sub-representação das mulheres nos espaços de poder de decisão e nos espaços políticos é justamente a violência de gênero. As mulheres sofrem a violência antes de concorrer, quando estão concorrendo e quando estão eleitas.

4.1 Importância da Lei 14.192/2021 com relação à violência política

Foi em 4 de agosto de 2021, foi sancionada a Lei 14.192 de 2021, que estabeleceu várias disposições (normas) para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher durante as eleições e no exercício de direitos políticos e de funções públicas. A lei teve origem no projeto de lei 349/2015, da deputada licenciada Rosângela Gomes, no Republicanos do Rio de Janeiro. O texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados em dezembro de 2020 e pelo Senado Federal em julho de 2021. (2024, <https://www2.camara.leg.br/a-camara>).

A lei, para enfrentar as práticas nocivas de violência política, conceituou a violência política em seu artigo 3º:

Art. 3º Considera-se violência política contra a mulher toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher.

Parágrafo único. Constituem igualmente atos de violência política contra a mulher qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo.

A referida lei tem como objetivo prevenir, reprimir e combater a violência política que acontece contra a mulher, nos espaços que são relacionados ao exercício de seus direitos políticos e de suas funções políticas. Com o objetivo de assegurar a participação de mulheres nos debates eleitorais, dispõe de crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral.

De forma incisiva aponta a lei em seu artigo 2º que, para cumprimento dos fins propostos, reafirma a garantia dos direitos de participação política da mulher, a vedação de práticas de discriminação e de desigualdade de tratamento em virtude de sexo ou de raça, tanto no acesso das instâncias de representação política como no exercício de funções públicas. *Art. 2º Serão garantidos os direitos de participação política da mulher, vedadas a discriminação e a desigualdade de tratamento em virtude de sexo ou de raça no acesso às instâncias de representação política e no exercício de funções públicas.*

Elá também trouxe a inclusão de dispositivos no Código Eleitoral, com a atualização do tipo penal de “divulgação de fatos inverídicos”, no artigo 323³ do respectivo Código. Atualmente, este crime não está restrito apenas à propaganda eleitoral, mas também àquelas divulgações que acontecem durante o período de campanha eleitoral em outros meios. Atualizou o tipo penal quando acrescentou como crime (art. 323, § 1º⁴) no Código Eleitoral quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos. Incluiu causa de aumento de pena, de um terço até a metade, quando este crime (art. 323, § 2º⁵) envolver menosprezo ou discriminação à condição de mulher, ou à sua cor, raça ou

3 Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado: (Redação dada pela Lei nº 14.192, de 2021)

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

4 § 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

5 § 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade se o crime: (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

I - é cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da internet ou de rede social, ou é transmitido em tempo real; (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

II - envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

etnia. Incluiu novo inciso ao artigo 243 (inciso X⁶) do Código Eleitoral, trazendo proibição de propaganda partidária que deprecie a condição da mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia.

O texto da lei também inovou quando inclui tipo penal específico – 326-B⁷, garantindo que práticas de assédio, constrangimento, humilhações, perseguições e ameaças, por qualquer meio, a candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, havendo o menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, tendo como finalidade a de impedir ou dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo. E para os crimes de calúnia, difamação ou injúria eleitorais a lei prevê (art. 327⁸, inciso IV do Código Eleitoral) um aumento de pena de um terço quando esses crimes ocorrerem com menosprezo ou discriminação à condição da mulher ou à sua raça, cor ou etnia ou por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitido em tempo real.

A responsabilização também será feita aos partidos políticos, com a proposta de ajuste na Lei 9.096/95, ao se incluir nos conteúdos obrigatórios do estatuto partidário a prevenção, o sancionamento e o combate à violência política contra a mulher. Estabeleceu que as adequações deveriam ser feitas em 120 dias da publicação da lei – *observa-se que a lei*

6 Art. 243. Não será tolerada propaganda:

[...]

X - que deprecie a condição de mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

7 Art. 326-B. Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher: (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

I - gestante; (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

II - maior de 60 (sessenta) anos; (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

III - com deficiência. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

8 Art. 327. As penas cominadas nos arts. 324, 325 e 326 aumentam-se de 1/3 (um terço) até metade, se qualquer dos crimes é cometido: (Redação dada pela Lei nº 14.192, de 2021)

I - contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro;

II - contra funcionário público, em razão de suas funções;

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da ofensa.

IV - com menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia; (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

V - por meio da internet ou de rede social ou com transmissão em tempo real. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

foi publicada em 04 de agosto de 2021. Art. 7º Os partidos políticos deverão adequar seus estatutos ao disposto nesta Lei no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data de sua publicação. Nas palavras de Zilio (2024, p. 932) é de extrema importância a reafirmação do Direito Eleitoral como um efetivo mecanismo de controle social e de tutela em face de condutas que importam severa violação de bens jurídicos essenciais à formação da vontade-política eleitoral.

Encaminhando-se para o final do presente artigo, ressalta-se que as mulheres são a maioria da população brasileira. Os resultados do **Censo Demográfico 2022** apontam que o Brasil tem 6,0 milhões de mulheres a mais do que homens. A população brasileira é composta por cerca de **104,5 milhões de mulheres e 98,5 milhões de homens**, o que, respectivamente, corresponde a **51,5%** e **48,5%** da população residente no país. (2024, Quantidade de homens e mulheres | Educa | Jovens - IBGE).

Mulheres são a maioria do eleitorado, em 2022, por exemplo, com 52,655 do eleitorado, enquanto o de homens equivaleu a 47.33%. (2024, <https://www.tse.jus.br/>) Nas eleições de 2022, das 27 vagas disponíveis no Senado, apenas quatro senadoras foram eleitas. Hoje, apenas 12% do total de vagas na Casa são ocupadas por mulheres.

Para Eliziane Gama (PSD-MA), as mulheres precisam ocupar mais cargos dentro do Senado. Aponta a referida, que temos um grande vácuo e uma dívida com a sociedade brasileira. Atualmente temos 81 senadores, em 200 anos de Senado, temos 92 anos de voto da mulher, na realidade, sequer 20% de participação feminina no Senado. Em 200 anos nós não houve sequer uma mulher presidindo o Senado Federal. Aponta que estamos muito aquém, do que deveria acontecer na política. (LIAZIBRA, 2024, <https://www12.senado.leg.br/>)

Com relação às deputadas federais, nos últimos anos, a representatividade feminina na política cresceu, impulsionada principalmente pelas chamadas ações afirmativas de gênero, como as cotas. O avanço, no entanto, se dá a passos lentos. A bancada feminina da Câmara, por exemplo, cresceu 18% na última eleição, passando de 77 para 91 deputadas, o maior número da história. Apesar disso, as deputadas continuam sendo apenas um quinto de todo o parlamento. (GOMES, 2024, <https://oglobo.globo.com/>).

Ensinam D'Avila e Nascimento (2024, p. 231) que são muitas as dificuldades para que as mulheres ocupem espaços na política. No Brasil, elas começam pelo sistema eleitoral, que é de lista aberta, isto é,

todos os candidatos dos partidos disputam entre si. Se apenas 5% do fundo partidário é destinado às candidatas mulheres, por óbvio que elas saem em desvantagem frente a candidaturas masculinas. Apesar da representatividade feminina ser a maioria nas urnas, – 52% do eleitorado – na política há sub-representação, pois o gênero feminino representa apenas 34% das candidaturas (Estatísticas..., 2023). A pequena representatividade das mulheres deixa claro a existência de uma estrutura conservadora e de uma sociedade patriarcal e misógina, que o movimento feminista luta para combater.

E, conforme o Censo das Prefeitas Brasileiras (mandato 2021-2024), realizado pelo Instituto Alziras (Censo..., 2023), as mulheres são cerca de 51,5% da população, mas governam 12% dos municípios. Além disso, as mulheres negras são 28% da população, mas governam apenas 4% dos municípios. Ou seja, os homens seguem no comando de 88% das prefeituras do país. (D'ÁVILA; NASCIMENTO, 2024, p. 234)

Ferreira e Garcia (2024, p. 219) apontam que não é necessário relembrar (que já foi abordado no presente), que a conquista do direito ao voto sequer cogitou a participação da mulher ativamente no cenário político, o que foi ocorrendo paulatinamente e ainda hoje é pouco significativa, ainda que se considerem as conquistas recentes. Mesmo quando acontece a implementação de medidas e políticas públicas que visem a diminuir esse abismo de representatividade, tais medidas não raramente são controladas e implementadas de modo a gerar pouca efetividade, contribuindo para tornar mais agudo o cenário de ausência de ação, por parte dos partidos políticos, no sentido de incentivar o surgimento de lideranças políticas femininas, e, ainda, a ausência de estímulo para que mulheres preparadas se lancem no universo político. Necessário destacar, já concluindo o presente que a promulgação da Lei no 14.192, de 2021, é um feito que traz esperança para enfrentar a atrofia do sistema de garantia aos direitos políticos passivos das mulheres (aqueles que garantem a participação na vida política do país às candidatas e às eleitas).

Conforme explicado, a lei traz normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher, nos espaços e atividades relacionados ao exercício de seus direitos políticos e de suas funções públicas. Da mesma forma, traz normas que objetivam assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais, além de criminalizar a divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral. (FERREIRA; GARCIA. p. 223 e 224)

Finalmente, lembram as autoras Ferreira e Garcia (2024, p. p. 223 e 224) que é necessário sublinhar que a ideia limitativa da mulher enquanto condição sexual traz consequências incomensuráveis para a pessoa da mulher, seja em sua intimidade ou quanto a suas atuações sociais, à frustração profissional, até o impacto na garantia de políticas públicas que acabam por não ser implementadas exatamente por não haver nos espaços de poder pessoas as quais integram o grupo ao qual as políticas devem ser direcionadas: mulheres.

5 Considerações finais

Observa-se que a conquista dos direitos das mulheres, desde o início da colonização do Brasil, passando pela sociedade patriarcal, da conquista do direito de votar até os dias de hoje, é fruto de toda uma construção histórica que culminou com a nossa Constituição atual. Fundamental ressaltar, mais uma vez, a importância do direito de acesso ao ensino, desde a alfabetização até cursos superiores, que eram considerados masculinos. Destaca-se, mais uma vez, a importância da conquista histórica com relação ao sufrágio. Importância de a mulher votar e também ser votada. Atualmente, vemos mulheres serem representantes políticas, mas ainda numa proporção muito baixa. Estamos muito longe do ideal, conforme índices apresentados no presente.

Da mesma forma, conforme abordado, a sub-representatividade política, em que pese que a maioria da população brasileira é de mulheres, acontece também a realidade de violência política que a mulher, então candidata ou quando eleita, enfrenta no universo político, que é machista e que possui ideias absolutamente patriarcas. Destaca-se a importante a inovação da lei nº 14.192 de 2021, que estabeleceu várias disposições (normas) para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher durante as eleições e no exercício de direitos políticos e de funções públicas. Ela justamente traz inovações com relação a punição desta violência e tratamento mais rigoroso para os autores quando ela acontece.

Na nossa Constituição Federal está expresso, em seu artigo quinto, o direito de igualdade a homens e mulheres, relacionado a deveres e a direitos. Esses direitos, devem ser sempre defendidos, trazendo a possibilidade de proteção à mulher, e a igualdade em suas conquistas. O que significa que as conquistas não podem parar. Devem continuar sempre!

Referências

D'ÁVILA, Caroline Dimuro Bender; NASCIMENTO, Rozinaldo Victor do; A violência política contra as mulheres no cenário brasileiro: reflexões, desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública RS.** Porto Alegre, ano 15, v. 1, n. 34, p. 223-243, 2024. (p. 231)

DEL PRIORE, Mary. **A família no Brasil colonial.** São Paulo: Modena, 1999.

Eleições de 2022: mulheres são a maioria do eleitorado brasileiro. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/eleicoes-2022-mulheres-sao-a-maioria-do-eleitorado-brasileiro>. Acesso em: 23. Abr. 2024.

EXPILLY, Charles. **Mulheres e costumes no Brasil.** Trad. Gastão Penalva. São Paulo: Companhia Nacional do Livro., 1935.

FERREIRA, Mariah Brochado; GARCIA, Luiz Carlos. Violências contra a mulher: da condição de gênero à subalternidade política. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 26 n. 138 Jan/Abr. 2024 p. 202-228.

GIULANI, Paola Cappellin. Os movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira. In: FEL PRIORE, Mary (org.); **Histórias das Mulheres no Brasil.** 9. Ed., 2^a reimpressão. São Paulo: Contexto, 2010.

GOMES, Bianca. **Trajetórias interrompidas: representatividade feminina na política aumentou nos últimos anos, mas permanência ainda é desafio.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/03/08/trajetorias-interrompidas-representatividade-feminina-na-politica-aumentou-nos-ultimos-anos-mas-permanencia-ainda-e-desafio.ghtml>. Acesso em: 23.abr. 2024

GRUNEICH, Danielle; CORDEIRO, Iara. **Brasil avança no enfrentamento à violência política contra a mulher:** a Lei nº 14.192. Disponível em: Opinião: Violência política contra a mulher e Lei nº 14.192 (conjur.com.br). Acesso em: 23. Abr. 2024.

HAHNER, June Edith. **Emancipação do sexo feminino:** a luta pelos direitos da mulher no Brasil. 1850-1940. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

IBGE: **Quantidade de homens e mulheres.** Disponível em: Quantidade de homens e mulheres | Educa | Jovens - IBGE Acesso em 24. Abr. 2024.

LIAZIBRA, Luiz Felipe. **Senadoras lamentam baixa representatividade feminina no Legislativo.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2024/03/senadoras-reclamam-aumento-da-participacao-feminina-no-legislativo>. Acesso em: 24.abr. 2024.

Lei de combate à violência política contra a mulher completa dois anos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/lei-de-combate-a-violencia-politica-contra-a-mulher-completa-dois-anos>. Acesso em 23 abr. 2024.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/mais-mulheres-na-politica/violencia-politica>. Acesso em: 23. Abr. 2024.

OLIVEIRA, Karine da Rocha. **Josefina Álvares de Azevedo:** a voz feminina no século XIX através das páginas do jornal A Família. Programa Nacional de apoio à pesquisa. Fundação Biblioteca Nacional-MinC. 2009. Disponível em: <https://antigo.bn.gov.br/producao-intelectual/documentos/josefina-alvares-azevedo-voz-feminina-seculo-xix>. Acesso em: 23. Abr. 2024.

PEIXOTO, Afrânio. **Eunice ou a Educação da Mulher.** Vol. XX. São Paulo: Oficinas da Gráfica Editora Brasileira LTDA, 1944.

PRADO, M.L.; FRANCO, Stella Scatena. Participação feminina no debate público brasileiro. In: PINSKI, C.B.; PEDRO, J. M.; (Org.). **Nova história das mulheres.** São Paulo: Contexto, 2012.

SODRÉ, Mônica. **A participação das mulheres na política no Brasil:** o direito de votar, de sermos representadas, e de participar da tomada de decisão. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/legis-ativo/a-participacao-das-mulheres-na-politica-no-brasil-o-direito-de-votar-de-sermos-representadas-e-de-participar-da-tomada-de-decisao/>. Acesso em: 23 abr. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL –PR: Conheça as ações do TRE-PR voltadas ao combate à violência política de gênero. Disponível em: <https://www.tre-pr.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Marco/conheca-as-acoes-do-tre-pr-voltadas-ao-combate-a-violencia-politica-de-genero>. Acesso em: 23. abr. 2024.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

Capítulo 12

ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Letícia Alonso do Espírito Santo¹

1 Introdução

A expansão das garantias e do acesso aos direitos tidos como essenciais à dignidade humana vincula-se, na contemporaneidade, ao fenômeno da judicialização de políticas públicas, fenômeno que acarreta demanda representativa junto aos nossos tribunais e, por conseguinte, a constatação de muitos entraves. Afinal, a justiça seria acessível para todos?

Em que pese o que assegura o artigo 5º, da Constituição (BRASIL, 1988), “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, fato é que ingressar com uma ação perante o nosso atual sistema judiciário envolve burocracia, custas, entre outros fatores que poderíamos conceituar como entraves judiciais e extrajudiciais.

Entre as diversas discussões relacionadas à eficácia e à abrangência dos direitos garantidos por meio de normas, notabiliza-se que, no Brasil, há uma cultura litigiosa enraizada, com inúmeros sujeitos buscando o poder público, através do Judiciário para judicializar eventuais pretensões resistidas ou conflitos oriundos das relações sociais, o que vem ocasionando uma justiça tida por morosa e ineficiente, uma vez que não consegue atender a todos.

Assim como assinala Galanter (2016),

[...] uma vez que mais coisas podem ser feitas pelas instituições humanas, a linha entre infortúnio inevitável e injustiça imposta se desloca. [...] O que *era* visto como destino pode passar a ser visto como produto de política inapropriada. Os avanços na capacidade humana e aumento

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestra em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora e graduada em Direito pela mesma instituição. Coautora de livro indicado pelo TRF1, “Direito à Saúde: Judicialização e Pandemia do Novo Coronavírus”. Atualmente, coordenadora o curso de Direito da Faculdade Pitágoras Unopar de Muriaé e professora de Direito Civil e Teoria Geral do Processo. Mãe da Musa. E-mail: leticialonso.minas@gmail.com

de expectativas resultam em uma fronteira de injustiça em movimento.

Cada vez mais inflado com diversas demandas, o judiciário brasileiro se depara em um cenário no qual desjudicializar é preciso, mas, também, é preciso que haja meios de prestar auxílio aos que careçam da justiça para obtenção do que seriam seus direitos. Ainda que consideremos a realidade de demandas improcedentes, há ainda um direito a ser considerado em quaisquer dos casos: o acesso à justiça.

Nesse ínterim, têm obtido destaque os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, o que poderia tornar a justiça mais célere aos indivíduos, além de desinflar o judiciário. A economia aqui não seria apenas de custos, mas também de tempo para todos os que compõe o procedimento atinente ao litígio.

Como direito social básico dos cidadãos, o acesso à justiça, somado à mecanismos que o deixem mais efetivo, em tese se constitui (ou deveria se constituir) como uma ótima alternativa para que o Direito venha como uma sensação, ao menos, de justiça às partes.

A conciliação e a mediação advêm dessa proposta (necessidade) de minorar nossa cultura que terceiriza nossos conflitos aos juízes togados, enfatizando que a autocomposição pode ser um bom e mais célere meio de se obter justiça.

A Política Judiciária Nacional, criada através da Resolução nº 125 de 2010, pelo Conselho Nacional de Justiça, teve como premissa básica incentivar a autocomposição, incentivando a população a saber e obter seus direitos por outros meios, que não apenas os judiciais, para solucionar os conflitos. (CNJ, 2024).

Ambos os modelos supramencionados possuem propostas similares, a diferença reside no fato da mediação ser aplicável às situações em que há relação de proximidade ou socioafetiva entre as partes, visando, primordialmente, que essas partes consigam conversar e se relacionar. Já no que tange à conciliação, a ideia é que não há vínculo afetivo pregresso entre as partes, apenas um conflito advindo de uma relação jurídica no qual não conseguem obter uma resolução sozinhas.

Conciliação e mediação podem ser métodos utilizados tanto no curso processual (endoprocessual) como, também, de forma pré-processual. Quando extrajudiciais, a resolução ocorre antes que um processo seja distribuído, sendo, portanto, mais informais e rápidas do que uma demanda que necessita ser resolvida na justiça. Com ênfase neste último ponto, tivemos a criação dos Centros Judiciários de Solução de

Conflitos e Cidadania (CEJUSC), órgão sobre o qual abordaremos com mais ênfase no presente trabalho.

2 Da criação do CEJUSC

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) surgiu no Brasil como uma iniciativa do Poder Judiciário para promover a resolução consensual de conflitos. Ele foi criado para oferecer uma alternativa à via tradicional do litígio judicial, buscando soluções mais rápidas, econômicas e satisfatórias para as partes envolvidas.

Os CEJUSCs foram instituídos a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estabeleceu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Essa resolução incentivou a criação desses centros em todo o país, sendo uma resposta à necessidade de desafogar o sistema judiciário e promover uma cultura de pacificação social. Na atividade extrajudicial, a atividade é negocial, evita burocracia e gastos,ormente diminui o longo tempo para obter resposta.

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) atende uma variedade de causas, incluindo questões cíveis, familiares, trabalhistas e, até mesmo, criminais, dependendo da legislação e das diretrizes específicas de cada localidade, como, por exemplo:

- causas cíveis: questões relacionadas a contratos, cobranças, indenizações, danos morais, questões de vizinhança, entre outras;
- causas familiares: divórcio, guarda de filhos, pensão alimentícia, visitação, inventário, partilha de bens, e outras questões familiares;
- causas trabalhistas: mediação de conflitos entre empregados e empregadores, especialmente em casos de rescisão contratual, horas extras, ambiente de trabalho, entre outros;
- causas criminais (em alguns casos): em alguns CEJUSCs, são mediados conflitos de menor potencial ofensivo, como delitos de menor gravidade, com vistas à aplicação de penas alternativas ou acordo de reparação do dano.

Além de todo o exposto, dependendo da estrutura e das necessidades locais, os CEJUSCs podem lidar com outras questões, como conflitos de consumo e questões ambientais, por exemplo.

O objetivo principal do CEJUSC é buscar a resolução consensual dos conflitos, por meio da mediação, conciliação ou outros métodos adequados de solução, evitando, sempre que possível, o ingresso do caso no sistema judicial tradicional.

Em Muriaé, interior de Minas Gerais, o CEJUSC tem atendido diversas demandas e teve atuação representativa no período de pandemia do Covid-19, inclusive em ações que não seria de sua competência, pois atinente à direitos indisponíveis. Às partes eram nomeados advogados pela justiça ou defensores, mas o atendimento ficou centralizado no órgão, dada a suspensão do contato físico pelo alto grau de transmissão da doença.

O órgão teve sua atuação colocada em destaque, pois continuou realizando atendimentos e orientando situações familiares, como divórcio, pensão alimentícia e situações que, geralmente, possuem alta demanda e se arrastam em razão da relação conflituosa entre os agentes, mas que necessitam de atendimento com urgência.

Na realidade, em caráter nacional, a criação do órgão e a presença facultativa de advogados nas audiências pré-processuais repercutiu negativamente entre a classe advocatícia. Em resumo, ele estava fazendo a “justiça andar”, enquanto estava tudo parado. Ocorre que, vários advogados estavam com seus processos parados e necessitando dar andamento pela subsistência dos seus clientes e sua própria, o que ocasionou conflitos com a classe.

2.1 Dos conflitos de classe

Quando da criação do CEJUSC, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizou uma ação questionando o dispositivo da lei que continha a expressão “poderão atuar” e que se referia à presença técnica ou não de advogados (particulares e/ou defensores públicos) como facultativa (STF, 2023).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou constitucional a disposição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de forma unânime na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6324, decidida recentemente. Um dos embasamentos seria que a atuação administrativa dos tribunais está prevista na Constituição Federal, especificamente no artigo 103, b (BRASIL, 1988).

Em relação à garantia de defesa técnica, que se consubstancia em direito fundamental, é cediço que, para os hipossuficientes será concedida

a atuação da Defensoria Pública ou advogados dativos (pagos pelo Estado). Não obstante, todo cidadão é dotado de autonomia privada e pode escolher ou não realizar um ato de forma assistida nas causas patrimoniais e referentes à direitos disponíveis, conforme previsto nos dispositivos legais.

A atuação do órgão de natureza pré-processual causou um, como diríamos popularmente, “rebuliço” no grupo formado pelos advogados da subseção supramencionada, em virtude do atendimento de demandas que não estariam enquadradas como de viável atendimento sem defesa técnica.

Sendo assim, houve alegado prejuízo à subsistência profissional, decorrente da utilização do CEJUSC, aos advogados da subseção local, no que tange às causas que exigem representação técnica. Todavia, há que se pensar se essas reformas beneficiam ou não minorias carentes e vítimas frente à uma certa resistência da classe, advinda de eventual corporativismo.

Não obstante, as reclamações da classe podem ser reais sobre a necessidade de defesa técnica particular e não as nomeadas pelo juízo, que consistiriam em pseudodefesas para alguns críticos. Restando salientar que, tal argumento envolve diretamente o eventual sujeito de direito que procura o órgão, pois, caso ele não se sinta protegido, a ideia de justiça de forma célere e sem burocracia pode ser revertida em falta de amparo, logo, injustiça.

A situação da comarca causou alarde e o juiz responsável pela vara convidou os advogados para uma reunião, destacando que a defesa técnica continuava sendo essencial e que o advogado poderia se valer do CEJUSC para realizar conciliação e mediações de natureza extrajudicial, ou seja, mais rápida, ainda que nos casos que não se enquadrariam como direitos patrimoniais, como ações de natureza familiar. Assim, a parte com advogado particular ou defensor público poderia ingressar no CEJUSC, pois o órgão também estaria aberto aos advogados que entendessem a importância de resolver seus conflitos em procedimentos pré-processuais.

O intuito foi demonstrar que o órgão atuava em prol da sociedade e amparado pela premissa da defesa técnica, ou seja, nas causas que o órgão poderia atuar sem que a parte estivesse amparada pelo advogado, assim prosseguiria, mas nas causas que a lei assim exigisse, bastaria o advogado requisitar a audiência de conciliação ou mediação, antes que ingressasse com um processo.

Parte da advocacia já havia percebido essa possibilidade e assim atuava. Outros, mesmo após terem essa explicação direcionada, continuaram insatisfeitos com a atuação do órgão que “serviria para lhes

tirar clientes”.

Nesse entremeio, colaboradora de uma instituição de ensino ingressou no CEJUSC para receber pensões atrasadas há mais de três meses, representada por um advogado do núcleo de prática jurídica de uma das instituições educacionais da cidade, e auferiu acordo para ganhar pensões em atraso para as filhas que não totalizavam sequer meio salário-mínimo. Ela representa o público que esse advogado privado quer fidelizar? Há projetos na OAB local para atuação *pro bono* (gratuita) das populações carentes?

Sabe-se que a Defensoria Pública possui atuação na cidade, mas não consegue atender a todos, bem como os núcleos das faculdades, devido à enorme demanda. Sendo assim, o CEJUSC de alguma forma obstaculiza a atuação do advogado privado?

São várias perguntas que representam o problema do acesso à justiça no que tange à representação do indivíduo e propenso jurisdicionado, bem como ao corporativismo dos órgãos, que ocasionam entraves extrajudiciais à população carente, além dos naturalmente já existentes, como falta de informação, sensação de não pertencimento àquele local formal com linguajar diferente do comumente usado, trajes “inadequados”, burocracia para ter acesso à informação, fila de espera para atendimento, funcionamento em horário comercial, analfabetismo.

Os conflitos sociais são inerentes à nossa própria vivência. Como assinala Simmel (1983),

Se toda interação entre os homens é uma sociação, o conflito – afinal, uma das mais vívidas interações e que, além disso, não pode ser exercida por um indivíduo apenas – deve ser certamente considerado uma sociação.

Por todo exposto, parte-se da necessidade de uma justiça mais desburocratizada e mais célere para que o direito seja acessível aos que dele precisam, ao passo que, verificar se, de fato, os sujeitos atendidos pelos órgãos estatais têm se sentido satisfeitos com a via conciliatória, com ou sem a assistência de uma defesa técnica, é essencial.

Até o momento, muitos estudos e questionamentos foram levantados pelos representantes das entidades de classe, mas, sem negar a importância da defesa técnica, há que se merecer um olhar mais acurado para os atingidos e usuários desses novos métodos de buscar a solução para os problemas advindos de litígios de todas as ordens.

2.2 Hipóteses prováveis

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) não necessariamente prejudicam os advogados, mas podem mudar a forma como certos tipos de conflitos são tratados no sistema judicial. Aqui estão alguns pontos a considerar:

- redução de litígios: os CEJUSCs podem ajudar a reduzir a quantidade de litígios judiciais, resolvendo muitas disputas por meio de métodos alternativos, como a mediação e a conciliação. Embora isso possa significar menos processos para os advogados representarem, também pode liberar tempo e recursos para lidar com questões mais complexas ou litigiosas;
- novas oportunidades: os advogados podem se adaptar aos CEJUSCs e encontrar novas oportunidades de atuação profissional. Eles podem se especializar em mediação ou conciliação, trabalhando como mediadores ou representando clientes nessas sessões de resolução de conflitos;
- facilitação do acesso à justiça: para muitas pessoas, os CEJUSCs oferecem uma maneira mais acessível e rápida de resolver disputas, o que pode aumentar a demanda por serviços jurídicos em geral. Os advogados podem se beneficiar desse aumento da demanda, ajudando a orientar os clientes por meio do processo de resolução de conflitos;
- parcerias com CEJUSCs: os advogados podem estabelecer parcerias com os CEJUSCs, encaminhando clientes para sessões de mediação ou conciliação e colaborando com os mediadores para encontrar soluções mutuamente satisfatórias para as partes.

Portanto, embora os CEJUSCs possam introduzir mudanças na maneira como os conflitos são resolvidos e no papel dos advogados nesse processo, eles não necessariamente prejudicam os advogados. Em vez disso, podem oferecer novas oportunidades e formas de atuação profissional.

3 Conclusão

Até o momento, muitos estudos e questionamentos foram levantados pelos representantes das entidades de classe sobre a criação do órgão em análise no artigo, mas, sem negar a importância da defesa técnica que constitui direito fundamental, há que se merecer um olhar mais

acurado no que concerne aos atingidos e usuários desses novos métodos de buscar a solução para os problemas advindos de litígios de todas as ordens.

Considerados os obstáculos jurídicos e fáticos à plena efetivação dos direitos, o presente trabalho é apenas uma parte de uma pesquisa que objetiva analisar os parâmetros vigentes nas diretrizes legais e infralegais relativas ao tema no plano prático, focando na análise referente à razoabilidade e eficiência do atendimento nas demandas realizadas pelas partes sem representação de defesa técnica no CEJUSC, bem como a noção de satisfação com o que se entende pelo atendimento judicial, com a respectiva sensação de suprimento da necessidade que levou as partes até o Poder Judiciário.

Saber se os ideais de justiça têm sido atendidos pela via conciliatória, mormente pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Muriaé, também integra o que podemos chamar de Justiça.

A análise do impacto do serviço prestado, com ou sem defesa técnica, pelo CEJUSC e a verificação da satisfação no que concerne à obtenção do que pode ser considerado como Justiça pela parte são questões de importância jurídico-social.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** São Paulo: Renovar, 2002, p. 245-246.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ).** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejusc/#:~:text=Qual%20%C3%A9%20a%20origem%20dos,9.099%2F1995>). Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 fev. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Jurisprudência em teses. Disponível em: [file:///C:/Users/letic/Downloads/Jurisprudencia%20em%20Teses%20143%20-%20Plano%20de%20Saude%20-%20III%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/letic/Downloads/Jurisprudencia%20em%20Teses%20143%20-%20Plano%20de%20Saude%20-%20III%20(1).pdf). Acesso em: 24 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512808&ori=1#:~:text=Em%20decis%C3%A3o%20un%C3%A2nime%2C%20o%20Plen%C3%A1rio,Conflitos%20e%20Cidadania%20\(Cejuscs\)](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512808&ori=1#:~:text=Em%20decis%C3%A3o%20un%C3%A2nime%2C%20o%20Plen%C3%A1rio,Conflitos%20e%20Cidadania%20(Cejuscs).). Acesso em: 25 fev. 2024.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean; PIRES, Alvaro et al. **A pesquisa qualitativa:** Enfoques epistemológicos e metodológicos. Tradução Ana Cristina Nasser. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 295-316.

DESLAURIERS, Jean-Pierre; KÉRISIT, Michèle. O delineamento de pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean; PIRES, Alvaro et al. **A pesquisa qualitativa:** Enfoques epistemológicos e metodológicos. Tradução Ana Cristina Nasser. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 127-153.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito:** as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/382GWM9>. Acesso em: 21 out. 2020.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo com capacidade social em expansão. In: **Repensando o acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais.** Vol. 2 – Institutos Inovadores. Evocati, 2016. p. 16-31.

GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 88-99. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3101>. Acesso em: 25 fev.. 2024.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HABERMAS, Jurgen. **Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público.** Novos Estudos, n. 26, março 1990

LYNCH, Christian. **Ascenção, fastígio e declínio da “revolução**

judicarista”. 2018. p. 158-168.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Rumos contemporâneos do direito civil:** estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer / Coimbra, 2010.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito.** São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Bari (Itália): Laterza; Figli, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJJL]** – Qualis A2, [s.l.], v. 16, n. 2, p.459- 488, 28 ago. 2015. Universidade do Oeste de Santa Catarina. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejtl.v16i2.6876>. Acesso em: 26 fev. 2024.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça:** Prefácio; Introdução; O protagonismo dos tribunais e as transformações do Estado; As políticas do judiciário e a politização do direito. p. 4-25.

SIMMEL, Georg. **A natureza sociológica do conflito.** In: Moraes Filho, Evaristo (org.), Simmel, São Paulo, Ática, 1983.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e conflito de competências. In: TOLEDO, Cláudia. **O pensamento de Robert Alexy como sistema.** Rio de Janeiro: Gen, 2017a, p. 278-292.

Capítulo 13

SELETIVIDADE SOCIAL NO SISTEMA CARCERÁRIO

Lidiana Medeiros Furtado Alves¹

1 Introdução

O cárcere brasileiro reflete um sistema de seleção pautado no tipo de crime que a sociedade considera adequado punir com a restrição da liberdade. O sistema criminal brasileiro revela como a pobreza e a marginalização, frutos da omissão estatal e da ausência de uma efetiva prestação dos direitos fundamentais sociais, estão presentes nos presídios e nas penitenciárias brasileiras e como esses fatores influenciam a idealização das políticas de segurança pública e de repressão à criminalidade.

Quando se pensa em repressão ao crime, as políticas públicas governamentais e as iniciativas legislativas dão preferência ao endurecimento das sanções penais, sobretudo às penas privativas de liberdade. O aumento dos índices de criminalidade ou os acontecimentos criminosos de grande repercussão levam a população a exigir medidas de endurecimento da legislação penal. Como as medidas de prevenção à criminalidade, os investimentos em serviços essenciais, como educação, e o replanejamento do sistema de segurança pública ficam em segundo plano, ou não são devidamente executados, o imediatismo para a solução dos problemas relacionados ao aumento da criminalidade leva as autoridades públicas à tomada de decisões com base em um Direito Penal agressivo e absoluto.

O contexto social no qual se produzem os novos sentimentos de insegurança e consequente expansão do Direito Penal coincide com o desmantelamento do Estado de Bem-Estar, que redonda em uma desigualdade social que cada vez mais se agudiza. O processo de globalização coloca-se como o contraponto das políticas do Welfare State, visto que representa uma lógica altamente concentradora, responsável pela exclusão de grandes contingentes populacionais do mundo econômico, pelo desemprego e pela precarização do mercado

¹ Mestra em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Pós-graduada em Direito Internacional pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Faculdade Pitágoras de Ipatinga e em Relações Internacionais pela Uninter. Professora Universitária. E-mail: lidianamfurtado@hotmail.com.

de trabalho. (Wermuth, 2015, p. 12).

Ilícitos considerados como repugnantes e ostensivos, como o roubo e o tráfico ilícito de drogas, perpetrados com emprego de violência e ameaça e que atingem diretamente o patrimônio e a incolumidade das pessoas, tendem a incomodar de forma mais contundente. São tipos penais que a sociedade clama por uma punição mais rigorosa, em especial por meio da prisão.

As infrações penais de colarinho branco, como a corrupção, a lavagem de dinheiro e os crimes contra a ordem tributária, geralmente praticados por indivíduos integrantes das altas classes sociais e ocupantes de cargos representativos dos Poderes, tendem a ter pouca estigmatização e acabam por representar um pequeno índice de repressão nas estatísticas criminais. Esses crimes, no entanto, são os maiores responsáveis pelas desigualdades sociais, tendo como consequência ordinária a extração dos recursos públicos às políticas e programas destinados à população economicamente pobre e na sua privação ao mínimo existencial.

A pobreza e a baixa escolaridade, por exemplo, retratam a situação em que se enquadram a maior parte dos presos brasileiros. Esse indício demonstra que o Estado tem falhado na prestação dos direitos sociais e que isso é um fator que repercute de maneira direta no perfil da população carcerária.

O Estado está há algum tempo selecionando o tipo de crime que deseja reprimir e o tipo de preso que deseja encarcerar. Há uma maior tendência do Estado na repressão de crimes como o tráfico ilícito de drogas local, o roubo, o furto, o homicídio, enquanto há pouca repressão a crimes relacionados à corrupção, ao sistema financeiro e à ordem tributária, especialmente quando os envolvidos diretos são agentes públicos e pessoas com poder econômico.

2 Da aplicação da pena de prisão

Ao longo da evolução social o homem procurou se organizar através de comandos legais positivados ou costumeiros que garantissem certa ordem no convívio entre as pessoas. O ser humano percebeu que para o bom convívio em sociedade era necessário estabelecer limites e prescrever normas que regulamentassem o comportamento dos indivíduos, a fim de conter excessos e arbitrariedades.

Na Idade Média, em decorrência das invasões e guerras constantes,

as pessoas se viram compelidas a ceder parte de sua liberdade para o Estado. Em contrapartida, a promessa era de que este garantiria a elas a sua proteção. Nessa perspectiva o homem entendeu por conveniente e necessária a instauração do instituto da prisão, que ao longo dos anos se tornou a forma de punição mais aplicada no mundo, sobretudo nos Estados Modernos Ocidentais.

Antes, as penas para os crimes consistiam, basicamente, em suplícios corporais, essência da violência e tortura em face do ser humano. O corpo do indivíduo era a principal fonte de punição. As condenações se traduziam em espetáculos públicos regados de sadismo e selvageria. Frequentemente aplicava-se ao réu uma pena muito maior que o próprio crime praticado e o Estado acabava incidindo em conduta ainda mais reprovável que aquela que estava sendo reprimida.

A partir do século XIX passa-se a questionar os suplícios corporais como sanção à prática de crimes. Argumentava-se a respeito da ausência de humanização dessas reprimendas, sobre a falta de proporcionalidade e sobre a necessidade da existência de um processo criminal justo que garantisse meios de defesa ao acusado.

Cesare Beccaria, um dos representantes da Escola Clássica Penal, descreveu peculiarmente o modo de aplicação das penas e a questão do sistema de justiça de sua época. Viveu diretamente a experiência do cárcere, quando então documentou todas as arbitrariedades e injustos pelos quais passou no período em que esteve preso.

Em seu livro intitulado “Dos Delitos e Das Penas”, Beccaria criticou abertamente a aplicação desproporcional das penas em relação aos crimes praticados, trazendo à tona um sistema processual penal precário que contava com a obscuridade das leis, com acusações secretas e com a prática das torturas e da pena de morte.

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que só atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; é que, enfim, as forças que estão externamente em defesa do trono e os direitos da nação estão separadas daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas. (Beccaria, 2009, p. 27).

Para Beccaria as penas deveriam ter a finalidade de evitar a repetição do ilícito, buscando afastar as pessoas do caminho do crime. Dentre as suas conclusões está a de que a sanção condenatória deve ser pública, já

estabelecida em lei e proporcional ao delito praticado.

Com a intenção de extinguir as penas de suplícios corporais, que já começavam a incomodar não só os filósofos e estudiosos do sistema penal, mas também a própria sociedade, a partir do século XIX o Estado faz com que a prisão assuma o foco principal no âmbito da política penalizadora. A detenção, como instituição de um novo modelo de penalização do indivíduo, entra no cenário penal como forma de humanização das condenações.

A prisão foi elevada à forma de maior excelência da punição penal, deixando em segundo plano outros institutos de penalização que poderiam ser aplicados na repressão e prevenção do crime e passou a ser figura disseminada como prioridade nas políticas criminais.

Posteriormente, as experiências no mundo em relação ao sistema carcerário, incluindo no Brasil, começaram a indicar que a prisão não é a fonte de maior eficácia no combate ao crime, tampouco deve ser encarada como a única proposta capaz de reprimir e prevenir a criminalidade. Ao contrário, o sistema prisional como atualmente se encontra estabelecido pode servir na produção da criminalidade e acentuar a marginalização, seja pelo convívio e troca de experiências criminosas entre os presos, seja pela estigmatização que a prisão causa no meio social.

Michel Foucault, filósofo francês, em sua obra “Vigiar e Punir” (1975), aponta para o sucesso das prisões em fomentar a delinquência e o descontrole da criminalidade, que é aperfeiçoada e disseminada dentro dos próprios estabelecimentos penais.

[...] O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especificar uma “delinquência”. Vimos como o sistema carcerário substitui o infrator pelo “delinquente”. E afixou também sobre a prática jurídica todo um horizonte de conhecimento possível. Ora, esse processo de constituição da delinquência-objeto se une à operação política que dissocia as ilegalidades e delas isola a delinquência. A prisão é o elo desses dois mecanismos; permiti-lhes se reforçarem perpetuamente um ao outro, objetivar a delinquência por trás da infração, consolidar a delinquência no movimento das ilegalidades. O sucesso é tal que, depois de um século e meio de “fracasso”, a prisão ainda continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la. (Foucault, 2014, p. 272).

Um exemplo de amostra científica de como o sistema carcerário pode ser infrutífero é o famoso “Experimento de Stanford” de 1971. Trata-se de um experimento de aprisionamento que consistiu na investigação do comportamento humano através da inserção de um grupo de pessoas em

um ambiente simulador de uma prisão em que indivíduos foram divididos em dois grupos: os guardas e os presos. A experiência, na observação dos pesquisadores, desenvolveu um comportamento específico em cada grupo. Os guardas passaram a ter conduta reprovável, violenta e sádica. Os presos, por sua vez, começaram a sofrer com humilhações e tratamentos degradantes, cogitando, para além do uso da violência, até mesmo uma fuga do estabelecimento.

Os pesquisadores, que pretendiam prosseguir com o projeto de pesquisa durante duas semanas, acabaram por terminá-lo em apenas seis dias devido à crise social instalada. Essa experiência destacou como o ambiente prisional pode modificar a forma de relacionamento entre os grupos (guardas e presos) e moldar suas atitudes no âmbito do encarceramento, demonstrando o efeito do poder e da submissão.

3 Direito Penal do Inimigo e a criminologia tradicional

O sistema penal esteve por muito tempo voltado à ideia do inimigo social, fomentando a perseguição daqueles indivíduos ou grupos de indivíduos considerados indesejáveis, problemáticos, que não conseguiam se adaptar aos modelos de comportamento exigidos pela sociedade e cujas ações eram tidas como perigosas e desajustadas.

O ponto de partida, podemos então colocar o projeto político de classificar exatamente as ilegalidades, de generalizar a função punitiva, e de delimitar, para controlá-lo, o poder de punir. Ora, daí se definem duas linhas de objetivação do crime e do criminoso. De um lado, o criminoso designado como inimigo de todos, que têm interesse em perseguir, sai do pacto, desqualifica-se como cidadão e surge trazendo em si como que um fragmento selvagem de natureza; aparece como o celerado, o monstro, o louco talvez, o doente e logo o “anormal” [...]. (Foucault, 2014, p. 100).

Aqui se fala no Direito Penal do inimigo enquanto um mecanismo de controle e dominação das massas sociais, incutindo no pensamento da sociedade a ideia da necessidade de um direito penal absoluto. Ele seria o principal instrumento de promoção da estabilidade social, mesmo que para isso fosse necessário exterminar o inimigo da ordem pública, pois a tranquilidade das pessoas não poderia se sujeitar ao comportamento de indivíduos que conduzem suas vidas de maneira anormal. Nessa perspectiva, para a preservação da lei e da ordem pública, o Direito Penal pode relativizar as garantias processuais e fundamentais do indivíduo que se dedica à atividade criminosa e à instabilidade da segurança social.

A criminologia tradicional tinha como um dos referenciais de estudo determinados padrões de comportamento que eram considerados como normais ou anormais. O indivíduo deveria se encaixar em um modelo social pré-estabelecido de conduta e de características físicas e psicológicas. Havia para a sociedade um padrão de comportamento social e qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos que agisse fora desse parâmetro de comportamento configurava uma ameaça ao coletivo. A sociedade e o sistema capitalista doutrinavam o indivíduo a agir de determinada maneira, a ter determinado comportamento e a viver de determinada forma.

Não havia um olhar estatal ou mesmo social voltado à correção das injustiças, das desigualdades sociais e das consequências da política de segregação que marginalizou pobres, negros e outros tantos que não estavam enquadrados na homogeneidade requerida pelo sistema. O que havia era a nítida criminalização do diferente, a utilização do Direito Penal baseado no pré-conceito e no interesse de dominação e no controle da sociedade pela ordem econômica e pelas elites.

A estigmatização dos grupos socialmente excluídos se deu tanto por parte do Estado, que delineou sua política de criminalização no pensamento criminológico tradicional positivista, pautando suas ações na eliminação do criminoso enquanto corpo sujeito a determinadas características, como pela sociedade civil, no que concerne à formação educacional, religiosa, ao núcleo familiar e às informações repassadas pelos meios de comunicação em massa.

Nota-se a falta de comprometimento desses setores com uma análise crítica e mais aprofundada da criminologia até o início dos anos 80, o que levou a sociedade a ser controlada e dominada em sua forma de agir e na forma como eram definidas as condutas que deveriam ser criminalizadas. Essa dominação provocou a exclusão das camadas que divergiam da forma de vida baseada no capitalismo, tendo a sociedade civil servido de objeto de manipulação para que esse sistema perdurasse e não fosse questionado em relação às suas injustiças e desigualdades.

4 Política de encarceramento e pobreza

No âmbito do encarceramento existe uma questão importante. A prisão, além de ser utilizada de forma massiva como meio de reprimir a criminalidade, está direcionada essencialmente e substancialmente para o indivíduo pobre. Por que a prisão é essencialmente pobre? O cárcere

revele uma questão social, pois mostra com nitidez os níveis baixos de escolaridade, de acesso à renda, ao trabalho, à saúde e aos bens de consumo disponíveis no mercado, ou seja, revela a pobreza de parte da sociedade. Poucos pressos possuem nível superior de escolaridade ou auferem renda acima de um salário-mínimo.

De forma genérica a sociedade adotou o cárcere para os crimes tidos como indesejáveis. Mas o que são os crimes indesejáveis? Por estes entende-se aqueles crimes que causam, de imediato, a revolta e repugnância da vítima e das pessoas que a cercam, pois os bens jurídicos atingidos pela conduta criminosa são facilmente visualizados ou seus efeitos sentidos a curto prazo. São os crimes de colarinho azul que, conforme o estudo da criminologia, tem como sujeito ativo pessoas economicamente desfavorecidas.

O roubo, que retira da vítima com uso de violência o seu patrimônio, o tráfico local, que incomoda os moradores de uma rua ou bairro pela presença dos usuários de entorpecentes em suas portas, e o homicídio, personificação máxima da violência, são exemplos de crimes que a sociedade diretamente associa como intoleráveis e exige com veemência a repressão por forma da prisão. Ocorre que, geralmente, essas infrações penais são praticadas por pessoas que estão à margem da sociedade e que integram a estatística dos baixos níveis de escolaridade, de formação profissional, de renda, de acesso à saúde e à moradia.

Diferentemente, os crimes financeiros ou de colarinho branco são executados, em sua maioria, por pessoas que tem acesso à educação, à renda, à saúde, aos bens de consumo e que gozam de uma aproximação especial com as esferas de poder, seja político ou econômico. Os crimes de colarinho branco não incomodam de pleno a população, tal como acontece em um roubo ou um homicídio, pois eles ocorrem através de tratativas ocultas e dissimuladas. Contudo, os efeitos desse tipo de criminalidade serão sentidos pelas pessoas quando necessitarem dos sistemas públicos de saúde, de educação, de saneamento, de segurança, dentre outros, todos colapsados pela falta de recursos.

Mas essa criminalidade de necessidade ou de repressão mascara, com o brilho que lhe é dado e a desconsideração de que é cercada, outra criminalidade que é às vezes causa dela, e sempre a amplificação. É a delinquência de cima, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta para os pobres. (Foucault, 2014, p. 282).

A tendência é que a forma de repressão aos crimes de colarinho azul tenha como ênfase a prisão e, por isso, a prisão em sua essência é pobre. Há uma nítida diferenciação na aplicabilidade da justiça para as pessoas

pobres e para aquelas que têm condições econômicas elevadas. O poder e o dinheiro dão acesso à defesa de forma imediata. Eles dão acesso ao próprio judiciário, em especial às instâncias superiores.

Torna-se, assim, possível a afirmação de que as raízes ibéricas do sistema jurídico-penal brasileiro são responsáveis pela criação de uma estrutura punitiva voltada precipuamente contra os setores subalternos da população, considerados enquanto ameaça constante à “ordem” imposta pelos setores dominantes [...] (Wermuth, 2015, p. 49).

Constantemente o Brasil sofre críticas e recomendações dos organismos de proteção aos direitos humanos. Relatórios emitidos por organizações não governamentais como o Instituto Sou da Paz e Pastoral Carcerária demonstram a sistêmica violação de direitos humanos no âmbito do sistema carcerário brasileiro, seja pela superlotação, seja pela regular prática de torturas e número de mortes. O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que o sistema prisional brasileiro vive um sistemático estado de coisas constitucional, com violação rotineira dos direitos fundamentais e inércia das autoridades públicas diante de tal situação.

A prisão é adotada para os socialmente vulneráveis na medida em que o próprio sistema prioriza a repressão dos crimes indesejáveis e oferta uma maior tolerância para os crimes de colarinho branco. Mesmo quando investigados e reprimidos, os crimes de colarinho branco despertam uma maior atenção por parte das autoridades públicas, sobretudo quanto à observância dos procedimentos legais e garantias do preso, evitando-se a aplicação de medidas restritivas da liberdade.

Basta lembrar em que contexto o STF editou a Súmula Vinculante nº 11 que trata do uso de algemas. Até 2008 diversas pessoas, majoritariamente pobres, ao serem presas eram algemadas, independentemente da circunstância e do fato. Ou seja, o uso de algemas por parte das autoridades era uma conduta de ordem comum. Entretanto, a prisão do banqueiro Daniel Dantas deu ensejo à discussão jurídica sobre o uso indiscriminado de algemas quando de prisões efetuadas pela polícia, principalmente levando em consideração a estigmatização e humilhação pela qual o indivíduo preso passa ao ser algemado em público.

Foi necessária a prisão de um banqueiro, de uma pessoa com influência na sociedade, para que uma discussão de tamanha importância fosse levantada na seara jurídica. Perguntamo-nos se haveria tal debate jurídico, e até mesmo a edição de uma Súmula Vinculante, se o evento que pautou a discussão sobre o uso deliberado de algemas envolvesse a prisão de uma pessoa sem qualquer influência econômica ou política.

Ainda nos dias atuais conseguimos enxergar muito da visão criminológica tradicional, em que o infrator continua a ser o centro da política penal, estigmatizado e marginalizado, sobretudo no quesito dos corpos físicos. O Direito Penal continua a criminalizar e investir na repressão contundente de práticas que tipificam crimes de colarinho azul. É possível observar que o Direito Penal é instrumento de condenação utilizado sistematicamente para pobres, pardos e negros, analfabetos e semialfabetizados.

A ausência de políticas públicas ou sua gestão de forma ineficiente, associada à corrupção no âmbito do poder público, retira os recursos que poderiam ser aplicados na educação, cultura, transporte, saúde, lazer e moradia, e promove a sistemática desigualdade social que vivenciamos no Estado brasileiro.

Os crimes de colarinho branco, que atingem o patrimônio, a vida e a liberdade de milhões de brasileiros, não são estereotipados tais como os crimes de colarinho azul. O governo e a própria sociedade realizam a seleção entre presos pobres e ricos, na medida em que se importam em combater, punir e vigiar os infratores de crimes em que já há uma tendência capitalista de discriminação, tudo em nome da ordem e dos bons costumes.

O Direito Penal acaba por ser máximo, nem sempre para os bens jurídicos que realmente merecem a atenção desse ramo do Direito, mas para selecionar os indivíduos que receberão a reprimenda estatal. No final, o Direito Penal, em sua maior ênfase, atingirá as camadas mais vulneráveis da sociedade.

Vejamos. A lei penal brasileira permite situações de substituição da pena privativa de liberdade pelo pagamento de multa. Permite também a liberdade imediata em casos de prisão em flagrante, por meio de pagamento de fiança nos crimes afiançáveis. Esse tipo de legislação, claramente, só pode beneficiar quem possui recursos para pagar por sua liberdade, principalmente a depender do valor que é estipulado para recolhimento. Portanto, em casos como estes, a lei não traz igualdade e acaba por atender apenas quem possui algum recurso econômico que viabilize o pagamento da multa ou da fiança. A desigualdade econômica, portanto, faz com que o Direito Penal seja seletivo, e que incida sobre os mais pobres.

Muito embora o ordenamento jurídico indique formalmente que a lei é para todos, o Direito Penal se encarrega de selecionar os indivíduos, a partir do momento em que o Estado utiliza esse direito como mecanismo

de força, coerção, repressão e dominação dos mais pobres.

[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo e em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem. (Foucault, 2014, p. 270).

O Direito Penal não se faz presente nas melhores universidades do país, nos restaurantes finos e nos hotéis de luxo. O Direito Penal não reprime nos centros do Poder ou no condomínio de alto padrão. O Direito Penal não está nas mansões dos narcotraficantes. O Direito Penal não está para os sonegadores de impostos, para os políticos corruptos ou para os juízes que vendem sentenças. Sim! O Direito Penal está presente nas ruas das comunidades, nas esquinas onde o pequeno traficante atua, para o filho da empregada doméstica e do operário. Ele está onde os pobres estão.

5 Considerações finais

A prisão é considerada a principal forma de punição não só no Brasil como em diversos países, em especial os ocidentais. Desde o século XIX esse instituto penal vem sendo adotado de forma intensiva, o que consequentemente resultou no cenário do Direito Penal voltado à cultura de encarceramento e superlotação dos presídios em geral.

Muito embora a sua eficácia na ressocialização do criminoso e o seu papel na prevenção dos crimes sejam constantemente questionados, a prisão se mantém como política de segurança. Outros métodos alternativos de repressão e prevenção à criminalidade não se mostraram capazes de substituir totalmente a aplicação da detenção, pois, para além dessas alternativas, se faz necessária a adoção de políticas públicas de enfrentamento das desigualdades sociais.

O sistema carcerário demonstra atuar majoritariamente para a punição de crimes que a sociedade optou por classificar como indesejáveis. A maioria das pessoas que integram o sistema prisional ali estão pela prática de crimes de colarinho azul, o que demonstra o quanto esse sistema é composto pela pobreza e pela estigmatização. Por outro lado, há a tolerância da sociedade e dos órgãos de segurança pública estatal com os crimes de colarinho branco, predominantes nas classes sociais mais abastadas e na

cúpula do poder.

A prisão tem sido a principal fonte de reclusão de pessoas que pertencem a classes menos favorecidas, enquanto indivíduos que detêm o poder político e econômico se afastam cada vez mais do sistema carcerário, seja pela oportunidade de defesa, de acesso às instâncias superiores da Justiça, ou mesmo pela falta de interesse que os órgãos públicos demonstram para a investigação e punição dos crimes de colarinho branco.

A modificação de um sistema criminal baseado primordialmente no encarceramento só será possível com a adoção de políticas públicas e reformas de base que reestruuturem o sistema como um todo. É urgente que o Estado reformule o seu modelo de política de segurança e que, concomitantemente, fomente e amplie as políticas que garantam o acesso aos direitos sociais.

O estigma deixado pelo encarceramento leva a sociedade a não compreender ou a não aceitar com bons olhos a ressocialização de um condenado. Existe uma política, mesmo que não oficial, de rejeição e discriminação da pessoa que já esteve no cárcere pela prática de crimes tidos como indesejáveis, o que dificulta um possível acesso desses indivíduos ao trabalho e a uma vida integrada com os setores da comunidade. Além da pena restritiva de liberdade que é imposta sobre o corpo do condenado, ele também sofre uma segunda punição, que é a estigmatização e discriminação de seu passado.

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**; tradução Torrieri Guimarães. 2^a. ed. São Paulo, SP: Martin Claret, 2009.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. **Estudos Prisionais**. Porto Alegre, RS: Canal Ciências Criminais, 2019.

DORNELLES, João Ricardo. **A atualidade da Criminologia Crítica e a exceção permanente**. METAXY: Revista Brasileira de Cultura e Políticas em Direitos Humanos, v. 1, n. 1, p. 109- 128, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**; tradução Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FRANÇA, Fábio Gomes. **Foucault, o Direito e a Norma: apontamentos para uma reflexão sobre o saber jurídico.** Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rpublius/article/view/3283/4309>.

SITE PASTORAL CARCERÁRIA. Disponível em: <https://carceraria.org.br/>. Acesso em maio de 2024.

WERMUTH, Maiquel Dezordi. **Cultura do Medo e Criminalização Seletiva no Brasil.** Disponível em: www.gepec.ufscar.br/publicacoes.

Capítulo 14

A CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE PARA MULHERES NÃO GESTANTES EM UNIÕES HOMOAFETIVAS: UMA ANÁLISE DO TEMA 1.072 DO STF

Sara Rutte Anacleta Lima¹

1 Introdução

O art. 7º, inciso XVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), estabelece o direito da gestante à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias. Igualmente, o Constituinte cuidou de estabelecer o direito do pai à licença-paternidade, cujo prazo restou fixado em 5 dias, no art. 473, III, da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

Observa-se, então, que não há definição constitucional clara e objetiva acerca da licença-maternidade à mulher não gestante, quando em relação homoafetiva.

Nesse diapasão, em 13 de março de 2024 o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso, apreciou o tema 1.072 da repercussão geral, que tratava da possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

Destarte, por maioria, foi fixada a seguinte tese:

A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade” (Plenário, 13.3.2024).

Na ocasião, foram vencidos os Ministros Dias Toffoli e Cármem Lúcia, bem como o Ministro Alexandre de Moraes que, em resumo,

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva e pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogada de Direito das Famílias, Sucessões, Civil e Empresarial.

defende a impossibilidade de equiparação da mãe não gestante ao “pai” – como, querendo ou não, acabou sendo fixado na tese supracitada.

Em vista desse contexto, torna-se essencial proceder com uma análise do tema fixado sob o ponto de vista histórico e constitucional que permeia o próprio direito à licença materna-paternal, a fim de verificar se a definição estabelecida para o tema em questão está de acordo com os preceitos e a evolução legislativa pertinente.

2 A Licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro

2.1 Evolução histórica

A licença-maternidade enquanto um direito da mulher, tem origem na necessidade de proteção da mulher e de sua prole, considerando sua capacidade de ocupar ambientes laborativos e, ainda assim, contribuir para o capital ao trazer ao mundo a mão de obra mais valiosa: o ser humano.

Nesse aspecto, Flávia Calmon Rangel Teixeira (2017)², acerca da origem do direito à licença-maternidade, aduz:

A licença-maternidade tem origem no contexto de reconhecimento das vicissitudes fisiológicas, mas também sociais, das mulheres e de consequente concessão, a elas, de direitos trabalhistas específicos, o que se deu na primeira metade do século XIX, a partir do Tratado de Versalhes e das conferências internacionais do trabalho realizadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) (Teixeira, 2017).

Especificamente, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em análise às Constituições brasileira anteriores, observa-se que as Constituições de 1824 e de 1891 não fazem quaisquer menções aos temos “maternidade”, “gestante”, “mãe” ou mesmo o simples termo “mulher”.

A seu turno, a Constituição de 1934, pela primeira vez, menciona o trabalho das mulheres e, ainda, o clamado direito ao voto, tendo estabelecido no art. 121, §1º, alínea “h”, o direito da gestante à assistência médica e sanitária, assegurando, ainda, o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, pelo prazo de três meses (art. 170, §10, CR 34).

Representando verdadeiro retrocesso, sob a vigência da Constituição de 1937, foi editado o Decreto n.º 10.358, de 31 de agosto de 1942, que

2 [https://ibdfam.org.br/artigos/1226/
Licen%C3%A7a+maternidade:++um+paradoxo+normativo](https://ibdfam.org.br/artigos/1226/Licen%C3%A7a+maternidade:++um+paradoxo+normativo)

declarou o estado de guerra em todo o território nacional e, ato contínuo, suspendeu o direito à licença-maternidade, tendo sido retomado sob a égide da Constituição de 1946.

De toda forma, em 1965, a Convenção n. 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estabelecendo em seu artigo III o direito à licença-maternidade por um período mínimo de doze semanas, foi ratificada pelo Brasil. Seguindo o panorama já existente, a Constituição de 1967 manteve o direito à licença-maternidade.

Continuamente, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, a licença-maternidade foi ampliada para o período de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, tendo sido também introduzido o direito à licença-paternidade, embora em um período extremamente mais curto.

Embora a norma não esteja em nível constitucional, vale citar a criação do Programa Empresa Cidadã, através da Lei 11.770/2008, que permitiu às empresas privadas a extensão da licença-maternidade para 180 dias e a licença-paternidade para até 20 dias, em troca de incentivos fiscais.

Em que pese a relevante inclusão da licença-maternidade e paternidade no rol dos direitos sociais, existem alguns pontos que restavam sem definição legal, a exemplo da hipótese de adoção, a situação em que o genitor cria e educa sozinho o filho, falecimento da mãe e, ainda, a definição dos períodos da licença em relação a casais homoafetivos.

Sem definição constitucional e tampouco infraconstitucional, sabe-se que incumbiu a STF a definição sobre diversos desses temas, considerando a impossibilidade de que o cidadão seja eivado de seus direitos por pura omissão legislativa.

Especificamente sobre o tema tratado, recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário de n.º 1.211.446, representando um avanço para a comunidade LGBTQIAP+, o STF definiu a possibilidade de a mãe servidora pública, não gestante, em união estável homoafetiva, cuja gestação de sua companheira decorreu de procedimento de inseminação artificial heteróloga, gozar de licença-maternidade.

No entanto, perpetuando conceitos ultrapassados de gênero, o STF definiu por meio do tema 1.072, que caso a companheira gestante tenha utilizado o benefício, restará à mãe não gestante a licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade, ou seja, 5 dias.

Nesse ínterim, superada a evolução histórica da questão, passa-se à análise específica do tema 1.072 do STF.

3 A fixação do Tema 1.072 do STF

3.1 Breve resumo da ação de origem

A ação de origem tramitou perante o juízo da 1^a Vara da Fazenda Pública do Município de São Bernardo do Campo/SP (doravante apenas “juízo”), sob o n.º 1028794-78.2017.8.26.0564, tendo sido proposta pela Sra. Tatiana Maria Pereira Fernandes, na qualidade de servidora pública municipal e mãe, em desfavor da Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo/SP, tendo em vista que, junto com sua companheira, Sra. Valdete da Silva Pereira, realizaram tratamento de fertilização *in vitro*, que ocasionou a gestação da Sra. Valdete e, no entanto, o município negou à Sra. Tatiana o direito à licença-maternidade.

Em que pese ser indubitável que a Sra. Tatiana é mãe da criança concebida no ventre da Sra. Valdete, bem como o fato de que esta última, por ser autônoma, não preencheu os requisitos para a licença-maternidade e salário-maternidade, a Prefeitura negou o pedido da Sra. Tatiana à concessão do benefício, com base na inexistência de amparo legal.

Destarte, a Sra. Tatiana requereu em juízo a concessão de tutela antecipada de urgência, a fim de que o Município lhe concedesse a licença-maternidade, pelo prazo de 180 dias e, no mérito, a confirmação da liminar.

Logo de início, o juízo reconheceu a relevância dos fundamentos invocados e, de pronto, deferiu a tutela de urgência pleiteada para conceder a licença-maternidade:

Há relevância no fundamento invocado, na medida em que a autora, enquanto mãe não gestante, em união estável homoafetiva, com gestação decorrente de inseminação artificial, não pode ser excluída do direito à licença-maternidade, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, já que tal direito é garantido às mães não gestantes, em situação de adoção.

Deve ser considerado, também, o direito da criança de ter sua genitora ao seu lado, em período sensível da vida. E como se trata de período posterior à gestação, em que a lei busca garantir o convívio da mãe com o filho, não há razão para reservar o direito somente àquela mãe gestante.

[...]

Por outro lado, presente o perigo na demora, já que a licença deve ser usufruída após o nascimento da criança. (José Carlos de França Carvalho Neto, 2017).

Igualmente, na sentença proferida em 25 de maio de 2018, considerando que a matéria não dependia da produção de prova em audiência, o juízo manteve os argumentos da decisão interlocatória supracitada e, ainda, discorreu que o direito da Sra. Tatiana não poderia, eventualmente, concorrer com eventual benefício análogo da companheira gestante, de modo que, se fosse o caso, haveria apenas o direito a uma licença de menor duração, a saber, a licença-paternidade, a fim de se evitar situação de “dupla licença-maternidade” (Carvalho Neto, 2017).

Evidentemente, a municipalidade recorreu da decisão, mantendo o argumento de que não haveria possibilidade jurídica de concessão da licença e pagamento dos vencimentos, por “absoluta falta de autorização legal” (p. 241, 2018).

Continuamente, a Turma da Fazenda do Tribunal de Justiça de São Paulo, acertadamente, negou provimento ao recurso interposto, sob o argumento principal da necessidade de interpretação do direito da licença-maternidade com base na Constituição, legislação infraconstitucional e os atuais entendimentos jurisprudenciais acerca da união homoafetiva e da multiparentalidade:

A origem do direito à licença maternidade encontra razões nas circunstâncias pós-parto como a amamentação ou a recuperação física-psíquica da mãe, mas também é um direito concedido pelo fato de que possibilita o convívio familiar e o cuidado com a criança. Tem como fonte o convívio integral com o filho durante os primeiros meses de vida, constituindo-se como uma proteção à maternidade e possibilitando o cuidado e apoio do filho no estágio inicial de sua vida. Independentemente da origem da filiação.

O afastamento por tempo determinado das funções profissionais e aproximação ao lar da mãe que acaba de receber novo ente na família é fundamental para a harmonia daquele ambiente e atende aos princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a exemplo de seu artigo 4º, que zela pelo “melhor interesse do menor”, levando-se em conta que o convívio da criança com os pais/mães –biológicos ou adotivos, é essencial para sua criação.

Assim, configurada a entidade familiar, a partir do reconhecimento da união estável entre a recorrida e sua companheira (ADPF 132/RJ), não há como negar, como bem fez a sentença, que o direito à licença maternidade deveria ser estendido para a recorrida, sob o fundamento maior de maximização de direitos fundamentais – tanto para as mães quanto para a criança, no âmbito familiar. (p. 258, processo n.º 1028794-78.2017.8.26.0564, Desa. Relatora Eduarda Maria Romeiro Corrêa).

Importante observar que, a Desa. Relatora sequer abordou a eventual aplicação da licença-paternidade, uma vez que deixou clara a relevância e importância da extensão da licença-maternidade para a Sra. Tatiane, independentemente da origem da filiação, como fonte de maximização de direitos fundamentais para ambas as mães e para a criança.

3.2 O Recurso Extraordinário, Repercussão Geral e Julgamento

Em sede de Recurso Extraordinário (interposto, por óbvio, pelo município réu), processado sob o n.º 1.211.446, a questão constitucional levada à apreciação da Suprema Corte se cingia à possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial.

Nesse diapasão, em análise ao relatório elaborado pelo Ministro Luiz Fux, relator do caso, quanto à repercussão geral, observa-se que, prontamente, foi defendido que a licença-maternidade ostenta uma dimensão plural, que não comporta uma exegese individualista, fundada apenas na recuperação da mulher após o parto, pelo que, sem dúvidas, a licença também se destina à proteção de mães não gestantes:

Certamente, a licença também se destina à proteção de mães não gestantes que, apesar de não vivenciarem as alterações típicas da gravidez, arcam com todos os demais papéis e tarefas que lhe incumbem após a formação do novo vínculo familiar. Considerando que a Constituição alçou a proteção da maternidade a direito social (CF, art. 6º c/c art. 201), estabelecendo como objetivos da assistência social a proteção “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” (CF, art. 203, inc. I), revela-se dever do Estado assegurar especial proteção ao vínculo maternal, independentemente da origem da filiação ou da configuração familiar que lhe subjaz (acórdão do RE 1211446, p. 6).

Destarte, seguindo o relator, o Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, negou-se provimento ao recurso interposto pelo Município, tendo sido fixada a seguinte tese:

A mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade” (Plenário, 13.3.2024).

Em que pese o reconhecimento da proteção Constitucional ao direito da mãe não gestante que, como já dito, representa um avanço na proteção aos direitos da Comunidade LGBTQIAP+, o Tribunal deixou

de avançar em relação à adoção de um modelo familiar retrógrado e ultrapassado, em que apenas a mulher – e no caso em específico das relações homoafetivas entre mulheres, uma das mulheres – exerce o papel de cuidadora principal do filho.

O ministro Alexandre de Moraes enfatizou a inadequação de aplicar o conceito tradicional de casamento às uniões estáveis homoafetivas. Ele argumentou que a perspectiva de designar uma mulher como “mãe” e a outra como “pai”, em um casal homoafetivo, contradiz a essência da Constituição Federal. De acordo com o ministro, classificar uma das mulheres como “pai”, atribuindo-lhe a licença-paternidade, gera controvérsias sobre a identidade materna. Por fim, ele propôs que o tratamento concedido às licenças para casais do mesmo sexo seja igualado às mães adotantes, reconhecendo ambas as parceiras como mães.

3.3 Tema 1.072 e a perpetuação de diferenças de gênero

Para Juliana Cleto, a forma como um determinado país concebe o conceito de “mulher”, com base na própria cultura e costume, contribuirá diretamente para que haja tratamento diferenciado entre o período de licença-maternidade atribuída à mulher e ao homem (Cleto, 2014):

O ordenamento jurídico interno perfaz-se em um dos reflexos da cultura e dos costumes de cada nação - nas sociedades em que a mulher é vista como um ser de atribuições específicas, por exemplo, a licença é maior para a mãe e menor para o pai - em outras culturas, por sua vez, a mulher promove-se na sociedade no momento em que se torna mãe¹⁸ - dessa forma, a mulher que não segue essa conduta predeterminada perde seu reconhecimento perante a sociedade. (Cleto, 2014)

De acordo com a pesquisa desenvolvida por Juliana, quanto mais desenvolvido é o país, maior é o período de licença-paternidade:

No Brasil, conforme demonstrado anteriormente, a licença-paternidade detém lapso temporal de 5 (cinco) dias, situação que não destoa em grandes proporções se comparada a outros países latino-americanos: no Chile, a licença aos pais é igualmente de 5 (cinco) dias. Por sua vez, na Argentina, o direito se reduz a somente 2 (dois) dias, assim como no Paraguai e na Guatemala.

Denota-se, nesse sentido, que países economicamente desenvolvidos garantem aos homens um período de licença substantivamente maior do que em países emergentes. Exemplo disso é a Islândia, onde o período da licença paternidade é de 3 (três) meses - na Noruega, o período também é extenso: 10 (dez) semanas.

Nos demais países europeus, embora a duração da licença seja ligeiramente menor, ainda é considerável: na Espanha, 4 (quatro) semanas; na Finlândia, 18 (dezoito) dias; no Reino Unido, duas semanas; por sua vez, na Suécia, na Bélgica e na Latvia, 10 (dez) dias.

Por seu turno, países africanos e asiáticos asseguram, em geral, um período mais breve de licença-paternidade: na Tunísia, por exemplo, o lapso temporal é de somente um dia pela iniciativa privada e 2 (dois) dias pelo serviço público. No Uganda, em Ruanda e no Seychelles, a duração da licença é de 4 (quatro) dias; na Argélia, na África do Sul e na Tanzânia, 3 (três) dias. (Cleto, 2014, p. 7).

Assim, a autora assevera que, de acordo com a OIT, há medidas a serem atendidas pelos países com a finalidade de erradicar a discriminação de tratamento entre homens e mulheres, no que concerne às responsabilidades parentais:

Segundo a OIT, uma série de providências podem ser tomadas para se erradicar a discriminação entre homens e mulheres no tocante à responsabilidade parental, dentre elas: i. revisão legislativa de cada país para o fim de se determinar expressamente previsões acerca da licença-maternidade e da licença-paternidade; ii. promoção da conscientização entre empregados e empregadores dos direitos previstos legalmente; iii. adoção de medidas para se promover a importância do auxílio paternal na criação dos filhos, bem como a necessidade de que o período de afastamento do pai seja devidamente remunerado; e iv. o aperfeiçoamento do ambiente de trabalho por meio de programas instrutivos em relação à saúde reprodutiva e ao planejamento familiar.

Nesse diapasão, Juliana critica a presunção de que a mulher tem direito a um período de licença mais longo que o homem com base em critérios biológicos, que sugere que a responsabilidade inicial pela criação dos filhos é naturalmente uma atribuição exclusiva da mãe (2014, p. 39).

Igualmente, Flávia Calmon aduz que todos os benefícios decorrentes do advento de um filho são quase que, exclusivamente, da mulher, o que “demonstra que a sociedade, em termos culturais, não enxerga a importância do compartilhamento do ônus de cuidar e educar, refletindo esse pensamento na legislação brasileira.” (Teixeira, 2017).

Destarte, em que pese o acerto do Tema 1.072, há evidente falha ao perpetuar a discriminação de tratamento entre mães e pais, ao passo que equiparou a mãe não gestante, em relação homoafetiva, ao pai, concedendo-lhe o exíguo prazo de 5 dias para se dedicar ao filho.

Neste contexto, a argumentação esposada pelo Ministro Alexandre de Moares revela-se mais acertada e em consonância à realidade, uma vez que critica a base biológica como justificativa para diferenças nos

direitos de licença entre homens e mulheres, prática que não só perpetua desigualdades de gênero e discriminação, mas também reforça estereótipos ultrapassados que atribuem a responsabilidade primária da criação dos filhos exclusivamente às mulheres.

Além disso, essa distinção de direitos marginaliza as mães não-gestantes, especialmente em uniões homoafetivas, privando-as da oportunidade de estabelecer um vínculo inicial com seus filhos, na hipótese em que a mãe gestante usufrua da licença-maternidade. A atribuição desigual de licenças contribui para a perpetuação de uma divisão de papéis baseada em premissas antiquadas e não inclusivas, em total desacordo aos princípios da equidade, dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança.

4 Considerações finais

Em face do exposto ao longo deste artigo, a análise do Tema 1.072 do STF revela que, embora tenha sido um avanço no reconhecimento dos direitos das famílias homoafetivas e para a comunidade LGBTQIAP+, ainda persistem desafios significativos, especialmente no que concerne à clara equiparação do direito das mães não gestantes ao dos genitores. A decisão do STF, ao limitar o período de licença da mãe não gestante ao equivalente da licença-paternidade, reflete a manutenção de uma visão tradicionalista e biologicista sobre as responsabilidades parentais, que não apenas desvaloriza o papel paternal como cuidador, mas também ignora a complexidade das dinâmicas familiares modernas.

A perpetuação de uma diferenciação de gênero no contexto da licença parental não só falha em reconhecer as necessidades emocionais e práticas das crianças e de suas famílias, como também reforça estereótipos de gênero obsoletos que limitam a experiência parental dos indivíduos e a efetiva igualdade de gênero na sociedade. É imperativo que a legislação brasileira evolua para refletir uma compreensão mais contemporânea e inclusiva da família, assegurando que todos os pais, independentemente do gênero ou da condição biológica, tenham direitos iguais para cuidar de seus filhos nos momentos mais cruciais de suas vidas.

Portanto, urge uma revisão legislativa que contemple uma licença parental igualitária e adaptada às realidades das diversas configurações familiares, promovendo o bem-estar infantil, a equidade de gênero e o respeito pela diversidade familiar. Somente assim será, minimamente,

garantido que todos os membros da família, independentemente de sua configuração, possam desfrutar do direito fundamental de estabelecer vínculos afetivos sólidos e duradouros, essenciais para o desenvolvimento saudável da criança.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal. In: Vade Mecum. 24^a ed. atual. ampl. São Paulo: Rideel, 2017. ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito:** 24. ed. ver. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Constituição de 1824. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 de maio de 2024.

BRASIL. Constituição de 1891. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/constituicao91.htm. Acesso em: 04 de maio de 2024.

BRASIL. Constituição de 1934. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/constituicao34.htm. Acesso em: 04 de maio de 2024.

BRASIL. Constituição de 1937. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/constituicao37.htm. Acesso em: 04 de maio de 2024.

BRASIL. Constituição de 1946. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/constituicao46.htm. Acesso em: 04 de maio de 2024.

BRASIL. Constituição de 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucacao/constituicao67.htm. Acesso em: 04 de maio de 2024.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho: aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: <https://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 04 de maio de 2024.

CONJUR. Reconhecimento do direito à licença-maternidade para mãe não-gestante em união homoafetiva. In: LOBATO, Rafaela. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-27/reconhecimento-do-direito-a-licenca-maternidade-para-mae-nao-gestante-em-uniao-homoafetiva/>. Acesso em: 04 de maio de 2024.

JUSLABORIS. A licença-maternidade como representação de uma ideologia velada: a divisão de tarefas por gênero e o dever de cuidado parental. In: CLETO, Juliana. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74940>. Acesso em: 04 de maio de 2024.

IBDFAM. Licença maternidade: um paradoxo normativo. In: TEIXEIRA, Flávia Calmon Rangel. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1226/Licen%C3%A7a+maternidade:++um+paradoxo+normativo>. Acesso em: 04 de maio de 2024.

IBDFAM. STF reconhece direito à licença-maternidade de mãe não gestante em união homoafetiva. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11647/STF+reconhece+direito+%C3%A0+licen%C3%A7a-maternidade+de+m%C3%A3e+n%C3%A3o+gestante+em+uni%C3%A3o+homoafetiva>. Acesso em: 04 de maio de 2024.

STF. Mãe não gestante em união homoafetiva tem direito à licença-maternidade, decide STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=529322&ori=1>. Acesso em: 04 de maio de 2024.

STF. Tema 1.072 - Possibilidade de concessão de licença-maternidade à mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja companheira engravidou após procedimento de inseminação artificial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.sso=1211446&classeProcesso=RE&numeroTema=1072>. Acesso em: 04 de maio de 2024.

A INCIDÊNCIA E IMPLICAÇÕES DO DANO BIOLÓGICO RESULTANTE DE ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE MULTIDIMENSIONAL

Jorge Luiz Dias Alvim¹

1 Introdução

Este artigo se propõe a examinar os impactos multifacetados dos erros médicos, uma problemática que transcende as fronteiras do meramente físico para afetar profundamente o psicológico e o social dos indivíduos. Erros médicos, definidos como falhas na execução de práticas estabelecidas de cuidado ao paciente, têm consequências que vão muito além das lesões corporais visíveis. Eles podem causar um dano extenso à qualidade de vida, ao bem-estar emocional e à dinâmica social dos pacientes envolvidos.

Na esfera emocional, os pacientes frequentemente experimentam uma gama de sentimentos negativos após a ocorrência de erros médicos. Estes incluem medo, ansiedade, desespero e uma diminuição da autoestima, o que muitas vezes leva a uma prolongada recuperação mental e emocional. A gravidade dessas emoções pode variar dependendo da natureza do erro e do nível de confiança que o paciente depositava nos sistemas de saúde.

No âmbito psicológico, as repercuções de erros médicos podem ser ainda mais devastadoras. Pacientes podem sofrer de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), depressão e outros transtornos de humor, todos diretamente ligados à experiência traumática vivida. O impacto psicológico não apenas prolonga o período de recuperação, como também impõe desafios significativos no retorno às atividades diárias normais e no relacionamento com familiares e amigos.

Socialmente, os erros médicos podem levar à estigmatização do paciente, isolamento e mudanças nas dinâmicas familiares e comunitárias.

¹ Professor. Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Especialista em Direito Médico, Odontológico e da Saúde pela FMRP/USP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil. Presidente da Comissão de Direito Médico e Odontológico da OAB/Uberaba. Membro da comissão de Direito Médico da Seccional OAB/MG (2022/2024).

A incapacidade de manter empregos ou participar de atividades sociais devido às limitações físicas ou psicológicas adiciona uma camada de complexidade ao trauma já existente. Essas mudanças podem ter um efeito cascata, afetando a saúde mental do paciente a longo prazo e a integração social.

Este artigo discute esses aspectos com profundidade, utilizando casos de estudo e literatura existente para ilustrar não apenas as consequências imediatas, mas também os efeitos a longo prazo dos erros médicos nos pacientes. A compreensão desses impactos é vital para o desenvolvimento de estratégias de prevenção mais eficazes e para garantir que os sistemas de saúde sejam responsabilizados e melhorados de maneira significativa.

2 Definição e natureza do erro médico

O erro médico ocorre quando um profissional de saúde se desvia dos padrões aceitos na prática médica, resultando em prejuízos ao paciente. Esses desvios podem manifestar-se de várias formas, incluindo diagnósticos incorretos, erros em procedimentos, falhas na prescrição de medicamentos ou na comunicação de informações essenciais aos pacientes. A natureza desses erros pode ser atribuída a uma combinação de fatores humanos, como fadiga, inexperiência, distração e sobrecarga de trabalho, bem como a deficiências nos sistemas de trabalho e falhas nos processos organizacionais. Aduzem Netto e Rosenvald (2020, p. 282):

A falibilidade do médico e da Medicina é inquestionável. E ela aceita, em parte, pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência, principalmente sob o ângulo penal e moral. No entanto, quanto à responsabilidade civil, esta chega a ser quase ilimitada. Os tribunais passaram a entender que a reparação civil do dano é um feito indiscutível. Já afirmaram que, assim como é injusto o médico responder pela falibilidade da ciência ou por sua própria limitação, mais injusto seria deixar o paciente a sua própria sorte, quando, buscou um bem, encontrou um mal.

Nesse sentido, os erros médicos podem ser classificados em várias categorias para facilitar a compreensão e a respectiva abordagem. Os erros de diagnóstico, por exemplo, ocorrem quando uma condição médica é incorretamente identificada ou não é identificada, resultando em tratamentos inadequados ou retardados. Os erros de procedimento incluem falhas técnicas durante a realização de intervenções cirúrgicas e/ou terapêuticas. Erros de medicação envolvem a administração incorreta de medicamentos, seja na dosagem, via de administração ou na própria substância prescrita. Além disso, erros de comunicação podem surgir da

má interpretação ou falta de transmissão de informações essenciais entre profissionais de saúde ou entre estes e os pacientes.

Os fatores humanos são causas relevantes e que desaguam também em erros médicos. A fadiga é um fator significativo nesse cenário, especialmente em ambientes de trabalho que exigem longas horas e atendimento contínuo, tal como em hospitais. A inexperiência e a falta de treinamento adequado também contribuem para a ocorrência de erros. Do lado organizacional, sistemas de trabalho mal estruturados, falta de protocolos claros e falhas na supervisão são problemas recorrentes que podem levar a erros médicos. Um ambiente de trabalho que não promove a comunicação aberta e o trabalho em equipe pode ampliar exponencialmente esses problemas, aumentando a probabilidade de incidentes adversos.

Insta esclarecer que os esforços provenientes dos profissionais da saúde, tem-se que a própria evolução da medicina e instrumentos correlatos à prática daqueles, trazem, por si, riscos atrelados. Nesse sentido, a insigne Professora Karina Pinheiro de Castro (2021, p. 127):

A era dos riscos e incertezas, especificamente no campo da Medicina, tornou-se marcante com o grande arsenal tecnológico e os métodos avançados de tratamento de que dispõem os médicos, eis que são extremados potencializadores de riscos a que estão expostos os pacientes.

Indubitável que a tecnologia da Medicina proporcionou grandes proveitos e vantagens na área da saúde. Não se procura aqui questionar sua grande importância na prevenção e cura de muitas doenças que, até há pouco tempo, eram incuráveis, ficando o paciente relegado à própria sorte, ao próprio destino.

Contudo, apesar desse paradoxo, é de se admitir que o avanço biotecnológico gera maior risco nos tratamentos de saúde o que, conseqüentemente, tem acarretado um número cada vez maior de acidentes no exercício da Medicina.

O consentimento informado, considerado como livre e esclarecido, assume características especiais no âmbito da medicina contemporânea, particularmente com a incorporação de tecnologias avançadas nos cuidados de saúde. Surge, portanto, a necessidade de um “consentimento duplo” por parte do paciente. Isso implica que, além da autorização usual necessária para procedimentos e tratamentos médicos, é crucial obter uma aprovação explícita do paciente para o emprego de novas tecnologias. Este consentimento adicional deve ser baseado no entendimento claro do paciente sobre como essas tecnologias funcionam, seus objetivos, benefícios, custos, riscos e opções alternativas (DANTAS; NOGAROLI, 2017, p. 25-63).

Os erros de diagnóstico são particularmente preocupantes, pois podem atrasar o tratamento necessário e agravar a condição do paciente. Esses erros podem resultar de uma avaliação clínica inadequada, interpretação errônea de exames laboratoriais ou de imagem, ou falhas na consulta e no histórico do paciente. Além disso, a pressão para reduzir custos e o tempo limitado de consulta podem levar a diagnósticos apressados e incompletos. A formação contínua e o uso de tecnologias de apoio à decisão clínica são essenciais para minimizar esses erros e melhorar a precisão diagnóstica.

3 Dimensões do dano médico

O dano médico, uma consequência direta dos erros médicos, é tipicamente visto sob várias dimensões, nos facultando citar as seguintes:

- a. Físicas: Lesões imediatas ou a longo prazo que afetam a funcionalidade física do corpo, como danos neurológicos, cirurgias em locais errados, infecções adquiridas no hospital, entre outros.
- b. Psicológicas: Impactos emocionais e mentais resultantes do erro, que podem incluir depressão, ansiedade, TEPT, e uma deterioração geral no estado de saúde mental do paciente.
- c. Social: O impacto na capacidade do paciente de interagir com sua família e comunidade, muitas vezes levando ao isolamento social, dificuldades de emprego e desafios em manter relações pessoais saudáveis.
- d. Econômica: Custos diretos e indiretos associados ao tratamento de lesões resultantes do erro, perda de renda devido à incapacidade de trabalhar, e outras despesas médicas futuras.

Definição de dano biológico

Dano biológico é definido como qualquer prejuízo permanente ou temporário à integridade física ou psicológica de uma pessoa, resultante de erro médico ou procedimento clínico inadequado.

Este dano distingue-se de outros tipos, como o famigerado dano moral, que se refere a sofrimentos e aflições psicológicas não necessariamente associadas a alterações físicas; ou o dano estético, que impacta principalmente a aparência externa do indivíduo.

A característica central do dano biológico é sua capacidade de

afetar diretamente a saúde e o bem-estar físico e mental do indivíduo. Essa distinção é necessária para entender como o dano pode afetar a qualidade de vida de forma ampla e persistente, influenciando aspectos da vida diária, bem-estar pessoal e interações sociais.

4 Causas e consequências

Os erros médicos podem surgir de falhas individuais ou sistêmicas. Falhas individuais são frequentemente atribuídas a negligência, falta de habilidade, ou omissão. Já as falhas sistêmicas podem incluir problemas como políticas hospitalares inadequadas, supervisão insuficiente, e inadequações na formação médica. Independentemente da causa, as consequências de um erro médico são vastas e, muitas vezes, irreversíveis, afetando não apenas a saúde do paciente, mas também sua qualidade de vida global.

Em que pese se tratar de situações e falhas em condições específicas e distintas, tem-se a possibilidade de acúmulo de tais. Vejamos um simples exemplo:

No Hospital Esperança, Sr. João foi admitido com queixas de dores no peito e atendido pela residente Dra. Carolina. Devido à sua inexperiência e à falta de supervisão adequada do Dr. Ricardo (preceptor), a médica não solicitou o eletrocardiograma (ECG) de imediato, atrasando o diagnóstico de um problema cardíaco grave. Quando Dr. Ricardo finalmente revisou o caso, percebeu a omissão e ordenou um ECG de emergência, mas o estado de saúde de Sr. João já havia se agravado.

Ainda, nesse mesmo caso, durante a preparação para a cirurgia de emergência, a enfermeira Marineuza teve dificuldades em localizar os suprimentos necessários devido a políticas hospitalares inadequadas que resultaram em uma organização deficiente do estoque.

Percebe-se que tais eventos ilustram falhas individuais, como a omissão de Dra. Carolina e a falta de supervisão de Dr. Ricardo, e falhas sistêmicas, como a má gestão dos suprimentos hospitalares, cujos acarretaram danos severos ao estado de saúde do paciente.

Além disso, a partir da leitura do caso hipotético, pode-se concluir que independentemente da causa, as consequências de um erro médico são vastas e frequentemente irreversíveis, afetando não apenas a saúde do paciente, mas também sua qualidade de vida de maneira ampla e profunda.

5 Responsabilidade legal e compensação

Obviamente, quando se fala sobre dano, tem-se que na esfera legal, a responsabilidade pelo erro médico pode ser atribuída com base em negligência demonstrada pelo profissional de saúde.

A compensação por danos visa oferecer um alívio, inclusive, para os custos de tratamentos futuros, perdas econômicas e para mitigar o sofrimento físico e emocional.

Ressalta-se que o dano biológico representa uma categoria específica de prejuízo resultante de alterações na integridade física ou psíquica de uma pessoa, frequentemente decorrentes de erros médicos. Este tipo de dano émeticamente abordado dentro do contexto legal brasileiro, onde a legislação e a jurisprudência colaboram para garantir compensações justas e adequadas às vítimas.

Conforme mencionado, o dano biológico impacta profundamente a qualidade de vida, incluindo danos físicos e psicológicos que podem resultar em condições de longo prazo, como depressão e ansiedade. Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil, 2019, p. 120”, ressalta que o dano biológico deve ser visto como uma extensão dos danos à personalidade, requerendo uma análise detalhada para sua adequada quantificação.

Nesse sentido, e conforme o Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), falhas na prestação de serviços médicos que resultem em dano, configuram como ato ilícito, fazendo exsurgir possibilidades de compensação. Rui Stoco, *in* “Tratado de Responsabilidade Civil”, 2019, p. 897, enfatiza que o dano biológico se distingue pela necessidade de tratamentos e cuidados contínuos, o que deve ser considerado na definição da compensação.

Facilmente se constata que a maior dificuldade no tratamento do dano biológico está na sua quantificação e na determinação de uma compensação proporcional ao prejuízo sofrido. É essencial que haja uma cooperação contínua entre médicos, psicólogos e juristas para estabelecer critérios claros e objetivos que possam ser utilizados pelos tribunais. A adoção de tabelas com parâmetros aproximados de indenização e a maior padronização das decisões judiciais podem ajudar a criar um sistema mais equitativo e previsível.

Entender e compensar adequadamente o dano biológico requer uma abordagem interdisciplinar e um profundo conhecimento de suas

implicações e, minimamente, uma perspectiva sobre reflexos futuros do dano sofrido, haja vista a impossibilidade legal de se rediscutir a temática em âmbito jurídico, quer seja pela coisa julgada ou pela prescrição. A legislação brasileira, apoiada pela jurisprudência, fornece um quadro robusto para isso, mas é necessário aprimorar como os danos biológicos são avaliados e compensados para assegurar que as vítimas de erros médicos recebam a justiça e o apoio adequados.

6 Como reparar o dano biológico

A reparação de danos biológicos causados por erros médicos envolve uma abordagem multidimensional que vai além da compensação indenizatória postuladas em âmbito judicial, há de se considerar, ainda, tanto tratamentos médicos e psicológicos quanto modalidades de compensações legais e éticas. A seguir, descreverei algumas estratégias fundamentais para reparar efetivamente, podendo, ainda, evitar tais danos:

6.1 Tratamento Médico Integral:

O primeiro passo para reparar o dano biológico é assegurar que o paciente receba tratamento médico adequado e completo para as condições decorrentes do erro. Isso pode incluir:

- a. **Intervenções Médicas Imediatas:** Para tratar condições agudas ou crônicas que surgiram como resultado do erro.
- b. **Reabilitação Física:** Programas de reabilitação para ajudar os pacientes a recuperar a função e a mobilidade perdidas.
- c. **Suporte de Longo Prazo:** Tratamento contínuo para condições crônicas que requerem manejo a longo prazo.

6.2 Apoio Psicológico e Psiquiátrico:

Reconhecendo que os danos biológicos também afetam a saúde mental, é crucial oferecer suporte psicológico: Terapia Psicológica: Para ajudar os pacientes a lidar com o trauma do erro médico e suas repercuções.

- a. **Acompanhamento Psiquiátrico:** Para tratar qualquer transtorno mental que possa ter sido exacerbado ou causado pelo erro médico, como depressão ou TEPT.³ Compensação Justa e Adequada Além do tratamento médico, é fundamental

que os pacientes recebam compensação financeira adequada para os danos sofridos: Indenizações: Compensações monetárias que cubram despesas médicas passadas e futuras, perda de renda, e danos por dor e sofrimento.

- b. **Acordos Legais:** Negociações conduzidas de maneira ética para garantir que o paciente seja justamente compensado sem um litígio prolongado, quando possível.
- c. **Melhorias no Sistema de Saúde:** Para prevenir futuros erros médicos e danos biológicos, é crucial implementar melhorias sistemáticas: Revisão de Protocolos: Avaliação e melhoria contínua dos protocolos médicos para aumentar a segurança do paciente.
- d. **Treinamento e Educação:** Programas de formação contínua para profissionais de saúde, focando na prevenção de erros e na melhoria do atendimento ao paciente.
- e. **Auditorias e Monitoramento:** Implementação de auditorias regulares e sistemas de monitoramento para detectar potenciais falhas no atendimento e corrigi-las antes que causem dano.

6.3 Suporte comunitário e redes de apoio

Além sugestões já citadas, incentivar a criação de redes de apoio comunitário e grupos de pacientes também podem oferecer suporte emocional e prático uns aos outros.

7 Conclusão

A análise do dano biológico resultante de erro médico revela a profundidade e complexidade de suas implicações. Erros médicos não afetam apenas a integridade física dos pacientes, mas também têm repercussões significativas em suas dimensões psicológicas, sociais e econômicas. Este estudo destacou as diversas formas pelas quais os pacientes sofrem, evidenciando a correlação entre a qualidade do atendimento médico, a ocorrência de erros e a intensidade dos danos biológicos.

As causas dos erros médicos são multifacetadas, envolvendo falhas humanas, tecnológicas e sistêmicas. A compreensão dessas causas é essencial para a implementação de estratégias eficazes de prevenção e mitigação. A revisão crítica das práticas médicas e dos protocolos de segurança atuais

revela lacunas significativas e oportunidades de melhoria que devem ser exploradas.

No âmbito jurídico, as implicações dos erros médicos são complexas, exigindo uma compreensão aprofundada das responsabilidades e direitos tanto dos profissionais de saúde quanto dos pacientes. A compensação justa e adequada para os pacientes é um caminho árduo, porém, vital, não apenas para aliviar o sofrimento físico e emocional, mas também para cobrir os custos econômicos decorrentes dos danos.

A reparação do dano biológico exige uma abordagem integrada que combine tratamento médico e psicológico adequado, compensação financeira justa, e melhorias sistemáticas nos protocolos de segurança e práticas médicas. A colaboração interdisciplinar entre profissionais de saúde, legisladores, juristas e a sociedade é indispensável para reduzir a incidência de erros médicos e restaurar a integridade e confiança no sistema de saúde.

Acredita-se que este artigo contribui significativamente para o diálogo sobre erros médicos e suas consequências, promovendo a adoção de práticas que possam minimizar os danos biológicos e melhorar a qualidade do atendimento ao paciente. A implementação de estratégias propostas, como a inovação tecnológica, o treinamento contínuo e a reforma legislativa, são passos fundamentais para garantir um sistema de saúde mais seguro e eficiente.

Referências

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de maio de 2024.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 19 de maio de 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 de maio de 2024.

CASTRO, Karina Pinheiro de. **Riscos e Incertezas na Prática Médica Contemporânea**. São Paulo: Editora Forense, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12^a

ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

DANTAS, Eduardo. NOGAROLI, Rafaella. Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde (telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial). Lex Medicinae. **Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, 2020.

NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

Capítulo 16

EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI N° 14.713/2023 DIANTE DA COMPLEXIDADE DOS CASOS ENVOLVENDO AS FAMÍLIAS

Ingrid Kety de Sales Castor¹

Laila Barbosa²

Natalya Carolina Costa Vieira³

1 Introdução

A Constituição cidadã de 1988, além de assegurar a todos os direitos fundamentais após o fim de um difícil período ditatorial, equiparou homens e mulheres em direitos e obrigações. Apesar das evidentes diferenças físicas, químicas e biológicas entre os gêneros, quando o assunto é autoridade parental e convivência com os filhos, o texto constitucional garantiu a igualdade entre ambos.

Assim, a Lei nº 13.058/2014, ao alterar o Código Civil vigente para incluir o instituto da guarda compartilha, teve como principal objetivo garantir a igualdade entre os pais para assegurar a convivência familiar com um tempo de convívio equilibrado entre os genitores, observadas as condições fáticas e melhor interesse dos filhos.

A guarda compartilhada, enquanto modelo de coparentalidade, é amplamente reconhecida como uma ferramenta essencial na legislação familiar para garantir o bem-estar de crianças e adolescentes após a separação dos pais.

No entanto, em situações de violência doméstica, sua aplicação

1 Especialista em Direito Civil Aplicado pela Puc Minas; Docência com ênfase em Educação Jurídica pela Faculdade Arnaldo e Direito, Inovação e Tecnologia pela Fumec em parceria com a ESA/MG. Advogada e Professora na Rede Batista de Educação e no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Salgado de Oliveira (Centro Universo Belo Horizonte). Professora voluntária e membro do Direito na Escola. Endereço eletrônico: ingrid.castor@yahoo.com.br

2 Especialista em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia/MG. Advogada. Professora. Palestrante. Diretora da Comissão Estadual de Marketing Jurídico da OAB/MG (2022/2024). Membro do Direito na Escola. Endereço eletrônico: lailabarbosa.adv@gmail.com

3 Especialista em Direito Civil e Processual Civil com ênfase em Empreendedorismo Jurídico pela Faculdade Arnaldo. Advogada. Endereço eletrônico: natalyacvieira@gmail.com

sem restrições pode representar um sério risco para a segurança física e emocional dos filhos e para o cônjuge agredido.

Portanto, além de outras necessidades para a subsistência humana, o que justifica a fixação dos alimentos, com o divórcio dos pais, também é crucial considerar a segurança das crianças em ambientes onde a violência doméstica, infelizmente, é uma realidade.

A violência de gênero contra as mulheres é um problema antigo, duro e cruel, enraizada em uma sociedade que ainda atribui à mulher o dever de cuidar dos filhos e de todos e a condena se ela pleitear pela “ajuda” do cônjuge ou de outras pessoas.

O trabalho doméstico somado ao trabalho que envolve o cuidar de outro ser em desenvolvimento é penoso, invisível e na maioria dos casos, sobrecarrega apenas a mulher. Ignorar esta realidade e não combatê-la é um retrocesso e compromete a efetividade do princípio constitucional da igualdade.

Ao se tornar a regra geral em 2014, a guarda compartilhada que ainda está longe de se tornar efetiva diante da complexidade dos cenários familiares brasileiros, chacoalhou alguns paradigmas e a estrutura do poder patriarcal.

E a pessoa e os cuidados dos filhos que até então “parecia ser de um só”, passou a ser dos “dois” e o interesse dos menores foi colocado como prioridade para que o fim de um relacionamento conjugal não colocasse também fim à família.

2 Guarda compartilhada nos casos de violência doméstica

A Lei nº 14.713, promulgada em 30 de outubro de 2023, surge como um marco legal que estabelece diretrizes específicas para lidar com essa complexa interseção entre guarda compartilhada e violência doméstica.

Ao reconhecer a importância de proteger as vítimas e garantir o bem-estar dos filhos em situações de violência familiar, esta legislação impõe restrições claras à aplicação da guarda compartilhada em contextos em que a violência doméstica está presente.

A guarda compartilhada é fundamentada no princípio de que ambos os pais têm o direito e a responsabilidade de participar ativamente na criação e educação de seus filhos, mesmo após a ruptura afetiva-relacional do casal.

Esse modelo de guarda busca assegurar que as crianças e/ou adolescentes mantenham vínculos significativos com ambos os genitores, o que favorece o desenvolvimento físico, social, acadêmico, psicológico e melhor estabilidade emocional diante do divórcio dos pais.

Apesar dos benefícios da guarda compartilhada, a segurança das crianças é uma preocupação primordial em casos de violência doméstica. A exposição à violência pode causar danos físicos, emocionais e traumas de difícil reparação em crianças e adolescentes, afetando seu bem-estar psíquico e desenvolvimento saudável.

Nos lares em que a violência doméstica está inserida é possível que a vítima não seja somente a mulher, mas também a pessoa dos filhos que além de assistirem diversas cenas de horror, acabam também recebendo as agressões em alguns casos.

Portanto, é necessário que se considere cuidadosamente a aplicação da guarda compartilhada em contextos em que a violência doméstica é uma realidade.

A legislação familiar e os sistemas judiciais devem estar equipados com diretrizes claras, procedimentos adequados e equipe multidisciplinar capacitada para avaliar a segurança dos filhos e apoiar as decisões sobre a guarda em casos de violência doméstica. Isso inclui a implementação de avaliações de risco, recursos de apoio às vítimas e medidas de proteção adequadas para garantir o bem-estar dos envolvidos.

3 Formas de violência doméstica e seus impactos

A violência doméstica é um fenômeno complexo que se manifesta de diversas formas, abrangendo não apenas a agressão física, mas também aspectos psicológicos, morais, sexuais e patrimoniais, conforme estabelece a Lei nº 11.340/2006 conhecida popularmente como Lei Maria da Penha.

A definição e categorização desses diferentes tipos de violência são fundamentais para compreender a extensão do problema e desenvolver estratégias eficazes de prevenção e intervenção.

A violência física envolve qualquer forma de agressão corporal, como socos, chutes, empurrões e espancamentos, enquanto a violência psicológica se manifesta por meio de ameaças, humilhações, xingamentos, manipulações, chantagens, vigilância constante, controle excessivo e isolamento social.

A violência sexual se caracteriza por qualquer conduta que constranja

ou obrigue a vítima a praticar, manter ou presenciar relações sexuais não desejadas mediante ameaça ou violência. O mesmo ocorre quando a vítima é impedida de usar métodos contraceptivos.

No que diz respeito a violência moral, ela ocorre quando a conduta do agressor resultar em calúnia, injúria ou difamação. Acusações de traições e desvalorização da vítima pela sua forma de se vestir são exemplos comuns em lares onde a violência doméstica está instalada.

A violência patrimonial se consagra quando o agressor retém, subtrai ou até mesmo destrói documentos, bens considerados importantes e instrumentos de trabalho da vítima ou a impede ou lhe priva de usar recursos financeiros.

Os impactos da violência doméstica sobre as mulheres são profundos, duradouros e traumáticos, afetando sua autoestima, qualidade de vida e colocando em risco seu campo psicológico de maneiras variadas. A exposição a conflitos e agressões pode gerar medo, ansiedade, depressão e baixa autoestima nas vítimas, comprometendo seu bem-estar geral e seu desempenho acadêmico nos casos em que a mulher estuda.

Além disso, a violência doméstica pode ter efeitos prejudiciais sobre o desenvolvimento cognitivo e social dos filhos, dificultando a formação de relacionamentos saudáveis, favorecendo o baixo rendimento escolar e prejudicando a confiança em figuras de autoridade.

A necessidade de proteção e intervenção adequadas diante da violência doméstica é crucial para mitigar seus impactos negativos sobre os filhos. Isso envolve não apenas a identificação e o enfrentamento da violência em si, mas também o fornecimento de apoio emocional e psicológico às vítimas, incluindo as crianças/adolescentes afetadas. Intervenções precoces e abrangentes são essenciais para interromper o ciclo de violência e promover o bem-estar das famílias envolvidas.

Em última análise, a tipificação da violência doméstica e a compreensão de seus impactos são passos fundamentais para a formulação de políticas e práticas eficazes de prevenção e intervenção.

Ao reconhecer a complexidade desse fenômeno e seus efeitos devastadores sobre os filhos, é possível desenvolver estratégias mais abrangentes e sensíveis às necessidades das vítimas, para que seja possível garantir um ambiente seguro e saudável para o crescimento e desenvolvimento infanto-juvenil.

4 Procedimentos judiciais e desafios na implementação da Lei 14.713/2023 nos casos de família

A guarda compartilhada definida como regra geral em nosso ordenamento há quase dez anos só não será aplicada nos casos em que um dos genitores declarar ao Juiz que não deseja exercê-la ou em situações em que há risco provável de violência doméstica ou familiar, conforme redação dada pela Lei nº 14.713/2023.

Os procedimentos judiciais relacionados à aplicação da Lei nº 14.713/2023 envolvem uma série de etapas complexas e sensíveis já que além do Código Civil ela também alterou o Código de Processo Civil com a inclusão do artigo 699-A:

Art. 699-A. Nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 deste código, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de 5(cinco) dias para apresentação de prova ou de indícios pertinentes. (grifamos)

A alteração legislativa já nos traz uma mudança de procedimento nas próprias audiências de conciliação que em muitos casos acontecem no CEJUSC e são conduzidas por mediadores.

Assim, as definições nas audiências de mediação e conciliação em que o Magistrado e o representante do Ministério Público não estiverem presentes serão consideradas nulas?

Esta reflexão é um ponto de partida importante, pois violência doméstica é uma pauta de altíssima complexidade e gravidade e nos termos desta nova lei pode ajudar ou prejudicar ainda mais as partes envolvidas.

A mudança legislativa, certamente, teve como objetivo proteger interesse dos filhos vítimas de violência familiar e assegurar uma proteção maior à mulher vítima de violência doméstica. Todavia, ela também nos obriga a repensar se o pai poderá conviver com seus filhos quando a vítima da agressão for exclusivamente a mulher.

Além disso, nos lares em que a agressão parte da mulher contra o homem, ou nos casos em que a mulher é quem agride os próprios filhos e torna o lar insuportável, inseguro e violento, ela também será impedida de exercer a guarda compartilhada sob a ótica da nova legislação.

A implementação dessa lei é desafiadora, pois requer que se avalie cuidadosamente as evidências de violência doméstica para não haver injustiças contra os genitores acusados e maiores prejuízos à convivência

familiar dos filhos com seus pais/mães.

Por isso, uma abordagem multidisciplinar se faz necessária para que se leve em consideração não apenas a segurança imediata, mas também o bem-estar emocional e psicológico de todas as partes afetadas a longo prazo.

Um dos desafios enfrentados pelos tribunais é garantir que os procedimentos judiciais sejam conduzidos de forma justa e imparcial, garantindo o devido processo legal para todas as partes envolvidas. Isso inclui garantir que as vítimas de violência doméstica tenham acesso a representação jurídica adequada e sejam capazes de participar plenamente do processo judicial, sem medo de retaliação por parte do agressor.

E ainda inclui que os acusados também passem pelo devido processo legal para apuração das acusações sofridas e penalidades adequadas mediante uma sentença judicial.

Além disso, a implementação eficaz da Lei nº 14.713 requer a capacitação e sensibilização dos profissionais do sistema judiciário, incluindo juízes, advogados serventuários, psicólogos e assistentes sociais, sobre questões relacionadas à violência doméstica e seus impactos nos filhos e nas dinâmicas familiares.

Outro ponto que merece atenção é o prazo de (05) cinco dias atribuídos pela legislação processual cível (art. 699-A) para comprovação ou apresentação dos indícios de violência pertinentes. O referido prazo em se tratando da própria morosidade do judiciário e outros procedimentos necessários, não se torna eficiente na prática, pois nos casos em que a violência existe poderá haver ainda mais perigo para as vítimas e nos casos de falsa acusação poderá prejudicar o convívio dos filhos com um de seus pais.

Aguardar uma sentença penal condenatória ou afastar/impedir preventivamente o convívio do acusado com seus filhos?

É inegável que esta lei é importante e contribua para o combate à violência doméstica, entretanto, ela traz um risco e um desafio muito grande que é a restrição ou impedimento de convivência familiar do pai em situações envolvendo falsas acusações.

Ademais, é preciso também repensar se diante de determinado caso concreto, será possível distinguir o “marido agressor” do “pai”, separando assim a família conjugal da família parental. Um homem que agrediu sua companheira teria condições de ser um bom pai? Ou uma mulher que agrediu seu companheiro teria condições de ser uma boa mãe?

As dinâmicas relacionais que se entrelaçam com o direito das famílias são complexas e necessitam de análise minuciosa para não se desfazer uma família junto com a ruptura de um casal.

Portanto, a efetividade da Lei nº 14.713/23 requer um compromisso contínuo com a proteção das vítimas de violência doméstica, o interesse superior dos filhos e procedimentos adequados para não haver injustiças nos casos envolvendo falsas acusações ou nos casos em que é possível distinguir o pai do agressor da mulher ou a mãe da agressora do homem.

5 Conclusão

A subjetividade é um aspecto preocupante e de difícil análise, principalmente, em se tratando de questões familiares. A Lei nº 14.713/2023, embora tenha como objetivo trazer mais uma forma de combate à violência doméstica e familiar, precisa ser aplicada com cautela.

A efetividade na aplicação da lei diante da complexidade dos casos envolvendo as famílias precisa considerar inúmeros fatores e não somente os “elementos” que evidenciam a probabilidade de riscos de violência doméstica e familiar sem definir quais seriam estes elementos.

Violência doméstica é um problema grave, com muitas formas visíveis e invisíveis a olho nu para se constatar com facilidade. E entender a dificuldade dos casos envolvendo este tipo de violência é uma questão crucial para garantir a proteção das mulheres (já que a Lei Maria da Penha se destina ao público feminino) e garantir o bem-estar dos filhos inseridos neste contexto que também podem ser vítimas de alguma violência familiar.

A complexidade desses casos muitas vezes se manifesta na interseção de diversos fatores, como dinâmicas familiares complicadas, outros históricos de violência, questões de saúde mental, uso de substâncias tóxicas e dependência financeira ou emocional.

Diante de demandas com quadros de violência doméstica ou familiar, dada a sua complexidade, é fundamental que os profissionais envolvidos, incluindo juízes, advogados, serventuários, assistentes sociais e psicólogos, estejam devidamente capacitados e sensibilizados para lidar com essas questões de maneira eficaz.

Além da abordagem multidisciplinar e colaborativa é essencial que as decisões não ocorram meramente com base em elementos subjetivos e sem a devida cautela, pois isso pode prejudicar os pais nos casos envolvendo falsas acusações e ainda podem colocar a mulher em risco de mais violência

nos casos em que há violência, mas ainda não se tem uma sentença penal condenatória ou ao menos uma medida protetiva em favor da vítima.

A capacitação contínua dos profissionais que lidam com esses casos também desempenha um papel essencial na efetividade da aplicação da lei. Isso inclui treinamentos sobre questões de violência doméstica, saúde mental, dinâmicas familiares e abordagens sensíveis ao trauma. Ao atualizar constantemente seus conhecimentos e habilidades, os profissionais se tornam melhor preparados para lidar com a complexidade dos casos e oferecer o suporte necessário às famílias envolvidas.

Em última análise, apenas estabelecer a guarda de forma unilateral e restringir o convívio dos filhos com o pai é uma medida extrema e que deve ser feita com muita cautela, pois é inegável a importância desta lei como mais uma forma de combate à violência doméstica, mas não podemos também negar que existem casos de uso indevido da Lei Maria da Penha com único objetivo de “agredir” o ex-cônjuge.

A efetividade na aplicação da lei deve-se pautar sempre no melhor interesse dos filhos que diante de um contexto envolvendo guarda são considerados vulneráveis em relação a pessoa de seus pais e necessitam de uma atenção maior e cuidadosa da legislação, do próprio judiciário e demais colaboradores da justiça.

Existem homens que são péssimos companheiros e excelentes pais, de igual forma, existem mulheres que são excelentes companheiras, mas péssimas mães. Por isso, separar a conjugalidade da parentalidade pode também apontar um caminho para a aplicação eficaz da legislação nos casos em que esta distinção for possível na prática.

Diante da complexidade dos casos envolvendo famílias, olhar para o interesse superior dos filhos exige uma abordagem abrangente, colaborativa, cautelosa e sensível ao contexto, que leve em consideração as necessidades individuais de cada família e que contribuam com decisões judiciais justas e capazes de favorecer um ambiente seguro e saudável para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988.
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 03 de maio de 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 03 de maio de 2024.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em 05 de maio de 2024.

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 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm Acesso em: 03 de maio de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 05 de maio de 2024.

BRASIL. Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023. Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estabelecer o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, bem como para impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolvam o casal ou os filhos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14713.htm Acesso em: 04 de maio de 2024.

A NORMA PROCESSUAL GARANTISTA

Guilherme Dill¹

1 Introdução

A teoria do garantismo e sua aplicação são objeto de estudos aprofundados, não só explorando as pioneiras colocações de Luigi Ferrajoli, mas também questionando e contrapondo suas construções teóricas.

Dessa forma, em breve consulta na doutrina nacional e internacional acerca da temática, verifica-se que o garantismo penal se multiplicou e, por vezes, transformou-se em construções diversas da que o autor originário propôs. Diversos são os trabalhos que buscam se contra argumentar e se criticar, no sentido de desvirtuação da teoria.

Importante observação a ser consignada é de que Luigi Ferrajoli não só alterou a estrutura teórica e de fundamentação nos campos do direito penal e processual penal, mas também propôs uma teoria no âmbito de teoria do Estado e da Democracia

Com essas considerações iniciais, o objetivo geral do presente trabalho é manter razoável profundidade no que atine aos conceitos e significados de garantismo penal, com foco e concentração nos aspectos processuais penais.

Contudo, tem-se como objetivo específico explorar a teoria construída por Ferrajoli, de modo a arquitetar o trabalho sem excessivas alterações, desconstruções e reinterpretação das ideias propostas pelo autor, para que os conceitos básicos sejam fielmente explorados.

1 Mestre em Direito e Sociedade pelo Programa de Pós-graduação da Universidade La Salle – Canoas/RS; Delegado de Polícia no RS. Prof de Direito Penal da Faculdade Dom Alberto em Santa Cruz do Sul/RS. Contato: guilhermeedill@gmail.com. – Lattes Id: <http://lattes.cnpq.br/7499149437325498>. – Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0286-7295> - Nome em citações bibliográficas: DILL, Guilherme.

2 Garantias criminais

2.1 Axiomas garantistas e princípios correlatos

A formulação de princípios penais e processuais penais na forma de axiomas que representam regras e limites ao poder punitivo estatal é uma das características marcantes da doutrina do garantismo penal proposta por Luigi Ferrajoli.

Ainda, como propõe Salo de Carvalho, o modelo garantista tem o intuito de viabilizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos fundamentados no grau máximo de tutela dos direitos e na credibilidade do juízo e da legislação, desde que se mantenha em vista o propósito de limitar o poder punitivo (CARVALHO, 2008, p. 82).

No extremo democrático se situa o sistema no qual o autor denomina Sistema Garantista (SG), que engloba e serve obediência a todos os axiomas propostos e disso se pode verificar que o sistema garantista é uma implicação da união de todas as proposições descriptivas que estruturam o direito penal e processual penal democrático ou de estrita legalidade. Na outra extremidade do cenário, tem-se a apresentação da tipologia do sistema punitivo inquisitório, no qual há a inexistência ou existência mínima de quaisquer das garantias penais e processuais penais elencadas.

No ínterim entre esses extremos, estão sistemas punitivos com ausência de um ou outro axioma, configurando sistemas punitivos próprios e graduais, abaixo explicados em detalhes

Os axiomas ou, nas palavras do autor, princípios axiológicos fundamentais são representados por máximas latinas, sendo: A1 *Nulla poena sine crimen*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine judicio*; A8 *Nullum judicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*. As proposições axiomáticas agora transmutadas na forma de princípios penais e processuais penais formam as regras do jogo fundamental (FERRAJOLI, 2002, p. 75) e houve sua separação em blocos de acordo com a seara principiológica dentro do sistema de persecução penal.

Dessa forma, correlacionando com o sistema criminal, tem-se que os princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade

são relacionados à pena; os princípios da lesividade, materialidade e culpabilidade são relacionados ao delito; e, por fim, os princípios da jurisdicionalidade, acusatório, ônus da prova e contraditório ou defesa, referem-se ao processo.

O sistema, portanto, de acordo com a maior ou menor correspondência com a principiologia garantista caracteriza modelos minimalistas ou maximalistas, quanto à elaboração normativa; acusatórios ou inquisitivos, quanto ao juízo; e garantistas ou pedagógicos, quanto à fundamentação e execução da pena (CARVALHO, 2008, p. 84).

Não se considere, por outro lado, “o garantismo como solução teórica definitiva e flexível o bastante para solucionar certas tensões surgidas da dicotomia práxis x teoria” (CHOUKR, 2002, p. 50).

2.2 Modelos e graduação dos sistemas punitivos

Conforme esboçado alhures, no extremo democrático de sistemas punitivos, o autor denomina Sistema Garantista (SG) aquele que engloba e contempla todos axiomas propostos. Então, o SG unifica as proposições descritivas que estruturam o direito penal e processual penal democrático ou de estrita legalidade.

Em contrapartida, também há a tipologia do Sistema Inquisitório (SI), no qual há a inexistência ou existência parcial das garantias penais e processuais penais elencadas. No intervalo entre os polos, propõem-se sistemas punitivos com ausência de um ou outro axioma, configurando sistemas punitivos próprios e graduais.

1 - Modelos de processo penal autoritário: integrado pelos Sistema S1: sem prova e sem defesa (ausência dos axiomas 10 e 9 e dos princípios do ônus da prova e do contraditório ou da defesa); e Sistema S2: sem acusação separada (ausência do axioma 8 e ausência do princípio acusatório); (FERRAJOLI, 2002, p. 79)

2 - Modelos de direito penal autoritário: integrado pelos Sistema S3: sem culpabilidade (ausência do axioma 6 e ausência da intenção do princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal); Sistema S4: sem ação (ausência do axioma 5 e ausência do princípio da materialidade ou exterioridade da ação); Sistema S5: sem ofensa (ausência do axioma 6 e ausência do princípio da lesividade ou ofensividade do evento); e Sistema S6: sem necessidade (ausência do axioma 3 e do princípio da necessidade ou da economia do direito penal); (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

3- Modelos punitivos irracionais: integrado pelos Sistema S7: sem delito (ausência do axioma 1 e do princípio da retributividade); Sistema S8: sem juízo (ausência do axioma 7 e do princípio da jurisdicionariedade); e Sistema S9: sem lei (ausência do axioma 2 e do princípio da legalidade) (FERRAJOLI, 2002, p. 81).

O sistema S1, também chamado de sistema de mera legalidade, deriva da subtração dos princípios do ônus da prova e do direito de defesa. Nesse sistema punitivo, a acusação e defesa são somente argumentáveis, mas não verificáveis e contestáveis. Tal fenômeno ocorre sobretudo em crimes com tipos penais abertos, de modo que a interpretação não permite falar, nem sequer em sentido aproximativo, de verificação jurídica, consistindo de opções e de juízos de valor. (FERRAJOLI, 2002, p. 79)

O sistema S2, configurador do método inquisitivo, deriva da subtração do princípio acusatório e, por consequência, da imparcialidade do juiz e da separação da acusação. Nesse sistema, a mistura entre órgão acusatório e juiz competente compromete deveras diversas outras garantias, vez que obstaculiza a obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações. Dessa forma, também serão colocados em xeque a publicidade e a oralidade do processo (FERRAJOLI, 2002, p. 79).

O sistema S3, caracterizado como objetivista, resulta da remoção do princípio da culpabilidade, que representa a intencionalidade da prática delitiva, o que marca os sistemas penais primitivos. Ademais, essa responsabilidade penal objetiva, que independe da intenção do agente no seu modo de agir, debilita outras garantias como o ônus de verificação empírica dos nexos de causalidade e da imputação, bem como as garantias em matéria de prova e de defesa (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

O sistema S4, sendo um dos taxados de subjetivistas (junto com o sistema S5), é marcado pela ausência de ação (aqui compreendida como comissão e omissão). Tal pressuposto resulta na criação de figuras penais delitivas focadas na personalidade do desviado e reprimem atitudes e situações subjetivas de imoralidade, perigosidade e hostilidade ao ordenamento, independente de exteriorização delituosa concreta (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

O sistema S5, também subjetivista, resulta da supressão do princípio da lesividade do fato. A consequência dessa formulação se equipara ao resultado proposto no Sistema S4, o que vai de encontro aos princípios liberais do utilitarismo penal e da separação de direito e moral. Merece destaque a anotação de Ferrajoli no sentido de que essa violação também

pode ocorrer pela via judicial, e não apenas a legal, nos casos de abuso jurisprudencial, nas macroinstituições contra a criminalidade organizada, no concurso moral e do delito associativo, consideradas às vezes, na falta de fato específico, com base nos antecedentes dos acusados ou pela colocação ou identidade social e política (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

O sistema S6, caracterizado por vexatório, trata da ausência do princípio da necessidade ou da economia do direito penal. Esse princípio é um critério de política criminal e sua satisfação está condicionada às demais garantias, não lhe sendo condicionantes (FERRAJOLI, 2002, p. 81).

O sistema S7, denominado de mera prevenção, marca-se pela ausência do princípio da retributividade e igualmente é subjetivista, face o foco da punição ser no autor ou no indivíduo e não no objetivo fato praticável. Assim, a punição assume caráter ostensivo de prevenção ao desvio (FERRAJOLI, 2002, p. 81).

O sistema S8, caracterizado por marcar um Estado Policial, correspondido pela ausência do princípio da jurisdiccionariedade, ressalta-se pela existência de leis em branco, as quais permitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo, inclusive o do juízo prévio (FERRAJOLI, 2002, p. 82).

O sistema S9, denominado Justiça Patriarcal, deriva da supressão do princípio da legalidade, que exige prévia lei para cominar crimes. Não há, dessa forma, nenhuma vinculação a critério pré estabelecido, nem de fato ou de direito, mas sim somente à vontade dos príncipes (FERRAJOLI, 2002, p. 82).

O sistema, portanto, de acordo com a maior ou menor correspondência com a principiologia garantista, encerra modelos minimalistas ou maximalistas, quanto à elaboração normativa; acusatórios ou inquisitivos, quanto ao juízo; e garantistas ou pedagógicos, quanto à fundamentação e execução da pena (CARVALHO, 2008, p. 84).

3 Pressupostos do garantismo processual

3.1 Submissão à jurisdição e legalidade

A garantia processual da submissão à jurisdição é pressuposto de todas as outras. No que atine ao processo penal, o Sistema Garantista (SG) evoca como basilares os princípios da presunção de inocência até prova em

contrário, separação entre juiz e acusação, ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa.

Para Ferrajoli, o pressuposto principiológico das garantias processuais penais, a submissão à jurisdição, pode ser bi classificado em sentido estrito e sentido lato, de forma que aquele corresponde à exigência do conjunto das garantias penais ou substancialis e este, por sua vez, é a exigência das garantias processuais ou instrumentais.

Portanto, pode-se dizer que o pressuposto de submissão à jurisdição como antecessor lógico das demais garantias processuais corresponde para o processo penal o mesmo que o princípio da legalidade corresponde para o direito penal

Ferrajoli destaca que enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo. A dicotomia já explicada corresponde à diferença entre cognitivismo e decisionismo: “submissão à jurisdição estrita” tem significado mais restrito que “processo acusatório”, enquanto “submissão à jurisdição lata” tem significado mais extenso que “processo inquisitório”.

3.2 Garantismo, substancialismo e atuação judicial

Para Ferrajoli, o modelo de processo penal garantista ou de estrita submissão à jurisdição também pode ser chamado de ‘cognitivo’ e o substancialista ou de mera submissão à jurisdição de ‘decisionista’ (FERRAJOLI, 2002, p. 434). Ambos os modelos partem de premissas diversas acerca do que é delito e acerca de quem é o réu e, por isso, suas formas de entender a formalização da prova e o modo procedural de julgamento promovem ideias distintas.

Em miúdos, para o substancialismo, o modelo decisionista de processo penal é voltado à busca da verdade ética ou política que vai além da prova, visto que ‘é réu quem é inimigo do povo’ e ‘é delito qualquer ato hostil ao Estado’. Tal modelo encontra coerência e respaldo dentro de um sistema que se denomina de direito penal máximo, cuja conceituação se delineará abaixo.

Por outro lado, para o modelo cognitivo de processo penal, na qual há valoração, verificação e falsificação empírica das hipóteses acusatórias, há um critério convencionalista orientado pela taxatividade penal na formulação dos tipos penais. Nesses termos, trata-se de um modelo que

encontra justificação e corresponde ao direito penal mínimo.

De outra banda, no processo de tipo decisionista, o princípio de legitimidade é constituído primordialmente por juízos de valor. Por essa razão que o decisionismo é próprio do método inquisitório, onde o órgão judicante busca a verdade substancial, sobretudo com critérios discricionários; a atividade instrutória pode ser secreta, com foco na decisão e esquecendo a controlabilidade; o papel da defesa é irrelevante ou entendido como um obstáculo; e o objeto do processo é a personalidade criminosa do réu. (FERRAJOLI, 2002, p. 435).

Dessa forma, para Ferrajoli, a atividade jurisdicional possui como *legitimidade interna* a condição normativa pela existência e pelo valor de suas motivações, ou seja, pelas asserções que não dependem juridicamente de qualquer ato (lei, negócio privado ou provimento administrativo). Isso pois as asserções e seus valores são a verdade e as sentenças são os únicos atos normativos cuja validade se funda na verdade.

Ainda tratando da legitimidade do provimento jurisdicional, a vinculação à legitimidade externa do Poder Judiciário diz respeito à forma legal e racional, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e cognitivo da qualificação jurídica, não se admitindo legitimidade representativa ou consensual, própria dos outros poderes públicos. Em outras palavras, não é lícito prender alguém com fundamento no interesse da maioria ou satisfação da parcela majoritária da sociedade.

4 Garantias processuais penais

4.1 A liberdade como obrigação cautelar

A opção garantista a favor da tutela de imunidade dos inocentes, para Ferrajoli, é representada pelo princípio da presunção de inocência, mesmo que custe o preço da impunidade de algum culpado. Esse princípio, em linhas gerais, postula que o cidadão é inocente até que haja prova contrária decretada por sentença definitiva de condenação. Citando Luigi Lucchini, Ferrajoli bem lembra que esse princípio encerra com o fim racional consignado ao processo (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Em outra abordagem dessa principiologia, Ferrajoli bem explica que os direitos dos cidadãos também são ameaçados por penas arbitrárias, não somente por delitos. Diante disso, a presunção de inocência é também uma garantia de segurança ou de defesa social, expressada pela confiança

dos cidadãos na justiça e na defesa destes contra o arbítrio punitivo.

A presunção de inocência é também um postulado político da experiência moderna e do pensamento iluminista, fruto de um período no qual se criticou o instituto da custódia cautelar e se defendeu que a regra deveria ser responder ao processo em liberdade. (GIAMBERDINO, 2008, p. 59).

As facetas da não culpabilidade ou presunção de inocência, em suma explicação, são relacionadas às regras de tratamento do processado, a qual reduz ao máximo possível a limitação de liberdade pessoal, e às regras de juízo, que, por sua vez, confere o ônus probatório à acusação, bem como a absolvição em caso de dúvida.

Concretamente, esse princípio põe em questionamento o instituto processual da prisão preventiva, visando a sua redução máxima ou até extinção. Tratada como uma medida cautelar de restrição da liberdade pessoal enquanto se tramita a persecução penal, essa medida jurídica ganhou relevo nos processos inquisitórios, sobretudo quando o objetivo é obter a confissão do acusado. Sua estigmatização foi ressaltada na fase iluminista, quando se reafirmou o postulado do processo acusatório.

Enfrentando diretamente os pressupostos mormente utilizados para decretação da prisão preventiva, quais sejam, perigo presumido do imputado, risco de deterioração das provas e perigo de fuga do acusado, Ferrajoli constrói argumentação desestruturativa dessas necessidades da medida cautelar, para, ao final, propor a substituição do ato por uma mera condução coercitiva do imputado à presença do juiz para interrogação em audiência preliminar ou incidente probatório, realizando as primeiras averiguações sobre suas justificativas. Após o ato, a imediata liberdade do imputado é a justa medida.

4.2 Acusatório e inquisitório

Processos de tipo acusatório e de tipo inquisitório são, antes de mais nada, modelos opostos de organização judiciária e, por isso, exigem figuras distintas de juízes; além disso, denotam métodos contrapostos de investigação processual. As figuras históricas desses tipos processuais, como lembra Ferrajoli, na experiência prática, nunca apareceram em estado puro, mas sempre misturados a outros não logicamente ou axiologicamente necessários.

Ainda, Geraldo Prado, referência nacional no tema, faz a

diferenciação entre sistema acusatório e princípio acusatório, referindo que o sistema acusatório “compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: *acusatório*”. (PRADO, 2005, p. 172).

Conforme o autor, as características do princípio acusatório podem ser definidas através de critério negativo ou por exclusão, elencando o que não integra o princípio. Para essa construção, então, é necessária a oposição das características do sistema acusatório com o sistema inquisitivo, visto que são contrapostas as atribuições dos atores do sistema de justiça nesses tipos processuais.

Quanto ao processo inquisitório, conforme o autor, há destaque para o fato de que “a função predominante do processo inquisitório consiste na realização do direito penal material. O poder de punir do Estado (ou de quem exerce o poder concretamente) é o dado central, o objetivo primordial.” (PRADO, 2005, p. 173).

Ademais, na estrutura acusatória, a existência “de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação” (PRADO, 2005, p. 173).

Outro apontamento necessário dentro do processo acusatório é a ausência discricionariedade da ação penal para o acusador público em seu ofício, ou seja, o modelo teórico acusatório, para Ferrajoli, necessariamente comporta o princípio oposto da obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal por parte dos acusadores públicos.

O aspecto da obrigatoriedade da ação penal é uma das características estruturais do Sistema Garantista, do qual outras consequências se extraem: primeiro, a legalidade; segundo, da indisponibilidade de poder absolutório por órgãos de acusação; e, terceiro, da igualdade penal. Em suma, o primeiro impõe à função judiciária a sujeição à lei e exclui impulsos arbitrários e potestativos; o segundo previne o valor dirimente da confissão e impede transações, aceitações ou renúncias entre as partes; e, por fim, o terceiro impede disparidade de tratamentos dos crimes propiciada por opções potestativas sobre a oportunidade do processo (FERRAJOLI, 2002, p. 457).

Os órgãos de acusação, dentro dessa linha de raciocínio construída por Ferrajoli, devem se situar fora do poder judiciário, legislativo e executivo, ou seja, em razão da obrigatoriedade da ação penal, bem como da sua sujeição somente à lei, há total autonomia do poder inquiridor

em relação a qualquer poder ou condicionamento, corroborada por uma polícia especializada e blindada pelas ingerências de qualquer poder.

4.3 Ônus acusatório probandi

A adoção do sistema processual acusatório, como dito, também impõe que a gestão da prova seja de forma incumbida ao órgão que acusa. Então, “há um ponto central de diferenciação que é o da gestão da prova, implicando ora um papel centralizado no Estado para a construção do acervo probatório, ora um papel diluído entre as partes” (CHOUKR, 2014, p. 145).

As funções do direito penal, conforme aponta Ferrajoli, são a punição de culpados e a proteção de inocentes. Para tanto, mas sobretudo em relação a segunda função apontada, constroem-se as garantias processuais. A partir dessa premissa, verificamos que os processos inquisitórios e acusatórios se distinguem em realidades contrastantes: enquanto o inquisitório dedica seu esforço primordialmente na punição do culpado, o acusatório alimenta seu esforço com foco de proteger os inocentes.

Anota-se, então, que antes de se analisar o aspecto legal e processual, o ordenamento jurídico construído tem confiança nos agentes que exercem o poder. Ou seja, deposita-se confiança popular extremada de que o processo será iniciado somente contra criminosos culpados quando se confia que os agentes estatais não extrapolarão desse exercício, culpabilizando inocentes, por exemplo. De outra banda, o processo acusatório parte de premissa diversa, na qual o poder deve ser controlado e os agentes que desempenham a função estatal punitiva não devem receber tamanha liberdade na decisão processual afeta ao sistema criminal.

Ferrajoli ensina que o processo de verificação no método acusatório é baseado na prova e refutação, cuja materialização se dá pela divisão de papéis dos sujeitos processuais e, por conseguinte, assegurada pelas garantias processuais da contestação da acusação; do ônus da prova ao acusador; e do direito de defesa do imputado.

Nessa esteira, a verdade procurada pelo processo acusatório é relativa ou formal e adquirida pela pesquisa empírica, ou seja, através do procedimento prova e erro. Ademais, a exposição integral das hipóteses acusatórias para que a defesa consiga desempenhar a tentativa de falsificação é a principal garantia da consecução da verdade.

Em razão dessa arquitetura judicial, ao acusador são vedadas

funções judicantes e ao juiz devem ser vedadas funções postulantes. Outrossim, o processo acusatório desenha outra relação entre meio e fim do processo, de modo que há o primado dos meios enquanto garantias de uma verdade mínima. É livre, nesse tipo processual, a valoração da prova, mas é vinculado o seu método de aquisição, diversamente do inquisitório, que se vincula a valoração das provas e é livre o método de formação.

4.4 Direito de defesa

No processo penal, a marca característica da defesa está precisamente na participação no procedimento. Essa participação visa à tutela de um interesse rigorosamente oposto do consignado à acusação, “sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações” (PRADO, 2001, p. 128).

Expressado no Sistema Garantista pelo axioma 10, trata-se, para Ferrajoli, da principal condição epistemológica da prova: o ato de tentar falsear ou falsificar a acusação experimentada pelo poder da parte, de modo que nenhuma prova seja adequada sem negação e contraprovas.

Desse modo, o processo acusatório é dialético e sua concepção como disputa ou controvérsia exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática da refutação da pretensão punitiva e sua exposição ao controle do acusado.

É necessário, para tanto, a perfeita igualdade entre as partes, de modo que a defesa seja dotada das mesmas ferramentas e capacidades que os poderes acusatórios; e que o papel contraditor seja admissível em qualquer instância do procedimento e em qualquer ato probatório singular praticado, desde as averiguações judiciais, perícias, reconhecimentos até os testemunhos e acareações.

A igualdade entre as partes opostas, acusação e defesa, ou também chamada de paridade de armas se externa pela condição *sine qua non* de que o acusado seja assistido por um defensor que possa competir com o órgão acusatório. A necessidade dessa defesa técnica é imprescindível, vez que a legislação é complexa, obscura e complicada, cujas nulidades ou ausência de cumprimento das formalidades deve ser checada por técnicos especializados no âmbito jurídico.

Portanto, Ferrajoli relembrou que é resultado da intervenção iluminista a exigência de participação de ambos em todas atividades

probatórias.

A ideia de defesa se contrapõe à acusação e disso se extraem circunstâncias que ampliam a visão do processo acusatório. Para Geraldo Prado, a natureza verdadeiramente acusatória demanda uma alternativa de solução de conflito diversa da proposta pela acusação, ou seja, no exercício do direito de defesa. Então, acusação e defesa surgem como propostas excludentes de sentença (PRADO, 2001, p. 128).

Por fim, então, o princípio acusatório exige que a defesa do acusado ou imputado esteja em condições concretas de participar do contraditório processual, de modo que atos cautelares eventualmente praticados sem a oportunidade de manifestação defensiva concomitante dependerão do exercício posterior para que mantenham a validade jurídica (PRADO, 2001, p. 128).

5 Considerações finais

Aproximando-se e utilizando de suporte os ideais iluministas, corroborado pelo princípio da secularização, Ferrajoli inovou juridicamente no âmbito penal e processual penal ao invocar argumentações filosóficas para dar razão e sustentação à existência do direito penal e da forma procedural em que este se materializa.

Além disso, conferiu nova roupagem ao princípio da legalidade, trazendo-o à condição de inviolabilidade em relação aos demais princípios. Diferentemente do que se propõe no neoconstitucionalismo, cujas ideias principais tratam da divisão de regras e princípios e que estes admitem violação proporcional quando em conflito, o garantismo é caracterizado pela impossibilidade dessa violação como proteção aos indivíduos submetidos ao poder penal do Estado.

Desse modo, a teoria garantista tem um marcante traço que é a exigência de reforço do positivismo jurídico, em razão disso quanto ao aspecto constitucional também é chamada de teoria juspositivista, e, ao mesmo tempo, a constante crítica ao direito positivo, no que atine aos parâmetros de legitimação externa e interna.

Com essas breves considerações conclusivas e relembrando o objetivo principal do trabalho de não reinterpretar ou desconstruir a teoria do garantismo penal, verifica-se que esta trouxe, como já dito, argumentos filosóficos justificadores da manutenção do direito penal, bem como da existência do cárcere, porém de forma reduzida no âmbito legislativo,

executivo e judicial.

Referências

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3^a ed., rev. e at. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais**. Revista Brasileira De Ciências Criminais, v.104, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradutores do livro Diritto e ragione: teoria dei garantismo penale, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000: ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR, LUIZ FLÁVIO GOMES.

FERRAJOLI, Luigi. “**El derecho como Sistema de Garantías**” in Jueces para la Democracia. Barcelona, 1992, pp 89-108.

GIAMBERDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Orientador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. 2008. 201. Dissertação (Mestrado) – PPG em Direito, UFPR. Curitiba, 2008

LARRAURI, Elena. **Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo**. Ius et Praxis, vol. 4, núm. 2, 1998, Universidad de Talca. Talca, Chile.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Capítulo 18

VOZES EM CONFINAMENTO: O IMPACTO DA REGULAMENTAÇÃO DIGITAL SOBRE O DISCURSO PÚBLICO

Eduardo Passarella¹

Pedro Passini²

1 Introdução

O propósito deste capítulo consiste em uma análise meticulosa dos elementos jurídicos subjacentes à Revolução Tecnológica, especialmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito. Além disso, aborda-se a questão delicada da necessidade de regulamentação das plataformas digitais, bem como a responsabilidade e penalização associadas a essas entidades. Este estudo se propõe a explorar as complexidades legais que surgem da interseção entre o avanço tecnológico e os princípios fundamentais da ordem jurídica, visando contribuir para um entendimento mais aprofundado e uma abordagem mais sólida das questões jurídicas emergentes neste cenário contemporâneo.

A ascensão da Revolução Digital e a proliferação das mídias sociais têm desencadeado uma transformação profunda na maneira como os indivíduos interagem, compartilham informações e participam da esfera pública. Este fenômeno, marcado pela convergência de tecnologias digitais e pela disseminação global da internet, trouxe consigo benefícios

1 Advogado, Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)/Brasília, Pesquisador e bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) em Filosofia, Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) tendo como linha de pesquisa: Metafísica e Ontologia Geral sob a orientação de Prof. Dr. Pedro Calixto - Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)/Juiz de Fora, Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior/Juiz de Fora. E-mail: eduardopassarella1@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade Metodista Granbery, Especialista em Ciências Penais e Segurança Pública, Especialista em Atividade Policial, ambos pelo Instituto de Ensino Rogério Greco, Mestrando em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa (UFP). Estagiário de Pós-Graduação (Residente Jurídico) no Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG). E-mail: pedropassini96@gmail.com.

substanciais, permitindo um acesso sem precedentes à informação e uma conectividade instantânea em escala global. No entanto, junto com esses avanços, surgiram desafios significativos, especialmente no que diz respeito à disseminação de desinformação, *fake news*, propagação de discursos de ódio, violações de privacidade e manipulação de dados.

Diante dessas questões emblemáticas, emerge a necessidade premente de uma regulação eficaz das mídias sociais e da esfera digital em geral, visando preservar os valores fundamentais da Democracia, proteger os direitos individuais adquiridos e os novos direitos que estão surgindo com o advento da Revolução Digital e mitigar os danos decorrentes do uso inadequado dessas plataformas virtuais ao Estado Democrático de Direito. Neste contexto, explorar as complexidades dessa interação entre a Revolução Digital, as mídias sociais e a necessidade de sua regulação torna-se uma empreitada essencial para o entendimento e aprimoramento do panorama sociotecnológico contemporâneo e do ordenamento jurídico brasileiro.

2 Desenvolvimento

2.1 Revolução Digital e a nova economia

Nós vivemos sob a égide terceira revolução industrial que ocorre a partir da segunda metade século XX e se caracteriza pela substituição da tecnologia analógica pela tecnologia digital, segundo o historiador israelense Yuval Noah Harari em sua obra *Sapiens: uma breve história da humanidade*³. Outrossim, é denominada por este fato outrora de revolução digital. A revolução digital se caracteriza universalização dos computadores pessoais, pela massificação de telefones celulares e pela internet conectando bilhões de pessoas em todo o mundo. E esta revolução digital ou tecnológica modificou de maneira profunda como todos nós vivemos, desde reservas até como ouvimos música. Nós todos desenvolvemos nos últimos tempos um novo vocabulário, uma nova semântica e uma nova gramática com palavras que identificam utilizadas que até recentemente nós não conhecíamos e sem as quais não conseguiríamos viver, a saber: Google, Facebook, Instagram, TikTok, YouTube, WhatsApp, Telegram (atualmente renomeado para somente a letra “X”, Twitter, Waze, Spotify, Netflix, Uber, FaceTime entre tantos e tantos outros não inúmeros aqui e

3 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Trad. Janaína Marcoantonio. 18^a ed. – Porto Alegre: L&PM, 2016.

dos que ainda irão surgir, com certeza.

Portanto, nós vivemos este *Admirável Mundo Novo*⁴ da tecnologia da informação, da biotecnologia, da nanotecnologia, da impressão em 3D, da computação quântica, dos carros autônomos, da internet das coisas e algoritmos. Esta última palavra, destacamos, que a pouco tempo era conhecida por nós. Logo, pouco a pouco vai se tornando um conceito mais importante do nosso tempo.

E consequentemente, se constitui como uma verdadeira transformação profunda que ocorreu nesta nova economia que a principal riqueza já não é mais física. A riqueza, nos tempos atuais em que vivemos, é a informação, o conhecimento e a propriedade intelectual. Antes da referida revolução supramencionada, as empresas mais valiosas do mundo eram as que exploravam petróleo, a destaca-las: Esio e Shell; as que fabricavam automóveis, General Motors e Ford; ou as empresas que produziam os grandes equipamentos como a General Eletric. Atualmente, nenhuma dessas empresas mencionadas figura mais entre as mais valiosas do mundo. Outrossim, as empresas mais valiosas do mundo da atualidade tecnológica são: Apple, Amazon, Facebook, Google e Microsoft.

Deste modo, estamos vivendo em uma época em que o Direito percorre regular novos modelos de negócios, a título de exemplo: comércio eletrônico de compra e venda; plataforma de vídeo como o YouTube. O streaming filmes, novidade em nossas vidas recentes, como a Netflix, Amazon Prime, Star+, HBO Max; streaming de músicas como Spotify e Deezer; serviços de pagamentos, como o PayPal; compartilhamentos de bens e serviços como o Uber e Airbnb. E por fim, as redes sociais de

⁴ Referência a obra de Aldous Leonard Huxley (1894 d. C. – 1963 d. C.), intitulada de *Admirável mundo novo*. Uma obra clássica do século XX, o romance distópico de Huxley emerge como uma leitura imprescindível para os que almejam imergir em reflexões sobre autoritarismo, engenharia genética, ficção especulativa e outros temas que, embora tenham emergido com vigor na primeira metade do referido século, mantêm-se assaz pertinentes na contemporaneidade.

Na tessitura narrativa, uma sociedade meticulosamente organizada segundo os preceitos científicos, Bernard Marx, figura psicológica central, é acometido por um sentimento de desajuste ao confrontar-se com os membros de sua própria casta. Ao deparar-se com uma “reserva histórica”, guardiã de práticas remanescentes de uma civilização pretérita - notavelmente similar àquela do leitor - Bernard é instado a perceber as disparidades entre tal sociedade e a sua própria, desencadeando, a partir de uma inquietação interna, um desafio ao status quo. O enredo de Bernard desenrola-se em um contexto onde a literatura, a música e o cinema são meros instrumentos de consolidação da alienação, num universo que enaltece o progresso técnico, a produção em série e a uniformidade em detrimento da diversidade. Numerosas das visões proféticas delineadas por Huxley se concretizaram anos após a sua escrita, como a tecnologia reprodutiva, os supostos métodos de aprendizado durante o sono e a manipulação por meio do condicionamento psicológico.

interação como Facebook e Instagram. Tudo isto é novidade nas nossas vidas.

Destarte, isto é o “mundo” que a tecnologia digital produziu com inúmeras vantagens e tornando a vida mais fácil, prática, ligeira e melhor. Obviamente, as novas tecnologias trazem consigo concomitantemente inumeráveis problemas para a atualidade.

2.2 Mídias sociais e a necessidade de sua regulação

Trazemos à baila, o impacto da internet sobre a comunicação social e a comunicação interpessoal. Ademais, está colisão se equivale como revolucionário em nossas vidas. A internet revolucionou este mundo da comunicação justamente por ter ampliado exponencialmente o acesso ao conhecimento, o acesso a informação e ao acesso ao espaço público. Atualmente, qualquer pessoa tem acesso livre ao espaço público para veicular fatos, informações e suas próprias opiniões. Fato este que se mostra verdadeiramente extraordinário, e na verdade, mudou o curso da história – democratizando a vida. Esta é a face positiva das novas tecnologias.

Outrora, a face negativa da revolução tecnológica, no entanto, que este acesso ao espaço público igualmente abriu espaço para a desinformação, os discursos de ódio, teorias conspiratórias e para a difusão de mentiras (*fake news*) deliberadamente. Nós vivemos uma das grandes consequências da internet e da revolução digital foi o surgimento das plataformas digitais e, entre elas, as redes sociais. Ademais, as redes sociais modificaram de uma maneira muito significativa e impactante a escala da comunicação social, que foi de centenas de milhares lidas em meios tradicionais para alguns milhões no hiperespaço da internet e, evidentemente, isto impacta a comunicação social e abala gravemente o modelo de negócio do jornalismo tradicional, vez que, boa parte da publicidade migrou do jornalismo tradicional para as plataformas digitais. E não por outra razão, há a discussão sobre a possibilidade de acerto de contas via arbitragem entre as redes sociais e as empresas jornalísticas, porque, na verdade, as mídias sociais elas divulgam, mas não produzem seus conteúdos. A discussão atual se encontra justamente neste ponto de acertos a serem pagos entre as plataformas tecnológicas e estas referidas empresas.

2.3 O avanço da inteligência artificial e o seu imperativo legislativo

Com o passar dos anos, das décadas, dos momentos, a evolução tecnológica permanece crescente, e cá estamos, na quarta revolução industrial, e também, na 4^a geração de direitos fundamentais: direitos relacionados à tecnologia e a informação.

Segundo Lacerda (2022), a expressão “inteligência artificial”, surgiu na década de 50, mais precisamente, no ano de 1955, no Dartmouth College, em Hanover, nos Estados Unidos, e foi proposta através de uma comissão de estudos a qual analisaria quais os benefícios esta inteligência poderia trazer para a humanidade. A tecnologia que antes era considerada como imaginável, hoje, está se mostrando cada vez mais real e concreta. Antigamente, quando se falavam nos “robôs”, já víamos a evolução das máquinas como algo extraordinário. Mal poderíamos pensar que nos dias de hoje, teríamos uma tecnologia que tão avançada, com algoritmos evoluídos, e que realizaria parte do trabalho humano com tão pouco esforço do homem para a sua utilização.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), nossa Constituição Cidadã, que sempre acompanha os avanços tecnológicos, trouxe no ano de 2021, a proteção dos dados pessoais como direito fundamental, em face da necessidade de proteção dos bens digitais.

Segundo a inteligência do artigo 5º, LXXIX: “É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. (BRASIL, 1988)

Hoffmann-Riem (2020, p. 102), traz uma boa conceituação do que seriam os dados pessoais: “são considerados dados pessoais àqueles que se relacionam a uma pessoa natural identificada ou identificável”. Ou seja, o anonimato não se enquadraria nessa proteção, uma vez que a pessoa não está identificada, e nesse caso, não há como tutelar o desconhecido.

A definição precisa dos dados pessoais, tais como delineadas acima, sublinha a importância da identificabilidade na proteção jurídica. Esse entendimento é crucial, num momento em que as fronteiras entre o público e o privado se tornam cada vez mais permeáveis tendo em vista à vasta coleta de dados feita pelas plataformas digitais. À luz da revolução digital, surge o desafio de adaptar os princípios tradicionais de proteção de dados em um ambiente onde o anonimato é cada vez mais escasso e onde os dados se tornam moedas de troca. Neste cenário, a regulamentação das redes e mídias sociais não é apenas imperativa, mas deve ser meticulosamente

concebida pra eu se possa sopesas a liberdade individual, com o interesse público. A sociedade brasileira, reconhecendo a natureza da informação digital, está diante o desafio de “transplantar” os conceitos tradicionais de proteção para as peculiaridades do mundo virtual. Este desafio se desdobra em duas frentes: a necessidade de limitar o poder expansivo das grandes corporações digitais, que possuem controle sobre vastos conjuntos de dados pessoais, e a criação de novos direitos fundamentais que abordem as especificidades da era digital.

Culmina-se ao tema primeiro principal que propõe este trabalho que é a regulação das mídias sociais. Para tal empreitada jurídica, nos embasamos no Direito Constitucional, que se assenta sobre dois grandes pilares: a limitação do poder, vide separação dos poderes, e a proteção dos direitos e garantias fundamentais, translucidados no art. 2º e art. 5º da CRFB/88. Ademais, a sociedade brasileira está tendo que transplantar esses conceitos tradicionais para a revolução digital, para a internet e para o mundo virtual. Sendo a primeira característica, mostra-se que a limitação do poder no Direito Constitucional tradicional equivale-se a limitação do poder estatal. E agora nós estamos lidando com a necessidade de limitar um imenso poder e, frisa-se, um poder privado que se criou através das mídias sociais, devido ao fato, delas terem criado um espaço público imenso e de dimensão global, que no entanto é gerido privadamente. E em segundo lugar, surgiram inúmeros novos direitos fundamentais da era digital, a destacá-los: i) a proteção de dados pessoais; ii) a inclusão digital e, por fim, iii) a liberdade cognitiva, o avanço da neurociência já permite as plataformas que elas identifiquem não apenas o que queremos, isto elas já fazem e nos direcionam a publicidade em função do algoritmo. As plataformas digitais prontamente conseguem mudar o que nós desejamos. Portanto, começa a haver um controle sobre o modo como funciona o cérebro das pessoas. Por consequente, se contata um novo direito em discussão que é a liberdade cognitiva.

Desde modo, o regramento das mídias sociais precisa lidar com todos esses fenômenos atuais. Já não há mais como discutir a necessidade da regulação, a questão que surge se encontra justamente no como e no quanto poderes irão regular?

A regulamentação precisa ter seu imperativo legislativo, isto é um tema perene e afirmativo, para gerar por meio desta ação regulativa para uma maior segurança jurídica do ponto de vista nacional e internacional. Do ponto de vista econômico, para se fazer uma tributação justa, para se proteger direitos autorais, para impedir a dominação de mercados.

Em segundo lugar, é preciso regular para se proteger a privacidade, essas plataformas possuem todos os nossos dados. De modo que, é importante regular para que essas informações pessoais de cada usuário seja usada indevidamente. E por fim, é indispensável regular no intuito de disciplinar os chamados Comportamento Inautêntico Coordenado (CIB) e os conteúdos ilícitos na era digital, tema este muito bem retratado na obra *Liberdade de expressão e Democracia na era digital*⁵ de Luna Van Brussel Barroso. O Comportamento Coordenado Inautêntico é aquele de amplificação artificial da mentira e da desinformação pela utilização de *bots*⁶, *trolls*⁷, ou de computadores e perfis falsos ou de provocadores contratados que segundo Giuliano Da Empoli em sua obra *Os engenheiros do caos*. Revela-se, assim, concretamente a maior problemática da internet na atualidade: a regulamentação das plataformas digitais *versus* a liberdade de expressão nas Democracias na era digital.

A liberdade de expressão nas democracias contemporâneas, sob o influxo da era digital, emerge como um tema de inegável relevância e complexidade. No contexto cibernetico, onde as fronteiras entre o público e o privado muitas vezes se dissolvem, a capacidade dos indivíduos de expressarem livremente suas opiniões e ideias encontrase tanto potencializada quanto desafiada. Outrora, a proliferação de plataformas online proporciona um espaço aparentemente ilimitado para o exercício da liberdade de expressão, permitindo que vozes anteriormente marginalizadas encontrem eco e que debates públicos ganhem amplitude. Por outro lado, o surgimento de fenômenos como a desinformação, o discurso de ódio e a censura algorítmica suscita sérias preocupações quanto aos limites e à qualidade do exercício dessa liberdade constitucional. Nesse contexto, torna-se imperativo um constante diálogo entre os princípios democráticos fundamentais e os desafios impostos pelo ambiente digital, visando assegurar não apenas a liberdade de expressão, mas também a sua efetivação como pilar essencial da Democracia.

Portanto, é preciso ter um controle de proteção sobre a amplificação artificial de uma mentira, de uma desinformação e de uma *fake news*. E isto é possível de ser feito sem controle de conteúdo que colidiria, o que

5 BARROSO, Luna Van Brussel. *Liberdade de expressão e Democracia na era digital: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo*. 1^a ed. – Minas Gerais: Fórum, 2022.

6 São programas de inteligência artificial que tentam imitar o comportamento de um ser humano.

7 Cf. DA EMPOLI, Giuliano. *Os engenheiros do caos*. Trad. Arnaldo Bloch. 1^a ed. – São Paulo: Vestígio, 2020, p. 13: “Na linguagem da internet, designa usuários que disseminam a discordia, a fúria e o caos nas redes sociais, aleatoriamente ou com estratégias definidas. [N.T.]”.

não queremos jamais, em censura. Bastando verificar o comportamento atípico efetuado na rede de crescimento de uma determinada manifestação. Outrora, os conteúdos ilícitos – pedofilia, terrorismo, venda de armas, venda de drogas, incentivo ao ataque as instituições. O mundo se radicalizou de tal forma que as pessoas não conseguem compartilhar um senso comum, sob este tema de radicalizações e falta de consensos Lenio Streck em sua obra *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*⁸, corrobora para o vislumbre está complexa relação entre verdade e consensos em uma sociedade para além da mera análise interpretativa, esta obra adentra o intrincado dilema da aplicação prática do Direito, desvelando as grandes problemáticas contemporâneas que permeiam as decisões jurídicas. Explora-se, assim, os desafios e as vicissitudes inerentes à construção de um direito fundamental do cidadão: o acesso a respostas congruentes e alinhadas com os preceitos da Constituição Federal. Não se restringe apenas a uma incursão em terrenos ainda pouco desbravados pela Filosofia do Direito; o objetivo principal reside em delinear as coordenadas que norteiam o pensamento crítico diante das questões aparentemente simples, porém essenciais, que orbitam em torno do ordenamento jurídico pátrio. O universo vasto da interpretação e aplicação no âmbito jurídico encontra-se intrinsicamente vinculado aos desdobramentos desse diálogo e confronto. Longe de apresentar certezas irrefutáveis, o propósito é operar com a filosofia como uma lanterna para iluminar nossas incertezas, conduzindo-nos habilmente pelos caminhos mais propícios.

Dessarte, tal empreitada jurídica-tecnológica não se monstra como uma tarefa complexa, a de produzir consensos sobre o que é óbvio. Mas como regular? Há dois modelos puros no mundo: regulamentação estatal ou autoregulação pela plataformas digitais. Surge-se um modelo que busca o equilíbrio entre os modelos referidos, o modelo de regulação autorregulada, modelo já adotado pela União Europeia e está presente no Projeto de Lei 2.630/2020⁹, que se constitui de um arcabouço geral principiológico estatal e tem-se o dever das plataformas terem termos de uso especificando quais são conteúdos que a mesma não irá aceitar e, idealmente, no sistema de autoregulagem as próprias plataformas implementam está respectiva legislação. Concretizado estes primeiros passos para a regulamentação

8 STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

9 Brasília. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar PLC nº 2.630/2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&ts=1697571574911&disposition=inline>. Acesso em: 26 mar. 2021. Texto Original.

das redes sociais, passa-se para um segundo momento que se apresenta, a presença de um órgão externo, independente e não governamental que faça este monitoramento da rede, as recomendações e eventuais sanções devidas. Um órgão que tenha representante do Governo, representante das plataformas, da sociedade civil e da academia. Contudo, minoritariamente governamental, tendo em vista o conteúdo de liberdade de expressão como princípio basilar de um Estado Democrático de Direito e de nossa Carta Maior de 1988 como bússola norteadora. A analogia feita por nós entre bússola e a Carta Magna brasileira ressalta a importância deste documento como guia fundamental para a organização e a orientação da sociedade brasileira, fornecendo direção e estabilidade em meio às mudanças e desafios em uma sociedade em constante evolução.

3 Considerações finais

O estudo proposto, *Vozes em Confinamento: O Impacto da Regulação Digital Sobre o Discurso Público*, buscou oferecer uma análise perspicaz e abrangente dos desafios jurídicos impostos pela Revolução Digital, enfatizando a necessidade imperativa de uma regulação que harmonize a liberdade de expressão com a integridade do espaço público digital. Conforme explorado nos capítulos anteriores, a transição para uma sociedade digitalmente interconectada trouxe consigo uma série de benefícios e perigos, os quais demandam uma resposta jurídica equilibrada e fundamentada nos princípios democráticos brasileiros.

A análise revela que a regulação das plataformas digitais e da inteligência artificial não é apenas uma necessidade, mas um imperativo para assegurar a proteção dos direitos fundamentais na era digital, incluindo a privacidade, a liberdade de expressão e o acesso à informação. No entanto, é crucial que essa regulação seja concebida e implementada de forma que não somente responda às ameaças imediatas, mas também se adapte às evoluções tecnológicas futuras, garantindo que os direitos digitais sejam preservados e que o espaço cibرنético continue sendo um vetor para a democracia e exercício da cidadania.

Este trabalho argumenta que a estratégia mais promissora para alcançar esse equilíbrio envolve uma combinação de regulamentação estatal e auto regulação pelas plataformas, complementada pela criação de organismos independentes responsáveis por monitorar e, quando necessário, intervir nas práticas das plataformas digitais. Tal abordagem não apenas assegura que as regulamentações permaneçam relevantes e

eficazes diante do rápido avanço tecnológico, mas também promove um diálogo contínuo entre as partes interessadas, incluindo governos, empresas, sociedade civil e academia.

Além disso, este estudo sublinha a importância de investir na educação digital e na conscientização pública como pilares fundamentais para combater a desinformação e fortalecer a resiliência da sociedade contra as ameaças ao discurso público democrático. A alfabetização digital, entendida aqui como a capacidade de compreender, utilizar e questionar criticamente as tecnologias digitais, emerge como uma ferramenta vital para empoderar os indivíduos a navegarem com segurança e eficácia no ambiente digital, promovendo um discurso público saudável e informado.

Em suma, *Vozes em Confinamento: O Impacto da Regulação Digital Sobre o Discurso Público*, contribui significativamente para o debate sobre a regulação digital, oferecendo insights valiosos para formuladores de políticas, acadêmicos e o público em geral. Ao fazê-lo, este trabalho não apenas ilumina o caminho a ser seguido para a consecução de um espaço digital mais seguro e democrático, mas também reafirma a necessidade de uma vigilância constante e de uma adaptação ágil às novas realidades tecnológicas, assegurando que os valores democráticos sejam preservados no século XXI.

Futuras pesquisas deverão continuar a explorar os impactos da regulação digital, especialmente à luz de inovações emergentes e do surgimento de novas formas de interação social mediada por tecnologia. Será fundamental avaliar a eficácia das medidas regulatórias adotadas e adaptá-las conforme necessário, garantindo que a liberdade e a integridade do discurso público sejam mantidas em um cenário digital em constante evolução.

Referências

BARROSO, Luna Van Brussel. **Liberdade de expressão e Democracia na era digital:** o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. 1^a ed. – Minas Gerais: Fórum, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 54^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

DA EMPOLI, Giuliano. **Os engenheiros do caos.** Trad. Arnaldo Bloch. 1^a ed. – São Paulo: Vestígio, 2020.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. 18^a ed. – Porto Alegre: L&PM, 2016.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**. São Paulo: Forense, 2020.

HUXLEY, Aldous Leonard. **Admirável mundo novo**. Trad. Vidal de Oliveira. 1^a ed. – Rio de Janeiro: Biblioteca Azul, 2014.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Estatuto Jurídico da Inteligência Artificial**. 1^a ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SEMIÓTICA APLICADA À ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Dárcio Lopardi Mendes Júnior¹

1 Introdução

Este artigo apresenta como elemento a ser abordado a significativa mudança cultural e social à luz da interpretação jurídica, especialmente no que tange a atribuição de significados aos mais variados termos e contextos jurídicos. Por essa razão, terá o presente artigo o objetivo de argumentar acerca do significado das palavras em contraponto à finalidade das palavras, especialmente como garantia do sistema jurídico e harmonização social.

A semiótica é ciência primordial para desvendar a razão pela qual situações similares, do ponto de vista objetivo, apresentam interpretações antagônicas, sem desconsiderar, por óbvio, o juízo de valor e concepção de mundo peculiar a cada personagem da vida cotidiana.

O contexto social e cultural que se vive na atualidade nunca foi tão transformador e rápido. O direito, há muito, já não é capaz de acompanhar tamanha modificação, especialmente aos mais variados significados atribuídos às palavras e termos que há alguns anos se apresentavam, social e juridicamente, de forma completamente diversa, a depender de sua finalidade.

Para o fim proposto, vale tecer algumas considerações acerca da semiótica e sua influência na linguagem, argumentação e interpretação jurídicas e compreender os fenômenos de uma acelerada transformação nas relações sociais.

Como consequência lógica, é preciso destacar que o significado das palavras – isoladamente analisado – transcende a própria época de sua aparição. Contudo, deve se adequar às reais necessidades de um novo contexto.

¹ Advogado. Professor. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ. Coautor do livro “Oratória fundamental aplicada a concursos” pela editora D’Plácido. E-mail: darciolopardi@gmail.com

2 Semiótica

Na interpretação do sistema jurídico, por meio do correto uso da hermenêutica, busca-se a revelação. Uma palavra isoladamente analisada é possuidora de um determinado significado. Uma palavra, dentro de um contexto, merece ser avaliada a partir de sua finalidade.

A racionalidade vem da forma como interpretamos e nos comunicamos e, para tanto, é preciso observar critérios e ordem. A linguagem é construída por meio da racionalidade e as palavras – com significado e finalidade – dão concretude às normas com o fim de se atingir um novo contexto.

Os paradigmas, assim, são substituídos por outros mais adequados ao momento histórico vivenciado e às necessidades sociais.

A semiótica, embora tenha sido reconhecida como uma espécie de ciência dos signos no século XX, é sabido que todas as questões que envolvem a linguagem e significados daquilo que é comunicado, sejam imagens, sons e palavras, são abordadas desde a antiguidade.

Nesse sentido, Lucia Santaella², com embasamento no matemático e filósofo norte-americano Charles Sanders Peirce (1839-1914):

A semiótica tem três ramos. O primeiro ramo, chamado de gramática especulativa, é aquele que ficou mais conhecido no decorrer do século XX, pois é nele que são estudados os mais variados tipos de signos. O segundo ramo, chamado de lógica crítica, tomando como base os diversos tipos de signos ou modos de condução do pensamento, estuda os tipos de interferências, raciocínios ou argumentos: a abdução, a indução e a dedução. O terceiro e mais vivo ramo da semiótica, chamado de retórica especulativa ou metodêutica, tem por função analisar os métodos a que cada um dos tipos de raciocínio dá origem.

E continua:

Basta um retrospecto para nos darmos conta de que, desde o advento da fotografia, então do cinema, desde a explosão da imprensa e das imagens, seguida pelo advento da revolução eletrônica que trouxe consigo o rádio e a televisão, então, com todas as formas de gravação sonoras, também com o surgimento da holografia e hoje com a revolução digital que trouxe consigo o hipertexto e a hipermídia, o mundo vem sendo crescentemente povoado de novos signos.

A teoria semiótica nos permite penetrar no próprio movimento interno das mensagens, no modo como elas são engendradas, nos procedimentos e recursos nela utilizados. Permite-nos também captar seus vetores

2 SANTAELLA, Lucia. Semiótica aplicada. São Paulo: Cengage Learning, 2018.

de referencialidade não apenas a um contexto mais imediato, como também a um contexto estendido, pois em todo processo de signos ficam marcas deixadas pela história, pela técnica e pelo sujeito que os produz.

A palavra semiótica vem do grego *seméion* que significa “signo”.

A semiótica, portanto, para o fim proposto, apresenta-se como a ciência que estuda as formas, tipos, sistemas de signos, sinais, indícios ou símbolos. Assim, o desenvolvimento dos signos são verdadeiros processos de significação, comunicação e interpretação.

Os signos – e o significado atribuído – além do que possa efetivamente ser, faz com que outras coisas venham à mente em razão de sua interpretação. Há, pois, uma representatividade na mente do intérprete.

Não é a pretensão deste artigo discorrer sobre a semiótica em si, mas sobre seus efeitos, a partir de breves conceitos para entendimento do leitor, de como ela pode, a partir daquele que emana alguma mensagem, valer-se – ou ao menos aproximar-se – da efetiva finalidade de determinado termo, palavra ou frase, contribuindo para uma melhor assimilação e correta interpretação por parte do receptor da mensagem.

A afirmativa acima ganha força, especialmente, pelo fato de que os significados atribuídos àquilo que é posto à análise tem dependência direta com os canais neurolinguísticos ou perceptivos, sejam eles, o cinestésico, auditivo ou visual, sem se desconsiderar do pré-conceito social, filosófico, cultural e até mesmo religioso em tudo aquilo que é objeto de interpretação.

Abordar a comunicação e argumentação a partir dos instrumentos oferecidos pela semiótica inicia-se pelas raízes comportamentais. São as programações mentais que afetam a comunicação interpessoal, sendo, portanto, toda e qualquer interpretação, um mero sintoma daquilo que objetivamente é apresentado para tanto, seja um livro, um poema, uma imagem, uma decisão judicial ou mesmo um princípio constitucional.

Os sintomas são consequências particulares a partir das inúmeras possibilidades interpretativas, tal como em uma gripe, donde os sintomas serão diferentes de uma pessoa para outra. É exatamente o grau de reação (na semiótica aplicada à argumentação seria a sua interpretação) àquela enfermidade que ocasionará sintomas diversos de pessoa para pessoa.

Na prática, a comunicação (em suas mais diversas facetas), e sua consequente interpretação, engloba juízo de valor individualizado e estrutura emocional e de compreensão particulares. Em outras palavras, a semiótica é a forma como as pessoas interagem com os fenômenos, ou seja, com tudo aquilo que é possível ser percebido.

3 A aplicabilidade da semiótica na argumentação e comunicação jurídica

O direito – seja no âmbito acadêmico, colaborativo ou litigioso – é apresentado a partir de textos, palavras e descrições. É a semântica pura, a busca constante pelos sentidos. A semiótica, por sua vez, aborda os valores semânticos. As palavras são dotadas de significados, mas são percebidas por meio de valores. São os valores atribuídos a partir do juízo interpretativo dos indivíduos.

A percepção de valor se modifica a partir da relação desenvolvida com um determinado objeto, pessoa ou mesmo palavra. A mesma pessoa pode, pois, valorar algo de forma diversa a depender da modificação da relação desenvolvida com aquele “algo”.

Interpretar é construir sentidos a partir de valores dados à situações, pessoas, coisas ou palavras. Na seara jurídica, com a forte presença da comunicação, a mensagem é levada de um lado a outro por meio da linguagem, falada e escrita. Seus personagens descrevem os fatos e, logicamente, esta descrição vem imbuída com valores de interpretação. Fatos são fatos, mas por serem reconstruídos pela linguagem, é inegável que serão absorvidos conforme o conjunto de valores que lhe serão impostos.

Para que o tema tratado ganhe concretude, na seara do direito de família, por exemplo, donde as questões abordadas, como regra, se apresentam com alto grau de comunicação não somente jurídica, mas especialmente emocional e, consequentemente, com atribuição de valores antagônicos entre os envolvidos, a semiótica – ainda que de forma inconsciente – está sempre presente.

As discussões sobre guarda compartilhada e regulamentação de visitas que envolvem filhos menores de idade, por serem dotadas de valores morais, sociais, culturais, religiosos e familiares, antes mesmo dos critérios jurídicos, podem ser dirimidas a partir de habilidades em direito colaborativo com suporte da semiótica e sua busca pela finalidade prática das palavras e sua real significação.

Na argumentação jurídica há relevante carga semântica nas palavras e, a depender do contexto em que estejam inseridas, há considerável relativização do juízo interpretativo daquelas.

No exemplo abordado, tem-se que a palavra “guarda” apresenta uma significação de responsabilidade, poder, capacidade, tomada de decisão, aptidão e demais expressões congêneres. Ganha muito mais força

ainda dentro do contexto inserido. Assim é que no direito de família, notadamente para os leigos, aquele detentor da guarda é o mais capaz e que detém o maior poder decisório, especialmente sob o olhar moral e social.

Na mesma linha de raciocínio, o termo “visita” apresenta uma significação de tempo reduzido, limitação, mero expectador ou coadjuvante, dentre outros.

O ponto a ser instigado, partir do que fora mencionado, é a capacidade de lapidar e ressignificar as expressões (surgidas a partir de figuras interpretativas) oriundas das palavras originárias. No caso, as palavras são “guarda” e “visita”.

No que tange à guarda compartilhada, ainda que o foco seja o compartilhamento, fica em mente (interpretação) que alguém não é capaz de exercer a guarda por si e, dessa forma, é preciso seu compartilhamento. A interpretação continua sendo na capacidade do detentor da guarda, e não no beneficiário do compartilhamento. Tudo em razão, como regra geral, da utilização da palavra “guarda” e sua interpretação social, moral e histórica.

Mas valendo-se da semiótica e semântica, o que se busca é justamente atingir a finalidade proposta, ou seja, os “cuidados” compartilhados. Com a substituição da palavra “guarda” pela palavra “cuidado”, temos que a realidade objetiva não se altera, mas a possibilidade de sua concretização, a partir da interpretação, sofre interferência.

A simples utilização do termo “cuidados compartilhados”, seja na argumentação escrita ou verbalizada, induz, genuinamente, uma interpretação mais próxima do fim almejado pela lei e minimiza, consideravelmente, influências sociais e culturais. O “cuidado compartilhado” tem como protagonista a criança beneficiária, pois agora o foco é dividir responsabilidades em prol de alguém, e não assumir responsabilidades em razão de ser mais ou menos capaz do que o outro. A atribuição de novo significado, mediante a adequada utilização da palavra (escrita ou falada), fornece elementos interpretativos para decisões mais ajustadas à realidade e, especialmente, soluções extrajudiciais/collaborativas para o fim almejado.

A palavra “cuidado” impulsiona interpretações voltadas para o zelo, afeto, participação ativa, inclusão e outras. A relação com a palavra ou mesmo com o outro se altera e, por se alterar, a significação atribuída ao contexto sofrerá alterações.

No mesmo sentido é a substituição da palavra “visita” pela palavra “convívio”. Com a substituição, portanto, do termo “regulamentação de

visitas” por “organização de convívio”, tem-se que a participação na criação dos filhos é importante e necessária. É retirada a ideia de expectador e incluída a de participante ativo, independentemente do gênero, se pai ou mãe.

Na prática, basta refletir acerca da receptividade dos termos “guarda compartilhada” e “regulamentação de visitas” em um momento crítico e delicado na vida dos envolvidos e, de igual forma, pelos termos “cuidados compartilhados” e “organização de convívio”. Há mudança significativa na relação com os termos e com o próprio contexto.

São expressões e palavras, que por já estarem inseridas em um contexto sensível do ponto de vista emocional, o que fomenta interpretações comumente antagônicas, se bem utilizadas, tendem a desconstruir juízos de valor pré-estabelecidos e contribuir com interpretações mais próximas umas das outras.

A comunicação, por meio das imagens, signos, sons, cheiros e palavras, dita o resultado esperado ou, ao menos, se aproxima muito dele. O direito é comunicação para fins de interpretação, razão pela qual a argumentação tem o poder e dever de fornecer instrumentos para a correta valoração e interpretação daquilo que é apresentado para tanto.

Discorrer sobre os exemplos da guarda compartilhada e regulamentação de visitas, ou melhor, cuidados compartilhados e organização de convívio é basicamente demonstrar o poder da utilização das palavras em contraponto à finalidade destas mesmas palavras.

No campo de atuação da mediação, conciliação e negociação, sempre na busca pela pacificação social, é inegável a relevância de sua aplicabilidade. A argumentação jurídica é, pois, instrumento da mais alta responsabilidade. É a “ponte” que une os fatos, a descrição dos fatos, sua recepção e interpretação. Está aí a relevância da correta e estratégica escolha das palavras e mesmo demais formas de comunicação ante a real possibilidade de impacto no processo de significação.

É preciso compreender o grau de hierarquia das palavras, termos e expressões no campo da argumentação jurídica. No exemplo mencionado no artigo, ou em qualquer outra situação ou contexto, há palavras que podem se enquadrar, como regra, no grupo interpretativo positivo ou negativo do intérprete (receptor da mensagem). Os dilemas de interpretação e compreensão encontram-se exatamente aqui.

Há situações que tiveram notoriedade junto à mídia, como a de um advogado e advogada que se dirigiram aos ministros da Suprema

Corte brasileira por meio do pronome de tratamento “você”. Como mencionado, é um pronome de tratamento e não é desrespeitoso. O que de fato ocorreu foi justamente o contexto de sua utilização e a forma como aquela mensagem foi recebida por seu destinatário, especialmente pela forma já sedimentada como todos os personagens (advogados, ministros, procuradores e servidores) que frequentam o Supremo Tribunal tratam uns aos outros. O mesmo tratamento respeitoso, a depender das palavras utilizadas, podem ser potencializados ou não. O poder argumentativo e expositivo, portanto, é capaz de fazer com que o emissor da mensagem se aproxime ou afaste de seu objetivo, motivo pelo qual estratégias oriundas da semiótica e semântica devem ser muito bem observados.

4 Conclusão

O elemento abordado para a exposição do tema foi a argumentação jurídica a partir da análise da atribuição de sentido àquilo que é comunicado. Por essa razão, teve o presente artigo o objetivo de tecer algumas breves considerações acerca do caráter interpretativo que se origina no particular e individual juízo de valor das pessoas mediante sua concepção de mundo por um viés histórico, social, moral, filosófico, religioso e jurídico.

As mensagens emitidas recebem as mais diversas interpretações conforme o contexto em que estão inseridas e a realidade moral e intelectual do receptor, ou seja, do intérprete. Os ruídos comunicacionais surgem no conflito interpretativo quando a mensagem não é decodificada corretamente pelo interlocutor, principalmente pela má utilização ou escolha do código equivocado pelo emissor da mensagem. É preciso que o receptor decodifique a mensagem transmitida para que se atinja, efetivamente, o seu correto entendimento.

O direito, atualmente, vive uma transformação técnica e tecnológica muito significativa, o que faz com que a argumentação jurídica evolua em igualdade de condições e que haja, constantemente, a lapidação e evolução das palavras e termos para que fiquem cada vez mais próximos do fim proposto, contribuindo, sobremaneira, para uma melhor interpretação e atribuição de sentido.

Referências

- ALVES, Marco Antônio Sousa. **Perelman e a argumentação filosófica:** convencimento e universalismo. Belo Horizonte. D'Plácido.
- ARISTÓTELES (384 - 322 a.C). **Retórica.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.
- MLODINOW, Leonard. **Subliminar:** como o inconsciente influencia nossas vidas. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- NOTH, Winfried. SANTAELLA, Lucia. **Introdução à semiótica.** São Paulo: Paulus, 2017.
- OLIVEIRA, Márcio Luís de. **A Constituição juridicamente adequada.** Belo Horizonte: D'Plácido
- SANTAELLA, Lucia. **Semiótica aplicada.** 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2018.

Capítulo 20

TEORIA DA JUSTIÇA DE JHON RAWLS E A SOLIDARIEDADE SOCIAL: VETORES DE MAXIMIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Luis Miguel Barudi de Matos¹

1 Introdução

O tema proposto se concentra princípio da solidariedade social, levando em consideração a previsão constitucional do dever de solidariedade como forma de concretização da dignidade humana e da justiça social.

Para tanto, o estudo analisará as origens do solidarismo até o momento crucial no qual a solidariedade social assume papel de princípio, dever e valor constitucional, passando, nesse sentido, a ser entendido como instrumento de promoção e maximização da dignidade humana.

Nesse propósito, apresenta-se sua evolução histórico-jurídica e sua relação intrínseca com a teoria de justiça social proposta por John Rawls, que, no nosso entender, é adotada pela Constituição Federal de 1988, apresentado no seu art. 3º como objetivos da República Federativa do Brasil.

2 As origens do solidarismo

As teorias solidaristas, propõem uma concepção de sociedade baseada na solidariedade e na cooperação entre seus membros. Estas teorias enfatizam a importância das responsabilidades e dos deveres mútuos, em contraponto ou complemento às teorias que colocam ênfase na liberdade individual e nos direitos.

Contudo, nas diversas exposições teóricas, são identificados dois aspectos comuns: a) a ideia de uma relação de reciprocidade entre os

¹ Doutor em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, professor adjunto do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas – UDC, Membro do Grupo de Pesquisa Sistema de Seguridade Social da Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, e-mail: miguelbarudi@udc.edu.br.

membros de um determinado grupo e b) uma base normativa, presente na política, na filosofia moral e no direito. Já no plano do Estado, a solidariedade torna-se processo de busca pela justiça social e redistributiva (WESTPHAL, 2008, p. 44).

Nesses termos, a solidariedade é a ideia central do modelo de sistema social denominado solidarismo, que pode ser tratado como uma síntese do individualismo e do coletivismo (WESTPHAL, 2008, p. 45). O solidarismo se desenvolveu a partir do final do século 19 e início do século 20, influenciando a filosofia social e a política social francesas. Para os objetivos propostos, analisaremos as teorias de Émile Durkheim, Léon Duguit e Léon Bourgeois.

Émile Durkheim apresenta a compreensão de solidariedade como produto da divisão social do trabalho. Para Durkheim (1999, p. 34), o estudo da solidariedade pertence à sociologia. A solidariedade é um fato social que só pode ser conhecido por meio de seus efeitos sociais e depende de nosso organismo individual, sendo que sua existência necessita que a constituição física e psíquica dos indivíduos a comporte.

Em sua obra *Da divisão do trabalho social*, Durkheim (1999, p. 20-21) defende que a solidariedade se produz por dois motivos cientificamente comprovados: a dessemelhança e a semelhança entre os indivíduos, explicadas pela divisão do trabalho determinante das relações de amizade.

Por melhores que possamos ser, sempre nos falta alguma coisa, e os melhores dentre nós têm o sentimento de sua insuficiência. Por esse motivo, procuramos, em nossos amigos, as qualidades que nos faltam, porque unindo-nos a eles participamos de certa forma da sua natureza e nos sentimos, então, menos incompletos.

Para o autor, a dimensão importante para a modernidade, devido à atomização humana, é o primeiro tipo de solidariedade, por dessemelhança, em que cada pessoa, pelo fato de não ter todas as qualidades, depende de forma permanente da qualidade do outro, implicando, assim, uma atração mútua e permanente, que gera a solidariedade (DURKHEIM, 1999, P. 21).

Sob esse prisma, a função da divisão social do trabalho é produzir a solidariedade. Entretanto, por seu caráter moral, a solidariedade somente pode ser classificada pelos seus efeitos sociais exteriores, pois o que é moral, em si, não é mensurável. Para classificá-la e compará-la, é necessário substituir o fato interno que nos escapa por um fato externo que o simbolize e estudar o primeiro através do segundo (DURKHEIM, 1999, p. 31).

Para Durkheim (1999, p. 31), o Direito serve para a exteriorização do princípio moral da solidariedade, considerado como a forma definida da vida social. Nesse contexto, as regras jurídicas e a natureza das sanções definem e podem servir para classificação dos efeitos sociais exteriores da solidariedade. Com isso, a solidariedade social é estudada pelo sociólogo conforme a natureza das sanções verificadas genericamente em cada sociedade.

Analizando as colocações de Durkheim, é possível entender que a solidariedade composta pelo *direito repressivo* é aquela cuja consciência coletiva é mais definida e possui maior força na consciência de um grupo social, arraigadas e definidas na consciência da coletividade, encobrindo uma possível consciência individual (DURKHEIM, 1999, p. 106).

Sob outro ponto de vista, Léon Duguit, a solidariedade e a divisão do trabalho estão intimamente interligadas, mas, ao contrário da sistematização de Durkheim, a posição hierárquica é diversa: não é a divisão do trabalho que produz a solidariedade, mas é a solidariedade que condiciona todas as relações sociais, incluindo a divisão do trabalho.

Segundo Duguit, a construção de uma sociedade coesa e ordenada, depende de que os homens, cada um com sua especialidade, tenham sempre um *fim* em suas ações: a solidariedade social. A sociedade mantém-se apenas pela solidariedade que une seus indivíduos.

Assim, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, da seguinte maneira: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer de suas formas e, além disso, realizar toda atividade propícia para desenvolvê-la organicamente. O direito objetivo resume-se nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deve ser a expressão e o desenvolvimento deste princípio (DUGUIT, 2009, p.45).

O que se verifica pela fundamentação de Duguit, é uma tentativa de se reconstruir as bases do direito, trazendo a este não mais uma ideia de *forma* (no sentido instrumental), que garanta a liberdade e a autonomia da vontade do indivíduo. Duguit formula o conceito de direito pelos valores que se pretende atingir, ou seja, traz um *fim* ao direito. O direito tem sua legitimização condicionada à sua função: a solidariedade social. O homem é, sobretudo, um ser social, cujas relações jurídicas e humanas devem se pautar em um conteúdo: a solidariedade.

Segundo Duguit, o vínculo solidário deve determinar as relações jurídicas e sociais, opondo-se à visão tradicional dos direitos subjetivos

individuais, considerando que os membros da sociedade têm deveres sociais que precedem seus direitos.

Em outra concepção do solidarismo, Léon Bourgeois defende que a solidariedade tem um conteúdo ético-normativo, objetivando a formulação de uma alternativa nos planos social, econômico e político, com um sentido consensual e universal.

Léon Bourgeois foi um dos primeiros pensadores a introduzir a ideia de solidariedade no campo político e sociológico, especialmente na obra *Solidarité*, publicada em 1896. Como muitos outros teóricos sociais franceses do século XIX, Bourgeois preocupou-se com “o remate da teoria política e social da Revolução Francesa” (ZOLL, 2007, p. 79).

Para Bourgeois, a Revolução fez o que era necessário diante de um conjunto de instituições seculares, oriundas da violência e da injustiça, fundadas unicamente na autoridade da realeza de direito divino e que suprimiam as liberdades do indivíduo. A igualdade e a liberdade não estavam em lugar algum. Assim, a Revolução teria atendido àqueles mais necessitados no momento histórico-social e dado a todos os homens o primeiro dos direitos: a liberdade (BOURGEOIS, 1896, p. 192).

Já com relação à fraternidade, Bourgeois indica que esta será a base para a construção do princípio da solidariedade, que seria a razão de ser objetiva da fraternidade (BOURGEOIS, 1896, p. 192). O termo fraternidade seria o complemento necessário de uma fórmula social verdadeiramente humana, mas que corresponde a um sentimento e não a uma organização jurídica, sendo a solidariedade a concretização dessa realidade jurídica (BOURGEOIS, 1896, p. 212).

Para o autor, são três os pilares da doutrina da solidariedade: o fato da *solidariedade natural e social*, a ideia de *dívida social* e a noção de *quase-contrato*. Quanto à *solidariedade natural e social*, segundo Bourgeois, há uma lei de dependência recíproca entre todos os seres vivos, assim como entre os viventes e seu meio. Essa lei universal remete ao homem como ser social, pois seu *ser* depende de inúmeros movimentos do mundo que o rodeia. Cada homem é, portanto, unido ao resto do mundo, e, assim, dependente dele (BOURGEOIS, 1896, p. 47).

Surge o segundo aspecto da teoria de Bourgeois: a convicção de que a associação produz o progresso é confirmada no nível das espécies, mas é menos evidente no que concerne aos indivíduos, nos quais se verifica que a associação das forças produz tanto a coordenação quanto o esmagamento do mais fraco, pois a concorrência vital é tão real quanto a cooperação.

Para conciliar o crescimento da vida individual com o crescimento da vida social sem incidir em contradições, Bourgeois propõe a ideia de *dívida social*.

A obediência ao dever social nada mais é do que uma troca: aceitar um encargo em troca de um benefício (BOURGEOIS, 1896, p. 102). Porém, reconhecer uma dívida não significa abandonar um direito, mas sim reconhecer o limite verdadeiro desse direito (BOURGEOIS, 1896, p. 103). Esse processo é inconsciente e cada um sabe instintivamente o que deve transmitir, refletindo uma herança da qual tirou proveito. É a obrigação inscrita no fundo da consciência humana de ter que devolver aquilo que se recebeu (BOURGEOIS, 1896, p. 46). Aí surge o terceiro pilar da doutrina da solidariedade em Bourgeois, o *quase contrato*, que nada mais é do que um contrato retroativamente consentido (BOURGEOIS, 1896, p.132).

A partir dessas premissas, a solidariedade é a base do elo social e deve corresponder a uma adesão racional iminente de um contrato tácito que liga o indivíduo à sociedade como um todo, posto que há, para cada homem vivo, uma dívida em relação a todos os demais, na razão e na medida dos serviços a ele prestados pelo esforço de todos.

Bourgeois deixa claro que nenhuma disposição legal deve intervir para romper com a igualdade de valor social dos contratantes ou agravar as desigualdades naturais dos homens, nem aumentar arbitrariamente o encargo de um para diminuir arbitrariamente aquele dos outros. A lei não pode reconhecer privilégios de classes ou de castas, estabelecer monopólios em proveito de certos grupos de cidadãos, nem manter um sistema de impostos que pese demasiadamente sobre uma parte dos cidadãos (BORGEOS, 1896, p. 179).

Assim, o solidarismo de Bourgeois se comprova como um “garantismo”, tendo no ideário de que a justiça não existirá a não ser que os homens se tornem associados solidários. Nesse caso, o solidarismo não conduz a uma socialização integral e absoluta dos lucros e das perdas de cada indivíduo, mas a uma socialização parcial suscetível a evitar a adversidade absoluta e a pobreza.

Bourgeois enfatizava não apenas os direitos civis e políticos, mas também a importância dos deveres sociais. Ele via os direitos como vinculados irreversivelmente aos deveres. Dessa forma, a liberdade individual é equilibrada com a responsabilidade social.

A teoria solidarista de Bourgeois, portanto, visa uma forma de

justiça que equilibre os direitos e deveres, procurando uma distribuição mais justa das riquezas e das oportunidades, tese que mais tarde ajudou a formar a base para os sistemas de bem-estar social.

O solidarismo francês acaba por influenciar as teorias da justiça social, que incorporam elementos de solidariedade ao enfatizar a distribuição equitativa de recursos e oportunidades dentro da sociedade. Filósofos como John Rawls propuseram princípios de justiça que exigem consideração pelos mais desfavorecidos, uma espécie de solidariedade para com aqueles em posição menos vantajosa.

3 A solidariedade social e sua relação com a teoria da justiça de John Rawls

A partir da análise acerca do surgimento do solidarismo, utilizado como premissa teórica para o presente trabalho, no que se refere à solidariedade social, exploraremos como este conceito se entrelaça com a Teoria da Justiça de John Rawls e seu papel na Constituição Federal do Brasil de 1988.

A solidariedade social e a teoria de Rawls convergem no objetivo comum de promover a justiça social, delineando um quadro teórico e constitucional que reforça a importância deste princípio como um dos alicerces para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

Dessa maneira, não é difícil estabelecer a relação entre a teoria da justiça de John Rawls e o dever fundamental de solidariedade social previsto na Constituição Federal de 1988. O ponto de convergência entre a teoria de justiça e o dever de solidariedade social se encontra no fato de idealizarem o mesmo objetivo, que é a busca pela justiça social, mesmo que dentro de perspectivas diferentes.

O ponto crucial do pensamento de Rawls (1997, p. 3-4) é o de que a primeira virtude das instituições sociais é a justiça, assim como a verdade é, da mesma forma, para os sistemas de pensamento. Diante dessa afirmação, o questionamento que se faz é quando e como uma instituição é considerada justa.

Rawls (1997, p. 4) afirma que as leis e instituições, mesmo quando eficientes, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas. Isso porque, cada indivíduo possui um rol de direitos invioláveis fundados no ideal de justiça e que não pode ser ignorado nem mesmo a favor do bem coletivo.

Nessa conjuntura, uma sociedade justa é aquela que garante

liberdades e direitos, independentemente de interesses políticos ou sociais. Em contraposição, uma injustiça, nesses termos, só seria aceitável quando necessária e inevitável para afastar outra injustiça ainda maior (RAWLS, 1997, p. 4).

O autor afirma que uma sociedade se configura como uma associação de pessoas, mais ou menos autossuficiente, com regras de conduta obrigatórias, cujos integrantes, em regra, agem em conformidade com essas regras. Essas regras, supostamente, formam um sistema de cooperação concebido para promover o bem de todos. Nesse contexto está o aparente paradoxo: embora a sociedade seja um ente de cooperação, objetivando vantagens mútuas, ao mesmo tempo é marcada por conflitos de interesses entre seus membros (RAWLS, 1997, p. 4-5).

Para Rawls (1997, p. 5), esse conflito de interesses se funda no sentimento de indiferença dos indivíduos quanto aos benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua e sua distribuição, já que cada um prefere um quinhão maior desses benefícios a, eventualmente, um menor. Assim sendo, devem existir um conjunto de princípios para eleger, dentre as várias formas de ordenação social que sirvam para determinar a divisão justa dessas vantagens.

Esses princípios são os princípios da justiça social, que fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição adequada e proporcional dos benefícios e obrigações de cooperação social (RAWLS, 1997, p. 5).

Portanto, uma sociedade ideal será sempre uma sociedade na qual se estabeleça um arcabouço institucional com o objetivo de coordenar e buscar equilibrar os interesses individuais e coletivos, projetando o ideal de justiça social.

Nesse sentido, Rawls (1997, p. 13), afirma que o caminho para se alcançar esse ideal seria por meio da construção de princípios universais de justiça capazes de estabelecer uma estrutura mínima de sociedade que pudesse ser aplicável a qualquer grupo, povo ou nação, de base democrática.

Para tanto, Rawls (1997, p. 127) propõe uma interpretação filosófica para essa situação, a qual denominou de “posição original”, partindo essa análise de uma realidade social hipotética paralela e imparcial, na qual os indivíduos deveriam se imaginar elegendo quais valores, princípios e regras seriam inseridos nessa estrutura básica de sociedade.

Para esse propósito, os membros desta sociedade hipotética deveriam partir do pressuposto de que todos eram iguais em condições, direitos

e deveres e deveriam desconsiderar qualquer característica individual – econômica, social, étnica, sexo –, baseando-se apenas em fatos sociais da coletividade, em condições gerais da sociedade, como as questões culturais, políticas, éticas, morais. Essa condição hipotética dos indivíduos, Rawls (1997, p.146) chama de “véu da ignorância”.

Essa estrutura fundamental da sociedade, prevê um “contrato”, acordado entre seus membros, no qual se comprometem a seguir determinados princípios, propostos por indivíduos em um momento originário no qual estavam submetidos ao “véu de ignorância”.

Rawls (1997, p. 64) propõe dois princípios relacionados aos valores de liberdade e igualdade. Para o autor, a igualdade não pode ser conquistada em detrimento da liberdade e, tampouco, a igualdade favor da liberdade. Os dois princípios de justiça propostos por Rawls são: ¹⁾ Princípios da igual liberdade; ^{2) a} Princípio da Diferença; ^{2) b} Princípio Igualdade de oportunidades².

O “princípio da igual liberdade”, valoriza sobretudo as liberdades individuais que devem ser iguais para todos, servindo para fundamentar o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, especialmente os direitos de primeira geração. Neste caso, o sistema jurídico, por intermédio das constituições e leis, tem a função de garantir o livre exercício dessas liberdades irrenunciáveis.

O segundo princípio é direcionado para a igualdade, a partir de dois subprincípios, chamados por Rawls de princípio da diferença (*maximin*) e princípio da igualdade de oportunidades. Esses princípios tratam das desigualdades econômicas e sociais, projetando garantir os maiores benefícios possíveis aos menos favorecidos (princípio da diferença) e estejam vinculados a tarefas e posições acessíveis a todos em circunstâncias de igualdade de oportunidades (princípio da igualdade de oportunidades) (LIMA, 2020, p. 236).

O princípio da diferença, proposto pelo autor, defende que as desigualdades na distribuição da renda são injustas quando não beneficiam a todos, principalmente os mais vulneráveis. O ideal defendido é de que a sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, com exceção quando as eventuais desigualdades econômicas e sociais proporcionarem

2 Primeiro: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.
Segundo: As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e vinculadas a posições e cargos acessíveis por todos. (RAWLS, 2000, p. 64).

maiores benefícios aos favorecidos.

Nesses termos, o pensamento de Rawls se afasta dos pensadores utilitaristas, que entenderiam que um sistema justo é aquele que oferece os maiores benefícios ou desenvolvimento ao maior número de possível de indivíduos, restando às minorias vulneráveis aceitar tal condição de exclusão.

Sintetizando a teoria de justiça como equidade de Rawls, podemos concluir que a liberdade de escolhas e oportunidades a todos é fator primordial para se alcançar a justiça, mas, ao mesmo tempo, temos a necessidade de determinar, por meio de um contrato social, uma estrutura básica de regulação dessa liberdade.

A par dessa premissa, a justiça estaria ligada à igualdade de todos perante essas normas de regulação e das oportunidades, que mesmo diante das diferenças pessoais, estariam à disposição de toda a sociedade. Nesse quadro, a ideia de solidariedade social se incorpora ao conceito de justiça de Rawls, a partir da concepção de reciprocidade ou mutualidade utilizada pelo autor.

Rawls (1995, p. 58-59) especifica a ideia de *cooperação social* fundada em três elementos: a) A cooperação é distinta da mera atividade socialmente coordenada, outrossim é guiada por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, aceitos pelos indivíduos que cooperam e por eles considerados reguladores adequados de sua conduta; b) A cooperação pressupõe termos equitativos, passíveis de aceitação, de forma razoável, por todos os membros, implicando na ideia de reciprocidade ao longo do tempo, de modo que os benefícios produzidos pelos esforços de todos são distribuídos equitativamente e compartilhados de uma geração para a outra; c) A ideia de cooperação social requer uma ideia de vantagem racional ou do bem de cada participante, quando o projeto é considerado de seu ponto de vista.

Assim consideradas, as ideias de John Rawls nas obras “Uma Teoria da Justiça” e “O Liberalismo Político” apresentam uma nova fórmula de contrato social, fundado na equidade e na cooperação dos membros de determinada comunidade, cuja convivência é possibilitada pela existência de valores e princípios básicos, aceitos razoavelmente por todos e que, em um segundo momento, formam as bases jurídicas dessa sociedade.

Dante dessas reflexões, é possível conceber que o valor da solidariedade social inserido na Constituição Federal de 1988, teve influência da teoria da justiça como equidade de John Rawls. Em um

primeiro momento, tivemos a escolha de princípios básicos pela Assembleia Nacional Constituinte, que os inseriu no texto constitucional mediante a formatação das instituições que dão sustentação ao modelo de Estado Democrático de Direito proposto, passando ao estágio posterior, o qual todo o ordenamento infraconstitucional é orientado pelos princípios constitucionais, passando pelo processo legislativo institucionalizado.

4 A solidariedade social como vetor de maximização do princípio da dignidade humana

Ao ser estabelecido como um mandamento constitucional, a solidariedade social impõe um dever fundamental ao Estado, à Administração Pública e à sociedade, passa a ser vetor da construção de um ambiente coletivo no qual a justiça social seja efetivamente realizada.

Para Luís Roberto Barroso (2010, p. 252-253), o renascimento do direito constitucional se deu no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. A Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito, propiciando o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.

Nessa perspectiva, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. E, dessa forma, no caso brasileiro, se confirma a influência da teoria da justiça como equidade de Rawls na concepção do constitucionalismo nacional, consubstanciado na Constituição Federal de 1988, edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2010, p. 258-262), a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana dá origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas

coletivas ou de outras metas individuais.

Quanto à interrelação entre a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, podemos afirmar que o conceito de dignidade está intrinsecamente ligado ao reconhecimento e à efetivação dos direitos humanos, sendo considerado o fundamento das garantias fundamentais inscritas nas constituições de estados democráticos.

5 Considerações finais

Como consequência da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se uma valoração direta do princípio da solidariedade, fundamentando-o como uma das premissas maiores de toda a ordem jurídica e social brasileira. Isso evidencia a interdependência entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade, formando um conjunto de diretrizes que impulsiona a harmonia social e a cooperação entre as pessoas, na busca de uma sociedade mais livre, justa e sem excluídos ou marginalizados.

Assim, conclui-se que a dignidade humana e a solidariedade social são princípios que se reforçam mutuamente, sendo imprescindíveis para a construção de um tecido social que respeite integralmente os direitos humanos e promova o bem comum em um contexto de ética da responsabilidade compartilhada e colaborativa.

Nesse contexto, sendo a dignidade humana o valor maior a ser observado, protegido e promovido, a solidariedade social atua como vetor de sua maximização, sempre em busca de justiça social para todos os indivíduos, transformando o país naquele modelo proposto pela Constituição Federal em seu art. 3º: justo, solidário, igualitário e somando desenvolvimento econômico com o desenvolvimento social em todas as suas nuances.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOURGEOIS, Léon. **Solidarité.** 1. ed. Paris: Armand Colin et Cie., 1896. Disponível em: https://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/http://classiques.uqac.ca/classiques/bourgeois_leon/solidarite/bourgeois_

solidarite.pdf. Acesso 28 mar. 2024.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito.** Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social.** Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBSBAWM, Eric John Ernest. **A era das revoluções: 1789 – 1848.** Tradução Maria L. Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1989.

LIMA. Marcelo Machado Costa. John Rawls e os princípios de justiça: algumas aproximações conceituais para o jurista contemporâneo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.** n 75, p. 231-237, jan./mar. 2020.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da idéia de solidariedade. **Rev. Katál. Florianópolis,** v. 11, n. 1, p. 43-52, jan./jun. 2008.

ZOLL, Rainer. **O que é solidariedade hoje?** Ijuí: Editora Unijuí, 2007.

Capítulo 21

CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À RESSOCIALIZAÇÃO¹

Davi Sant'anna Gouvêa²

Ian Fernandes de Castilhos³

1 Considerações iniciais

O presente texto busca oferecer reflexões acerca da fundamentalidade do direito à ressocialização do preso. Para isso, o texto inicia pela explicação sobre o conceito de direitos fundamentais. Posteriormente, são oferecidos os principais argumentos que permitem concluir pela fundamentalidade do direito à ressocialização. Por fim, são apresentadas as principais posições doutrinárias sobre o tema.

2 O que são Direitos Fundamentais?

Consideram-se direitos fundamentais o conjunto de direitos individuais e coletivos positivados na Constituição de um país, geralmente inseridos expressamente em um catálogo. Todavia esse reconhecimento pode se dar a partir de um rol exemplificativo, diante à possibilidade de adoção de outras fontes do direito, além da fonte positivada expressamente na Constituição.

Segundo Robert Alexy os direitos fundamentais são direitos que foram escritos em uma Constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo (ALEXY, 2022, p. 186).

Segundo a linha de pensamento de Alexy, a definição de um direito fundamental pode variar de acordo com a concepção, possuindo conceitos

1 Este capítulo é fruto da pesquisa realizada pelo primeiro autor, sob a orientação do segundo autor, com o fito de produzir trabalho monográfico de conclusão de curso.

2 Graduado em Direito pela Fundação Educacional de Além Paraíba.

3 Professor da Fundação Educacional de Além Paraíba. Doutorando em Direito pela UFMG, Mestre em Direito pela UFJF e especialista em Direito Público pela PUC-MG. Membro do Grupo de Pesquisa em Retórica, Argumentação e Juridicidades (GPRAJ/UnB).

de natureza formal, material e procedural.

Em relação ao conceito formal, são todos os direitos contidos na Constituição, desde que nela assim estejam expressamente classificados como direitos fundamentais (ALEXY, 2022, p. 202).

Para o conceito material, são direitos fundamentais aqueles direitos que devem representar direitos humanos transformados em direito constitucional positivo” (ALEXY, 2022, p. 204).

Já o conceito procedural é o laíme entre os elementos formal e material, sendo este a regulação do direito fundamental, ou seja, ele se baseia na determinação de quem e de que forma se deve decidir sobre os direitos fundamentais, tendo em vista a sua importância (ALEXY, 2022, p. 205).

Os direitos fundamentais, são, também, limites ao poder de atuação estatal, assegurados por instrumentos de prevenção e repreensão contra as incidências de abusos. Ocorre que essa definição compreende a dimensão negativa dos direitos fundamentais.

Diante do exposto, vale mencionar que, no Brasil, os direitos e garantias fundamentais encontram-se contidos expressamente na Carta Magna, juntamente com outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Tal menção afasta a hipótese de que o reconhecimento dos direitos fundamentais se dá, tão somente, a partir de um rol taxativo.

Concomitante ao aludido, advém a necessidade de uma análise referente a distinção de regras e princípios à luz dos direitos fundamentais, qual seja:

[...] regras são normas que exigem algo definitivamente. São mandamentos definitivos. Sua forma de aplicação é baseada na adequação do fato ao dispositivo legal, ou seja, a subsunção. Tratando-se de uma norma válida e aplicável, é exigível que aquilo que ela exprima seja realizado. Sendo realizado, será cumprida. Caso contrário, não se cumpre a regra. Outrossim, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. São mandamentos de otimização, ou seja, podem ser satisfeitos em graus variáveis, e que o grau apropriado de satisfação depende não apenas do que é possível de fato, mas também do que é juridicamente possível. (ALEXY, 2022, p. 189).

Assim, é possível extrair que os direitos fundamentais têm como base a garantia/proteção a algo que poderá, em algum momento, sofrer

alguma intervenção estatal, sendo ela decorrente de uma ação ou de uma omissão.

Vale-se, ainda, compreendê-los – os direitos fundamentais - como direitos humanos, que possuem um grandioso valor no ordenamento jurídico nacional e internacional, pautado em sua moralidade basilar, reguladora das relações envolvendo o Estado e o cidadão.

Portanto, é acertada a afirmativa de que os direitos fundamentais estão conectados aos direitos humanos, que possuem validade universal e são considerados um núcleo das teorias da justiça (BOROWSKI, 2003, p. 30-31).

Lado outro, enquanto os direitos humanos possuem validade universal na dimensão moral, os direitos fundamentais são direitos humanos institucionalizados, haja vista que determinado Estado (no sentido de País) o institucionalizou de alguma maneira. Ou seja, para aplicação de um direito humano como direito fundamental, necessária é sua institucionalização.

Por conseguinte, com o intuito de prospectar a solução para eventuais colisões entre direitos através da máxima da proporcionalidade – formada por três máximas parciais: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, o autor Robert Alexy expõe que a denominada Lei da Ponderação – ligada à máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito -, pode ser afirmada no seguinte trecho: “Quanto maior o grau de não satisfação ou detimento de um direito ou princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2022, 216-217).

Ou seja, a importância de determinado direito a ser garantido/ protegido é manifestada no momento em que um deles é colocado de frente com o outro. Diante de tal colisão, prevalece àquele que possui o maior peso no caso concreto. O que não o torna sempre superior, mas sim, o que deve prevalecer naquela situação fática. Desse modo, significa dizer que situações concretas merecem ser dirimidas a partir de uma análise ponderada, amparada da máxima da proporcionalidade.

Tratando-se do uso do suporte fático no âmbito jurídico, o Professor Virgílio Afonso da Silva entende que “[...] seu uso é limitado quase que apenas ao direito penal, no âmbito do qual é também chamado de *tipo*, e no direito tributário, em que costumam ser preferidos os termos *fato gerador* e *hipótese de incidência*.“ (SILVA, 2006, p. 28).

Preliminarmente, “[...] é possível dizer que o preenchimento do

suporte fático de uma norma é a condição para que a sua consequência jurídica possa ocorrer." (SILVA, 2006, p. 29). Entretanto, no que se refere aos direitos fundamentais, tal definição necessita de complemento, não bastando somente o preenchimento, tornando necessário um segundo elemento:

[...] a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção), como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica - em geral a exigência de cessação de uma intervenção - somente pode ocorrer se houver uma *intervenção* nesse âmbito (SILVA, 2006, p. 30).

Com isso, a teoria do suporte fático se divide em suporte fático restrito e amplo. O primeiro caracteriza-se pela "[...] não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas." (SILVA, 2006, p. 32). Em outras palavras, define-se pela possibilidade de determinação em abstrato do que um direito fundamental protege. Já o segundo caracteriza-se pela "[...] distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente." (SILVA, 2006, p. 34). Em outras palavras, define-se pela impossibilidade de determinação em abstrato de quais seriam as situações tuteladas por determinado direito fundamental, ficando a definição de tais situações dependentes das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Por sua vez, o suporte fático amplo, como o próprio nome aduz, protege todas as eventuais situações que são amparadas por determinado direito fundamental, sendo que a não proteção deve ser justificada.

As duas teorias apresentadas possuem propostas distintas no que concerne a aplicação dos direitos fundamentais, uma restringindo e outra ampliando o campo de aplicação destes direitos.

3 Ressocialização como Direito Fundamental

A ressocialização refere-se ao processo pelo qual um indivíduo que cometeu um delito é reintegrado à sociedade de maneira a promover sua reabilitação e prevenir a reincidência criminal. Noutras palavras, busca-se oferecer ao condenado as condições necessárias para que ele possa se reintegrar à sociedade de forma saudável, produtiva e respeitosa às normas legais, a fim de que seja resgatado o instituto da socialização.

A teoria ressocializadora no direito brasileiro surgiu com a reforma legislativa de 1984, onde ensejou disposições importantes para a temática,

quais sejam, o artigo 59 do Código Penal e o artigo 1º da Lei de Execução Penal, no primeiro elencando as funções de reprevação e prevenção da pena necessária e suficiente, e no segundo a criação das condições para a integração social e harmônica do condenado e do internado.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprevação e prevenção do crime (CÓDIGO PENAL).

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (LEI DE EXECUÇÃO PENAL).

A relevância da ressocialização no sistema penal está umbilicalmente ligada às funções da pena, das quais incluem a retribuição, a prevenção e, especialmente, a ressocialização. A abordagem da ressocialização visa não apenas impor uma sanção ao criminoso, mas também oferecer oportunidades para a sua reinserção na comunidade de maneira a evitar a perpetuação do ciclo criminal.

No âmbito da execução penal, a ressocialização possui importância ainda maior, tal qual, criando condições para a integração social e harmônica do condenado e do internado.

As instituições penitenciárias desempenham um papel relevante nesse processo, devendo garantir condições adequadas para a educação, qualificação profissional e assistência psicossocial aos presos, por exemplo. Sua atuação, representando o Estado, bem como a atuação de outros entes estatais devem ser exercidas com fito a viabilizar o objetivo da legislação.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III -jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa. (LEI DE EXECUÇÃO PENAL).

A ressocialização também está relacionada à humanização do cumprimento da pena, respeitando os direitos fundamentais dos detentos e propiciando a dignidade humana mesmo diante das restrições impostas pela privação de liberdade.

É imperioso que seja compreendida a importância da ressocialização para que ocorra um aprimoramento do sistema penal, buscando soluções que possam efetivamente alcançar esses objetivos, conciliando a punição justa com a oportunidade de reintegração social.

Resta sabido a existência de criminosos habituais, dos quais tal instituto poderia não suprir seus anseios, haja vista que sua efetividade, se baseia, também, no interesse do próprio indivíduo (preso). Entretanto a oferta de oportunidades para reintegração social tem por cunho alcançar uma parcela de indivíduos (presos) que transitam pelo sistema prisional, desmantelando o ciclo vicioso, que consiste na entrada e saída do cárcere.

Segundo os Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário 14º ciclo SISDEPEN - Período de referência: Janeiro a Junho de 2023, a população prisional, em 30/06/2023, atingiu o quantitativo de 644.305 pessoas presas, que ocupam vagas, no Brasil (figura 1), das quais, 616.930 referem-se a população masculina e 27.375 referem-se a população feminina. Extrai-se, ainda, que na mesma data o sistema prisional possuía a capacidade de 481.835 vagas. Em contrapartida, demonstrou um déficit de 162.470 vagas.

Figura 1 – População Prisional



Fonte: SISDEPEN

Por fim, vale destacar alguns dos objetivos da ressocialização no sistema penal que corroboram sua existência, quais sejam, a prevenção da reincidência, a reintegração do indivíduo na sociedade, a humanização do cumprimento da pena, promoção da justiça restaurativa e o afastamento da retroalimentação dos problemas vivenciados pela sociedade e combatidos pelo Estado.

A dignidade da pessoa humana trata-se de um princípio universalmente conhecido, que apresenta relação com os direitos fundamentais e, consequentemente, com os direitos humanos, dado que como aludido no capítulo anterior, os direitos fundamentais são direitos humanos institucionalizados por determinado País.

Sarlet define a dignidade humana como sendo:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável [...]. (SARLET, 2015, p. 70).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), nos termos do Artigo 1º, inciso III, preconiza como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Mendes; Coelho; Branco (2009. p. 172) afirmam que “[...] é sob essa concepção metafísica do ser humano que reputamos adequado analisar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios – desde logo considerado de valor pré-constituinte e de hierarquia supraconstitucional [...]”.

Fosse pouco, o legislador, através do ordenamento jurídico pátrio, ao prever diversos direitos e garantias ao indivíduo (preso), buscou reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, Nucci destaca que:

Os direitos humanos não são atributos exclusivos de pessoas reputadas honestas ou primárias e sem antecedentes. São direitos do ser humano, onde quer que ele esteja. Há que ressaltar ter o sentenciado sido condenado para cumprir uma pena e não para expiar sua culpa, mediante tortura ou qualquer outra situação deplorável. (NUCCI, 2016, p. 141).

Paralelamente, o reconhecimento deste princípio põe em voga sua associação com o direito à ressocialização, já que, o último, está voltado à promoção da dignidade, uma vez que visa possibilitar a reabilitação do

indivíduo e sua reintegração à vida social.

Nesse esteio, a ressocialização comunga com a promoção da dignidade da pessoa humana, pois busca possibilitar a reabilitação do indivíduo que cometeu alguma infração penal ou violou alguma norma social, visando, ainda, sua reintegração efetiva à vida social. Tal processo não apenas serve como uma forma de retribuição ao delito praticado, mas também como um mecanismo para oferecer ao infrator a oportunidade de retratar-se, crescer por si mesmo e contribuir de maneira positiva para a comunidade.

4 Posições doutrinárias sobre o tema

Abordar a ressocialização como um direito fundamental é um tema complexo que envolve questões sociais e jurídicas. Assim, vale destacar a existência de diferentes posicionamentos doutrinários atinentes ao tema.

Rogério Greco aduz que:

[...] devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar? E se tiver de voltar ao mesmo ambiente promíscuo do qual fora retirado para fazer com que cumprisse sua pena? Enfim, são problemas sociais que devem ser enfrentados paralelamente, ou mesmo antecipadamente [...]. (GRECO, 2011, p. 477).

Com efeito, tal entendimento exprime a dificuldade para implementação efetiva da ressocialização sob a atual ótica político-social, na medida em que a vontade política seria um fator determinante para o alcance da ressocialização.

Lourival Almeida Trindade entende que:

Na atualidade, não se ignora que a prisão, em vez de regenerar e ressocializar o delinquente, degenera-o e dessocializa-o, além de pervertê-lo, corrompê-lo e embrutecê-lo. A prisão é, por si mesma, criminógena, além de fábrica de reincidência. Já foi cognominada, por isso mesmo, de escola primária, secundária e universitária do crime. Enfim, a prisão é uma verdadeira sementeira da criminalização. (TRINDADE, 2003, p. 30).

É importante frisar que embora tal entendimento seja verídico, a realidade necessita ser enfrentada, para que seja modificada, através da

criação de mecanismos eficazes para lidar com a situação. No entanto, para criação de mecanismos eficazes torna-se necessário o estudo a respeito do tema e tentativas de implantação, ou seja, simplesmente “fechar os olhos” e aceitar a situação como se não houvesse alternativas seria uma forma de perpetuação do problema.

Segundo Albergaria a ressocialização é:

[...] um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao welfare statate (estado social de direito), que se empenha por assegurar o bem-estar material a todos os indivíduos, para ajudá-los fisicamente, economicamente e socialmente. O delinquente, como indivíduo em situação difícil e como cidadão tem direito à sua reincorporação social. Essa concepção tem o mérito de solicitar e exigir a cooperação de todos os especialistas em ciências do homem para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar da humanidade. (ALBERGARIA, 1996, p. 139).

Isto posto, extrai-se que o reconhecimento da ressocialização como um direito fundamental se caracteriza pelo zelo à humanidade, representado pelo bem-estar do indivíduo e a busca pelo resgate da socialização.

5 Considerações finais

O texto não tem o intuito de esgotar a temática em apreço, apenas oferecer reflexões. Muito embora não seja ainda um tema suficientemente tratado pela doutrina, existem boas razões para considerar a ressocialização como um Direito Fundamental do preso.

Referências

ALBEGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALEXY, Robert. **Sistema de filosofia do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2022.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 nov. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. v. 1. 14. ed.

Niterói: Ímpetus, 2011a.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Relatório de Informações Penais (RELIPEN), Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semestre-de-2023.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado 4 (2006)**.

STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 21/12/2023.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização... Uma (dis)função da pena de prisão**. Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.

VALOIS, Luís Carlos. Ressocialização versus legalidade: em prol de uma possível comunicação na execução penal. **Boletim IBCCRIM – Ano 21 – nº 250 – Setembro – 2013**, São Paulo: IBCCRIM, 2013, ISSN 1676-3661.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

Capítulo 22

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E *FAKE NEWS*

Daiana Brandt¹

1 Introdução

O contexto atual, em que as informações sobre os mais diversos temas, desde o cotidiano dos indivíduos, até questões atinentes à proteção do regime democrático de um país, circulam nos mais diversos espaços ofertados e possibilitados pela Internet, requer um olhar atento ao modo pelo qual a coleta/produção dessas informações ocorre.

Tendo em vista essa ideia é que o presente trabalho liga o conceito de violência simbólica, nos termos desenvolvidos por Pierre Bourdieu, à análise sobre a necessidade de regulamentação da Internet, diante da crescente proliferação das denominadas *fake news*.

2 Violência simbólica: de acordo com Pierre Bourdieu

A violência conceituada por Bourdieu é simbólica, porque, ao contrário da física, ela não causa um machucado visível, isto é, um corte na carne ou um hematoma². É uma violência sutil, que não deixa marcas, mas têm efeitos perversos na vida de uma pessoa e, especialmente, na sua relação com o outro. É uma forma de violência em que a simples percepção dos fatos não se faz suficiente.

Existem relações simbólicas, que se instalaram pelo fato de que os esquemas de percepção e de compreensão são semelhantes entre dominantes e dominados. É importante frisar que esses esquemas de percepção e de compreensão não são atos dotados de consciência, pois estão revestidos da incorporação de uma submissão, que é percebida como algo natural³.

1 Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul, professora universitária e assessora de juiz de direito. E-mail: dai.brandt1508@gmail.com.

2 Para Emmanuel Terray (2005), a violência simbólica continua sendo violência física, mas uma violência mascarada e esquecida enquanto tal.

3 “As relações simbólicas de força são relações de força que se instauram e se perpetuam por intermédio do conhecimento e do reconhecimento, o que não significa dizer por meio de atos intencionais de consciência: para que a dominação simbólica seja instituída, é preciso que os dominados tenham em comum com os dominantes os esquemas de percepção e de

Além disso, percebe-se que nas relações simbólicas existe uma dependência imperceptível que mobiliza a execução de uma espécie de violência. Essa violência, assim, é alcançada por meio de um sentimento de obrigação para com a outra pessoa, ainda que a obrigação não seja real ou justa⁴.

Nesse contexto, de acordo com Luciano Miranda (2005, p. 16.), Bourdieu afirma que uma dominação total somente existirá quando um campo⁵ dominar os demais e impuser uma única definição aceitável de conduta humana. E é por esta razão que, segundo Miranda, Bourdieu se inspira tanto no campo da comunicação, um espaço que pode influenciar os demais e, ao mesmo tempo, ser utilizado por eles como um instrumento para a concessão de seus interesses.

Quando as palavras são dotadas de um poder, um poder de crença⁶ coletiva, isto é, de uma adesão cega, que enseja um desconhecimento também coletivo, é que se percebe a utilização de um capital simbólico⁷,

apreciação segundo os quais uns e outros são percebidos reciprocamente; é preciso que eles se percebam tal como se lhes percebe; quer dizer, que seu conhecimento e seu reconhecimento encontrem seu princípio nas disposições práticas de adesão e de submissão as quais, sem passar pela deliberação e pela decisão, escapam à alternativa entre o consentimento e a coerção” (BOURDIEU, 2001, p. 242).

- 4 “[...] A comunicação converte relações de força bruta, sempre incertas e suscetíveis de serem suspensas, em relações duráveis de poder simbólico pelas quais se é obrigado e com as quais a gente se sente obrigado; ela transfigura o capital econômico em capital simbólico, a dominação econômica em dependência pessoal (por exemplo, com o paternalismo), até em devotamento, em piedade (filial) ou em amor. A generosidade é possessiva e decerto tanto mais quando é e se manifesta como sendo mais sinceramente generosa, como nas trocas afetivas (entre pais e filhos, ou então entre apaixonados). ‘É injusto que alguém se ligue comigo, ainda que o faça com prazer e voluntariamente. Eu enganaria até aqueles com os quais eu faria nascer o desejo, porque eu não sou a meta de ninguém e nem tenho como satisfazê-los. Será que estou pronto para morrer? E assim o objeto de sua ligação morreu. Logo, eis o quanto me sentiria culpado de fazer acreditar numa falsidade, ainda que eu fosse docemente persuasivo, e que se pudesse acreditar nela com prazer, ou que ela me desse prazer, eu sou culpado por me fazer amar.’ (As crises, sempre particularmente trágicas, da economia do dom coincidem com a ruptura do encantamento que remete a lógica da troca simbólica para a ordem da troca econômica: ‘depois de tudo que fizemos por você ...’)” (BOURDIEU, 2001, p. 242-243, grifos do autor).
- 5 Para Bourdieu (2004a, p. 88, grifos do autor) existem diversos campos: o jurídico, o econômico, o da comunicação. Para ele, “a história do campo é a história da luta pelo monopólio da imposição das categorias de percepção e apreciação legítimas; é a própria luta que faz a história do campo; é pela luta que ele se temporaliza”.
- 6 “*Credere*, diz Benveniste, ‘é literalmente colocar o kred, quer dizer, a potência mágica, num ser de que se espera proteção, por conseguinte, crer nele’. O *kred*, o crédito, o carisma, esse não-sei-quê pelo qual se tem aqueles de quem isso se tem, é o produto do credo, da crença da obediência, que parece produzir o *credo*, a crença, a obediência” (BOURDIEU, 2003a, p. 08, grifos do autor). O termo não será mais aprofundado, porquanto não ser esse o objetivo do trabalho.
- 7 “[...] O capital simbólico não é outra coisa senão o capital econômico ou cultural quando conhecido e reconhecido, quando conhecido segundo as categorias de percepção que ele impõe, as relações de força tendem a reproduzir e reforçar as relações de força que constituem

mediante o qual se alcança êxito ou destaque em um determinado campo social (BOURDIEU, 2004a, p. 161-162.). Tal capital pode fazer com que se incorra na efetivação de um tipo de violência, também simbólica, realizada pelo uso de determinadas palavras, signos ou símbolos.

A utilização característica dessa linguagem simbólica pode ser percebida muito claramente no discurso político⁸. Quando um político, por exemplo, afirma que fala em nome do povo, passando a ideia de que é o seu porta-voz, na verdade, busca esconder o seu desconhecimento acerca dos anseios populares que sequer pretende conhecer e tampouco concretizar (BOURDIEU, 2004b, p. 197). Outro exemplo de produção simbólica⁹ está associado ao deferimento de “[...] títulos escolares, [que]

a estrutura do espaço social” (BOURDIEU, 2004b, p. 163).

- 8 “O efeito de oráculo, forma limite da performatividade, é o que permite ao porta-voz autorizado autorizar-se junto ao grupo que o autoriza para exercer uma coação reconhecida, uma violência simbólica sobre cada um dos membros isolados do grupo. Se eu sou o coletivo feito homem, o grupo feito homem, e se esse grupo é o grupo de que você faz parte, que o define, que lhe dá uma identidade, que faz com que você seja realmente um professor, realmente um protestante, realmente um católico, etc., não há realmente mais nada a fazer senão obedecer. O efeito de oráculo é a exploração da transcendência do grupo em relação ao indivíduo singular operada por um indivíduo que de certa forma é efetivamente o grupo, porque ninguém pode se levantar e dizer: ‘Você não é o grupo’, a menos que seja para fundar um outro grupo e se fazer reconhecer como mandatário desse novo grupo” (BOURDIEU, 2004b, p. 197-198, grifos do autor).
- 9 “Nota-se a contribuição que certas atividades tão estranhas à política em sua definição restrita, quanto à dos costureiros, publicitários, higienistas, médicos, jornalistas dos periódicos femininos, etc., fornecem para a manutenção da ordem simbólica. Assim, o conluio inconsciente dos médicos e nutricionistas (com suas tabelas de ‘relação de peso com altura no homem normal’), a dos costureiros que conferem universalidade às medidas dos manequins, a dos publicitários que encontram nos novos usos obrigatórios dos corpos, importados e impostos pelas férias, ocasião de inúmeras chamadas à ordem (‘fiscalize seu peso ...’), contribui para produzir e impor como legítimo, isto é, como evidente, uma nova imagem do corpo, a saber: a que a nova burguesia da sauna, da sala de ginástica e do esqui descobriu por si mesma. O mesmo poderia ser dito a respeito da representação das satisfações legítimas (sexuais, entre outras) que se tem direito de esperar do corpo. Esta imposição de práticas legítimas tende por si a produzir a mesma quantidade de necessidades e expectativas, de insatisfações ou, como se diz, de ‘complexos’ (outro produto da difusão legitimadora operada pelos periódicos femininos) em todos aqueles, cujo *habitus* corporal não é o produto das mesmas condições econômicas e sociais que o *habitus* assim legitimado. Além de oferecer um mercado a todos os produtores de meios destinados a preencher a separação entre o ser e o dever ser, desde os conselheiros conjugais até os vendedores de pílulas para emagrecer e de produtos dietéticos, esta nova alienação que é a criação (sem itálico) da alquimia social, encerra o princípio de um descontentamento e de um profundo mal-estar de natureza completamente diferentes daqueles dos quais os costureiros estavam empenhados em liberar suas clientes, ou dos quais as burguesas liberadas procuram se livrar pela psicanálise ou expressão corporal. A vergonha corporal e qualquer outra espécie de vergonha cultural - aquela resultante de um sotaque, de um falar ou gosto - encontram-se, com efeito, entre as formas mais insidiosas da dominação porque levam a viver, segundo o modelo do pecado original e da indignidade essencial, certas diferenças que, mesmo em relação às mais naturais na aparência, tais como as que têm a ver com o corpo, são o produto de condicionamentos sociais, portanto, da condição econômica e

representam autênticos títulos de propriedade simbólica que dão direito às vantagens e reconhecimento” (BOURDIEU, 2004b, p. 163).

O Estado, como se percebe, assume um papel de norteador oficial das regras a serem seguidas, de modo que não é à toa que a disputa pelo alcance de um espaço nele seja tão acirrada. Ele é um meio oficial da transmissão de uma visão de mundo, de uma forma de organização da vida social.

Há que se atentar que a utilização da força simbólica “[...] é uma forma de poder que se exerce sobre os corpos, diretamente, e como que por magia, sem qualquer coação física; mas essa magia só atua com o apoio de predisposições colocadas, como molas propulsoras, na zona mais profunda dos corpos” (BOURDIEU, 2003b, p. 50). Todo esse processo de formação de regras, porquanto incorporadas e tidas como naturais, não é percebido, podendo se revestir de situações que agridam o indivíduo, sem que ele próprio se aperceba disso.

Nesse sentido, é importante perceber que a violência simbólica¹⁰, imperceptível enquanto tal, não pode ser afastada¹¹:

[...] Apenas com as armas da consciência e da vontade: as condições de sua eficácia estão inscritas de modo durável nos corpos sob a forma

social” (BOURDIEU, 2004a, p. 183-184, grifos do autor).

10 “[...] Violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento. Essa relação social extraordinariamente ordinária oferece também uma ocasião única de apreender a lógica da dominação, exercida em nome de um princípio simbólico conhecido e reconhecido tanto pelo dominante quanto pelo dominado, de uma língua (ou uma maneira de falar), de um estilo de vida (ou uma maneira de pensar, de falar ou agir) e, mais geralmente, de uma propriedade distintiva, emblema ou estigma, dos quais o mais eficiente simbolicamente é essa propriedade corporal inteiramente arbitrária e não predicativa que é a cor da pele” (BOURDIEU, 2003b, p. 07-08).

11 “Pelo fato de o fundamento da violência simbólica residir não nas consciências mistificadas que bastaria esclarecer, e sim nas disposições modeladas pelas estruturas de dominação que as produzem, só se pode chegar a uma ruptura da relação de cumplicidade que as vítimas da dominação simbólica têm com os dominantes com uma transformação radical das condições sociais de produção das tendências que levam os dominados a adotar, sobre os dominantes e sobre si mesmos, o próprio ponto de vista dos dominantes. A violência simbólica não se processa senão através de um ato de conhecimento e de desconhecimento prático, este que se efetiva aquém da consciência e da vontade e que confere ser ‘poder hipnótico’ a todas as suas manifestações, injunções, sugestões, seduções, ameaças, censuras, ordens ou chamadas à ordem. Mas uma relação de dominação que só funciona por meio dessa cumplicidade de tendências depende, profundamente, para sua perpetuação ou para sua transformação, da perpetuação ou da transformação das estruturas de que tais disposições são resultantes (particularmente da estrutura de um mercado de bens simbólicos cuja lei fundamental é que as mulheres nele são tratadas como objetos que circulam de baixo para cima)” (BOURDIEU, 2003b, p. 54-55, grifos do autor).

de disposições as quais, sobretudo no caso das relações de parentesco e das relações sociais concebidas segundo tal modelo, se exprimem e são vividas na lógica do sentimento ou do dever, muitas vezes confundidos na experiência do respeito, da dedicação afetiva ou do amor, podendo sobreviver muito tempo ao desaparecimento de suas condições sociais de produção (BOURDIEU, 2001, p. 218-219).

Assim, tal violência é confundida com outros sentimentos que obscurecem a real compreensão de suas circunstâncias enjeadoras, fazendo com que a possibilidade de sair desse ciclo seja quase impossível. A violência simbólica sequer é percebida, pois está interiorizada no corpo e na mente do indivíduo, tornando-se, praticamente, impossível não ser violentado.

Desse modo, a violência simbólica:

[...] Se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes (elevado/baixo, masculino/feminino, branco/negro, etc.), resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto. (BOURDIEU, 2003b, p. 47).

Essa violência parasita o indivíduo sem que ele próprio se dê conta de que alimenta algo que pode vir em seu prejuízo. Aliás, como afirma Bourdieu, em uma relação entre dominantes e dominados, que se instala dentro de um campo, o próprio dominado aplica disposições que lhe são transferidas pelo dominante e as vislumbra como legítimas.

A violência simbólica¹² pode fazer com que seja aceita uma forma de pensar e que ela se apresente como a “verdade” de um discurso. Ela age no inconsciente e, por essa razão, pode se apresentar como a pior modalidade de violência, pois inibe a escolha do cidadão que sequer percebe que tem cerceada a sua liberdade de pensamento.

Tal violência, que pode transformar-se em um poder, como se constatou, não é fácil de ser compreendida, tampouco, de ser combatida. O que se deve perceber é que um indivíduo pode estar sendo determinado

12 “A forma por excelência da violência simbólica é o poder (para além da oposição ritual entre Habermas e Foucault) exercido pelas vias da comunicação racional, ou seja, com a adesão (extorquida) dos que, sendo os produtos dominados de uma ordem dominada por forças enfeitadas de razão (como aquelas que agem por meio de sanções da instituição escolar ou mediante as sentenças dos peritos econômicos), estão forçados a conceder sua aquiescência ao arbitrário da força racionalizada” (BOURDIEU, 2001, p. 101).

a ser e a agir de determinada forma. Não que essa submissão seja, assim, fácil de ser alcançada. Pelo contrário, trata-se de um processo que se instala com o decurso de muito tempo e que, mesmo denunciado e contrariado, não é efetivamente combatido, porque se está dentro de um sistema que age de determinada forma e que impede qualquer contra-ataque. Assim, o poder simbólico pode ser definido como:

[...] Esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. Poder quase mágico, que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), só se exerce se for “reconhecido”, quer dizer, ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 2003a, p. 07-08, grifos do autor).

O poder simbólico é exercido com a colaboração daqueles sobre os quais age¹³. Contudo, alerta Bourdieu (2001, p. 208, grifos do autor), que:

[...] Essa submissão tem muito pouco a ver com uma relação de “servidão voluntária” e essa cumplicidade não é concedida por um ato consciente e deliberado; ela própria é o efeito de um poder, que se inscreve duravelmente no corpo dos dominados, sob a forma de esquemas de percepção e de disposições (para respeitar, admirar, amar etc.), ou seja, de crenças que tornam *sensível* a certas manifestações simbólicas, tais como as representações públicas do poder. Estando praticamente cobertas pelo conceito pascaliano de “imaginação”: tais disposições, as mesmas capazes de proporcionar a “reputação” e a “glória” segundo Pascal, conferem “o respeito e a veneração às pessoas, às obras, às leis, aos grandes”. São elas que conferem às “capas vermelhas” e aos “arminhos”, aos “palácios” dos magistrados e às “flores-de-lis”, às “sotainas” e às “botinas” dos médicos, às “togas” e às “ampolas táticas” dos doutores, a autoridade que exercem sobre nós; no entanto, no intuito de produzir tais disposições, foi preciso a ação prolongada de inúmeros poderes que ainda nos governam por seu intermédio. Conforme lembra Pascal com nitidez, com vistas a neutralizá-las, os efeitos de “imaginação” produzidos pelo “augusto aparelho” e pelo “mostrador tão autêntico” de que se faz necessariamente acompanhar o exercício de todos esses poderes (os exemplos invocados por ele se referem a “cargos ou ofícios” assumidos pela nobreza escolar ou estatal), remetem ao costume, isto é,

13 O poder simbólico não pode, assim, ser desenvolvido “[...] sem a colaboração dos que lhe são subordinados e que só se subordinam a ele porque o constroem como poder. Mas, evitando deter-nos nessa constatação (como o faz o construtivismo idealista, etnometodológico ou de outro tipo), temos que registrar e levar em conta a construção social das estruturas cognitivas que organizam os atos de construção do mundo e de seus poderes. Assim se percebe que essa construção prática, longe de ser um ato intelectual consciente, livre, deliberado de um sujeito isolado, é, ela própria, resultante de um poder inscrito duradouramente no corpo dos dominados sob forma de esquemas de percepção e de disposições (a admirar, respeitar, amar, etc.) que o tornam sensível a certas manifestações simbólicas do poder” (BOURDIEU, 2003b, p. 53).

à educação e ao treinamento do corpo.

Veja-se que não se pode esquecer que “[...] as trocas linguísticas – relações de comunicação por excelência – são também relações de poder simbólico onde se atualizam as relações de força entre os locutores ou seus respectivos grupos” (BOURDIEU, 1996, p. 24). Mas é importante notar que a eficácia simbólica das palavras somente ocorre quando a pessoa-alvo reconhece que a pessoa que fala o pode fazer de direito, “[...] ou então, o que dá no mesmo, quando se esquece de si mesma ou se ignora, sujeitando-se a tal eficácia, como se estivesse contribuindo para fundá-la por conta do reconhecimento que lhe concede” (BOURDIEU, 1996, p. 95).

O presente trabalho, nesse contexto, privilegia a análise específica da regulamentação da Internet como uma forma de frear a disseminação do que se passou a denominar de *fake news*¹⁴.

3 *Fake news* e regulamentação da internet

Com base no aporte teórico de Bourdieu, percebe-se que pode existir uma ligação entre violência simbólica e *fake news*. E, parece surgir como uma forma de combatê-las a regulamentação da Internet.

Muito tem se ouvido falar acerca das *fake news*. Contudo, de acordo com os pesquisadores Ricardo Fabrino Mendonça, Viviane Gonçalves Freitas, Camilo de Oliveira Aggio e Nina Fernandes dos Santos (2022), inexiste **uma definição única do termo, não havendo um sentido público estável, apresentando-se como um termo polissêmico**. De modo que poderiam ser compreendidas como “declarações conhecidamente falsas sobre fatos, produzidas para servir a propósitos estratégicos e que são disseminadas para gerar influência social ou lucro”; ou, ainda, “notícias fabricadas que imitam textos jornalísticos em sua forma, mas não na intenção, para propagar mentiras”. As *fake news*, portanto, estariam ligadas à desinformação com o objetivo de enganar e ludibriar audiências (MENDONÇA et al., 2022, grifos dos autores).

Ainda, para Mendonça et al. (2022, grifos dos autores) é:

[...] Fundamental encarar não apenas o uso estratégico da desinformação ou sua capacidade em ludibriar pessoas. Uma compreensão adequada da desinformação requer o estudo do contexto mais amplo de crise epistêmica que possibilita uma mudança de eixo do próprio valor da verdade. Entender esse cenário é vital para dotar de sentido os usos

14 Em tradução livre: notícias falsas.

da desinformação e sua inclusão no repertório de confronto político. Nesse sentido, a crise da democracia é não apenas consequência da difusão de *fake news*, mas também uma de suas causas, na medida em que alimenta condições do confronto político que toleram e nutrem a incerteza e a inverdade na luta contra os “inimigos”. Contradizer *fake news* específicas e educar cidadãos para lidar com mídias digitais podem ser ações paliativas inevitáveis, mas permanecem como ações paliativas que não enfrentam o cerne das questões geradoras do cenário de desinformação em que nos encontramos. Um adequado enfrentamento da situação requer tanto o fortalecimento democrático, com a consequente remodalização dos confrontos políticos, quanto a revitalização pública de terrenos comuns capazes de enfrentar a crise epistêmica.

Cotidianamente somos deparados com as denominadas *fake news*. Existem, inclusive jornalistas e estudiosos da área que se debruçam sobre as notícias para demonstrar a sua veracidade ou não. Neste contexto, tendo em vista a violência simbólica, que atua de forma tão velada e estruturada na vida do indivíduo, o desafio parece ser o combate às notícias falsas, sejam elas as mais lúdicas até as mais nocivas.

O desafio reside em um questionamento: como pretender que alguém, que está sendo violentado simbolicamente, compreenda que tal violência exista, se sequer percebe que a sofre, se sequer tem a percepção de que talvez seja a pior violência que já tenha sofrido? Com base nele é que o presente trabalho visa perpassar brevemente pela análise da Projeto de Lei (PL) n.º 2630, de 2020, que ficou conhecida como a “PL das *fake news*” e institui a “Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet”.

O texto da proposta conta com trinta e seis artigos e já foi aprovado pelo Senado Federal, visando, de acordo com o Senado Federal (2020): “evitar notícias falsas que possam causar danos individuais ou coletivos e à democracia”. Ainda, de acordo com Alessandro Vieira (SENADO FEDERAL, 2020), autor da proposta:

O projeto é uma forma de fortalecer a democracia e reduzir a desinformação e o engano, por meio do combate a informações falsas ou manipuladas nas redes sociais. Entre as principais mudanças estão regras para coibir contas falsas e robôs, facilitar o rastreamento do envio de mensagens em massa e garantir a exclusão imediata de conteúdos racistas ou que ameacem crianças e adolescentes, por exemplo. Além disso, o projeto cria regras para as contas institucionais de autoridades, como o presidente da República, e prevê punições para as plataformas que descumprirem as novas normas. As novas regras se aplicam às redes sociais e aos aplicativos de mensagem que tenham pelo menos

dois milhões de usuários. A lei vale também para redes e aplicativos estrangeiros, desde que ofereçam seus serviços ao público brasileiro. Os provedores menores deverão usar a lei como parâmetro para o combate à desinformação e para dar transparência sobre conteúdos pagos.

Observa-se que dentre as principais ferramentas jurídicas previstas para o combate à informação falsa está a obrigação das plataformas¹⁵ excluírem as contas falsas, o dever de os provedores¹⁶ criarem mecanismos para detectar irregularidades, a previsão de mecanismos para que se possa pedir a revisão ou a remoção de conteúdos de perfis e de órgãos públicos, a proibição de robôs de disparar mensagens em massa e a obrigação aos provedores de redes sociais comunicarem ao Ministério Público Eleitoral sobre propaganda irregular.

Parece ser um início para que a informação chegue sem obscuridade e sem tantos obstáculos à população. O que se percebe, contudo, é uma resistência em dar seguimento à tramitação para a aprovação do projeto.

O maior argumento contrário à regulamentação parece ser a possibilidade de censura, com fundamento no artigo 5.º, inciso IV, da Constituição Federal (CF/88). Alega-se que a regulamentação das informações que são difundidas pela Internet, poderia representar censura.

Neste sentido, cabe mencionar que para Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 501):

O problema da definição demasiadamente ampla da censura, como abarcando toda e qualquer restrição à liberdade de expressão, é de que ela acabaria por transformar a liberdade de expressão em direito absoluto, o que não se revela como sustentável pelo prima da equivalência substancial e formal entre as liberdades de expressão e outros bens fundamentais, pela menos a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade.

Logo, em não havendo direito absoluto no nosso ordenamento jurídico, até a liberdade de expressão pode sofrer limitações. Estas, também constitucionalmente traçadas. O leva a conclusão de que o argumentado fundado na censura é falho.

15 Que pode ser um sistema físico ou virtual que determinada empresa utilizada para criar os produtos.

16 Como, por exemplo, Claro, Tim e Vivo.

4 Considerações finais

Com base no conceito de violência simbólica trazido por Bourdieu, aliado à análise da PL das *fake news*, conclui-se que há um longo caminho a ser seguido para que se possa pensar em combate à desinformação. E, mais do que isso, uma árdua luta para que de unvele a violência simbólica presente nos discursos mais cotidianos até naqueles que podem interferir nos rumos de um país ou do mundo.

A ideia foi, pois, conectar a teoria de Bourdieu com o referencial legal trazido pela PL das *fake news*, que caminha a passos lentos e está em risco de não alcançar a sua efetiva promulgação. Que bons ventos soprem e nos tragam esperança de dias melhores.

Referências

- BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença:** contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 2 ed. São Paulo: Zouk, 2004a.
- BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas.** São Paulo: Brasiliense, 2004b.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003a.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003b.
- BOURDIEU, Pierre. **Meditações pascalianas.** Tradução de: Sergio Miceli. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. **Economia das trocas linguísticas:** o que falar quer dizer. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 abri. 2024.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de lei n.º 2630/2020.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1909983&filename=PL%202630/2020. Acesso em: 04 abri. 2024.
- MENDONÇA, Ricardo Fabrino; FREITAS, Viviane Gonçalves;

AGGIO, Camilo de Oliveira; SANTOS, Nina Fernandes dos. *Fake News e o Repertório Contemporâneo de Ação Política*. Disponível: <https://www.scielo.br/j/dados/a/M47Czv8v8HzwQ6DKjBqJvg/?lang=pt#>. Acesso em: 02 abri 2024.

MIRANDA, Luciano. **Pierre Bourdieu e o campo da comunicação:** por uma teoria da comunicação praxiológica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilerme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2017.

SENADO FEDERAL. **Agência Senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/30/aprovado-projeto-de-combate-a-noticias-falsas>. Acesso em: 03 abri. 2024.

TERRAY, Emmanuel. Proposta sobre a violência simbólica. In: ENCRÉVE, Pierre; LAGRAVE, Rose-Marie (coord.). **Trabalhar com Bourdieu**. Tradução de: Karina Jannini. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2005.

Capítulo 23

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Cláudia Taís Siqueira Cagliari¹
Robson Fernando Santos²

1 Introdução

O presente artigo tem como escopo apresentar a Justiça Restaurativa (JR) como uma alternativa para resolução de conflitos aos casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Justiça Restaurativa vem ganhando cada vez mais reconhecimento e adesão, já que o sistema de justiça penal tradicional, voltado essencialmente à punição, tem sido ineficaz e violador de direitos constitucionais fundamentais. As práticas restaurativas encaram o crime não como uma tutela exclusivamente estatal, mas como um rompimento de relacionamento entre infrator-vítima-comunidade. A vítima exerce um papel ativo no processo penal. O agressor, por sua vez, é conduzido a responsabilizar-se pelos danos causados, de forma conscientizadora e reintegrativa.

Sabe-se que a discriminação e a violência praticada contra as mulheres acontecem em todo o mundo, sem distinção de classe social, cor, religião etc. Assim, existe a necessidade dessa discussão na atual conjuntura brasileira, ou seja, a violência doméstica e familiar contra a mulher trata-se de um fenômeno ainda muito presente na sociedade.

-
- 1 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Público. Aperfeiçoamento em Programa de Formação Pedagógica de Docentes e Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professora universitária (Centro Universitário UNIVEL – Cascavel/PR). E-mail: claudiatcagliari@gmail.com
 - 2 Pós Doutor pela Flacso/UnB, Doutor pela PUC/PR, Mestre pela UFSC, Especialista em Direito Processual Civil pela Unochapecó. Docente da Uceff Chapecó/SC, pós graduado pela FEMPAR. E-mail: santosrobsonfernando@gmail.com

Nesse contexto, a Lei Maria da Penha é utilizada para coibir a prática de violência contra as mulheres como um instrumento de efetivação de direitos e garantias para as mulheres.

E o instituto da Justiça Restaurativa pode ser um instrumento eficaz de combate a violência doméstica e familiar contra mulher. É um meio extrajudicial eficaz para prevenção de futuros casos de violência doméstica, ou seja, é uma nova perspectiva no que diz respeito à preservação e a efetivação dos direitos das mulheres.

O processo criminal não deve ser a única opção aos diversos casos de violência contra a mulher. Por isso, a aplicabilidade da Justiça Restaurativa, por meio da mediação de conflitos abrangendo violência doméstica e familiar, com o intuito de destacar uma nova perspectiva para o conflito que origina a violência.

Nesse sentido, sugere-se a inserção e a complementação por meio das práticas restaurativas como uma perspectiva de mudanças concretas na realidade dos envolvidos, com vistas a compreender e aperfeiçoar as práticas de restauração para a efetiva solução do conflito aos casos de violência contra a mulher em âmbito doméstico.

2 O retrato brasileiro da mulher vítima de violência doméstica e a lei maria da penha

A violência contra a mulher no ambiente familiar geralmente começa na infância, pois a menina aprende que se trata de um “ato de correção”, acostumando-se a aceitar a violência como algo que simplesmente faz parte das relações familiares. Assim, é muito difícil conseguir identificar como violência aquilo que socialmente não é reconhecido como tal. (SABADELL, 2005, p. 236)

Não obstante, para Freyre (2003), a distinção entre os sexos sempre foi evidente, especialmente, porque sedimentou-se a sociedade num modelo patriarcal, fazendo do patriarca um dominador, que exerce um poder de dominação sobre as mulheres, como se fosse dono. Culturalmente, portanto, esse comportamento e essa hierarquia eram por vezes consideradas comum e natural. Historicamente, no entanto, os patriarcas eram aceitavelmente considerados donos soberanos das mulheres, inclusive.

A atualidade histórica coloca em evidência, e de maneira ardorosa, problemas do vasto conflito dos sexos, oculto há milênios. Conflitos que têm suas origens nas primeiras formas de sociedade, na evolução da

conquista da cidadania que se procura encontrar e analisar.

Para Beauvoir (1967), apenas quando for extinta a escravidão de uma parte da humanidade e todo o sistema de hipocrisia é que a humanidade conseguirá manifestar-se de forma autêntica e o casal humano poderá descobrir sua forma verdadeira.

Nessa conjuntura, os relacionamentos

[...] oscilam entre o sonho e o pesadelo, e não há como determinar quando um se transforma no outro. Na maior parte do tempo, esse dois avatares coabitam — embora em diferentes níveis de consciência. No líquido cenário da vida moderna, os relacionamentos talvez sejam os representantes mais comuns, agudos, perturbadores e profundamente sentidos da ambivalência. (BAUMAN, 2004, p. 08)

Os direitos inseridos na própria Carta Constitucional de 1988, particularmente no seu art. 1º, inciso III, estabelecem como um dos fundamentos de nossa República “a dignidade da pessoa humana”.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) surge como resposta da busca incansável pela garantia e pelo respeito à dignidade da mulher agredida, se condizendo aos documentos internacionais de proteção aos direitos das mulheres, e, em seu artigo 6º, afirmou, taxativamente, que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. (CAVALCANTI, 2007, 79-80)

Não se pode olvidar que a referida Lei só surge no Brasil em decorrência de uma condenação do Estado Brasileiro, após denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, do caso concreto envolvendo a Maria da Penha Mais Fernandes, que após a omissão do governo brasileiro, fora condenado internacionalmente, em 2001, não só ao pagamento de indenização, em favor de Maria da Penha; também responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão frente a violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual”. Dias (2010, p.16)

Pela lei supracitada, desenvolve-se uma política de persecução penal e prevenção de violência doméstica, criando uma rede de atendimento especializado, como por exemplo, as delegacias de atendimento e proteção às mulheres vítimas de violência, todavia, ainda existem regiões que não possuem esse atendimento especial. E isso acaba evidenciando um despreparo de alguns profissionais na condução desse grave problema de violência.

Sobre o tema em pauta, é relevante ressalvar que a Lei Maria da Penha existe com o escopo de reduzir as desigualdades de gênero, pois a violência também implica em relações de dominação e de submissão.

Muitos agressores isolam a mulher do meio social como uma maneira de possuí-la somente para si. Impedem-na de ver a família, os amigos ou, até mesmo, de buscar um trabalho. O objetivo é aprisionar a mulher para que o seu único apoio seja o marido. Isso não deixa de ser uma espécie de “arma de controle”, usada com um único objetivo:

[...] para criar o desespero do abandono e da solidão, tornando a mulher totalmente dependente da única pessoa que lhe resta, o seu vitimizador. Durante algum tempo, ele força-a a afastar-se não apenas das pessoas significativas em sua vida, mas também da comunidade humana mais ampla, à qual um dia ela já pertenceu. (MILLER, 1999, p. 65-66)

Nesse contexto, Bobbio ensina que “uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: uma nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades”. (BOBBIO, 1997, p. 32)

Portanto, uma lei, ao ser cumprida, deve oferecer tratamento igualitário a todos (igualdade formal), e, com isso, deve ser genérica e abstrata, tratando a todos sem que haja desfavorecimento ou privilégios.

Conforme Cabral (2004, p. 61), “quando falamos em igualdade material, subentende-se que as oportunidades devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos”, porque é por meio da igualdade material que o Estado busca garantir os direitos dos cidadãos e proteger os seus direitos fundamentais.

O Estado está juridicamente comprometido a proteger a família e a cumprir sua função preventiva no que se refere à prática da violência doméstica. Por isso deve ser chamado a redimensionar o problema sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais. Entende-se que a Lei Maria da Penha é instituto legal que procura proteger as mulheres, seus direitos humanos e fundamentais, já expressos na Constituição Federal de 1988.

A dignidade humana é valor imperativo e fundamento da República Federativa do Brasil e representa, juntamente com os direitos fundamentais, a própria razão de ser da Constituição Brasileira, pois o Estado é apenas meio para a promoção e defesa do ser humano.

É mais que um princípio, é norma, regra, valor que não pode ser esquecido em nenhuma hipótese, não só na prevenção, como também na punição, conforme preceitua Ferrajoli (2010, p. 364). É irrenunciável e

os direitos humanos decorrem do reconhecimento da dignidade do ser humano, e combater a violência doméstica é uma das formas de garantir a dignidade da mulher.

O contexto atual remete a um processo de democratização, com uma busca de novas relações familiares, nas quais, discute-se os papéis atribuídos, culturalmente, ao masculino e ao feminino. Vive-se uma era contemporânea em que a cultura e as tradições passam por transformações, principalmente, aquelas ligadas às entidades familiares. O modelo de família hierárquica sob predominância do poder patriarcal, deu lugar à democracia e a igualdade de direitos. (ARAÚJO, 2010, p. 9-10)

A cidadania deve ser redefinida para que não se converta em uma categoria egoísta e não solidária, que acabe induzindo à ruína os direitos fundamentais. Os novos desafios da cidadania devem ser encarados a partir de uma atitude de cooperação e solidariedade “com o outro” e “não à custa de outro” ou “contra o outro”. A cidadania exige uma atitude de todos.

Constata-se que a Lei Maria da Penha determina que as relações pessoais independem de orientação sexual, demonstrando a intenção estatal de não haver qualquer discriminação entre pessoas, independente de sua orientação sexual. Estabelece que a violência doméstica e familiar constitui uma das formas de violação dos direitos humanos e abrangem todas as classes sociais. Nesse sentido, afirma-se que essa lei também busca a igualdade de direitos, uma das inquietações das lutas feministas.

Importante destacar que a criação da Lei da Lei Maria da Penha foi um grande avanço no que diz respeito a lutar contra a desigualdade e a busca de mudança nos comportamentos agressivos e violentos enraizados na sociedade predominantemente machista.

Cabe destacar também que a violência ocorre de diversas formas e acontece nos diferentes espaços: público ou privado, em uma cultura predominante machista, ou seja, a supremacia masculina nas esferas públicas e privadas se traduz em consenso e muitas vezes se estabelece por meio da violência.

De acordo com Bourdieu (1983, p. 21), o conceito de violência simbólica é um espaço onde “manifestam relações de poder, o que implica afirmar que ela se estrutura a partir da distribuição desigual de um quantum social que determina a posição que um agente específico ocupa em seu seio”.

Ressalta-se que a violência simbólica ocorre pelas formas e linguagem, que não está somente nos casos evidentes de provocações e

de relações de dominação social, mas na imposição de certo universo de sentido.

E o Estado tem o dever de delinear ações afirmativas ou políticas públicas para o enfrentamento da desigualdade nas relações de gênero na esfera doméstica, marcadas pela violência da mulher, porque a mulher padece com a violência doméstica. E essa violência doméstica é manifestada de várias maneiras: sexual, física, psicológica, moral e patrimonial.

Para o combate à violência contra a mulher, foi sancionada a Lei 11.304/06 (Lei Maria da Penha) que aborda com mais rigor as infrações cometidas com violência contra a mulher no espaço doméstico e familiar. E essa ação afirmativa implantou medidas rigorosas para coibir esse tipo de violência, com reflexos no âmbito civil e penal.

Essa lei é fundamental para coibir a violência doméstica, pois historicamente as mulheres sofreram com a discriminação e a desigualdade, tornando-se essencial uma ação afirmativa como essa para proteger os direitos das mulheres. Todavia, nota-se que ainda falta a instrumentalização e a sua efetividade.

Jamais deve ser esquecido o objetivo da lei, ou seja, a sua função social diante da legislação brasileira, conforme Souza:

A função social da Lei Maria da Penha busca a real igualdade de gênero no que diz respeito à necessidade de pôr fim à violência doméstica, já que nesse campo é patente a desigualdade existente entre os gêneros masculino e feminino, pois as mulheres aparecem como a parte que sofre as discriminações e violências em índices consideravelmente maiores, não só pelas diferenças físicas, mas também, culturais que envolvem o tema. (SOUZA, 2008. p. 37).

Fica evidente, portanto, que a Lei Maria da Penha, atende à dois escopos do Direito, pois, normatiza a relação de convício social e determina uma imediata modificação de comportamentos descabidos para a contemporaneidade, ou seja, busca-se, pela norma, não só uma correção, mas uma evolução da conduta humana.

3 A aplicabilidade da justiça restaurativa como instrumento de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher

A nomenclatura Justiça Restaurativa é conferida a Albert Eglash que, em 1975, escreveu um trabalho em que apontou três respostas ao

crime: a retributiva baseada na punição; a distributiva voltada para a reeducação; e a restaurativa, tendo como embasamento a reparação. (JACCOUND, 2005. p. 165)

No atual sistema de justiça retributiva, o foco está no dano, o que muitas vezes produz no infrator uma sensação de alienação em relação à sociedade, fazendo ele próprio sentir-se vítima.

Distintas são as construções apresentadas ao conceito de Justiça Restaurativa, podendo-se afirmar, inicialmente, que a proposta está em desenvolvimento, e conforme afirma Sica (2007, p 10) é “[...] mais do que uma teoria em formação, a Justiça Restaurativa é uma prática, ou mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria”. Em resumo, trata-se de uma proposta que busca promover o diálogo e a solidariedade por meio de programas de reconciliação.

Konzen sustenta que, para definir Justiça Restaurativa, os autores têm em comum a afirmação de valores como referência teórica para a compreensão do proceder pelo sistema da Justiça Restaurativa.

A proposta está focada em priorizar os aspectos que dêem ênfase aos processos deliberativos ao invés do preenchimento da expectativa por um resultado a partir de possibilidades predefinidas. Tudo porque pelo proceder da Justiça Restaurativa é a deliberação dos interessados que determina o que a restauratividade significa em um contexto específico. (KONZEN, 2007, p. 80).

Um dos conceitos mais relevantes de Justiça Restaurativa é o do advogado norte-americano Howard Zehr (2008), considerado um dos fundadores e um dos principais teóricos sobre Justiça Restaurativa, destacando-se a sua obra “Trocando as Lentes”.

O autor estudou uma compreensão particularizada sobre os fundamentos da Justiça Restaurativa que descreve da seguinte forma: “O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.” (ZEHR, 2008, p. 170-171)

Em outros termos, “[...] a justiça restaurativa é o processo por meio do qual todas as partes com interesse em uma particular situação problemática encontram-se para resolver coletivamente como lidar com as consequências do fato (crime, ofensa, conflito) e suas implicações futuras.” (SICA, 2007, p. 12)

Destarte, o objetivo da Justiça Restaurativa é a reformulação da

maneira com que os conflitos são solucionados, tanto individualmente quanto perante o grupo social, a partir de instâncias informais de julgamentos como a família, a escola ou o trabalho, ou seja, em todos os ambientes dos quais somos participantes.

Com relação à natureza conceitual do significado de comunidade (*accountability*) e a potencialização do papel da vítima, para os programas de Justiça Restaurativa mais ancestrais, entende-se por comunidade de relação (*community of concern*) da vítima e do ofensor, como também de uma forma mais extensa, o lugar em que ocorreu o crime. (SICA, 2007, p. 14)

Conforme esclarece Sica (2007, p. 13), ao intensificar a participação da comunidade, esta passa a participar das políticas de reparação e fortalecimento do “sentimento” de segurança coletivo, assim como pode ser ator social de um percurso de paz, fundada sobre ações reparadoras as consequências do delito.

A partir desses procedimentos restaurativos já implementados em diversos países, pode-se afirmar que a prática da Justiça Restaurativa é formada por valores fundamentais que a distingue de outras abordagens de justiça para resolver os conflitos. Os valores das práticas restaurativas são aqueles considerados essenciais aos relacionamentos, que são: participação, respeito, honestidade, humildade, interconexão, responsabilidade, empoderamento e esperança. (MARSHALL, C; BOYACK, J; BOWEN, H, 2005, p. 271-273)

Todos os exemplos já demonstrados, evidenciam que é plenamente possível ampliar sua atuação para qualquer tipo de delito, independente do perfil do agente, ou seja, pode ser trazido ao círculo restaurativo qualquer tipo de vítima e qualquer tipo de ofensor. SANTOS (2022, 137-138)

Em relação ao atual panorama brasileiro sobre os casos de violência doméstica contra a mulher, a justiça Restaurativa é um instrumento de combate a esse tipo de violência.

O seu procedimento restaurativo, estimula o encontro consensual e voluntário, de configuração informal, das partes em casos de violência (ofensor, vítima, familiares, amigos e comunidade) que são orientados por um facilitador ou um coordenador, a incidirem sobre o problema e, assim, construirão possíveis soluções.

A justiça Restaurativa tem como desígnio o equilíbrio nas relações sociais, consequentemente, as necessidades das partes, assim como possibilitar a participação da comunidade, para restabelecimento dos

laços entre vítima-agressor e do mesmo modo para que o agressor tenha a possibilidade de se restaurar na sociedade, tendo uma convivência social digna.

Por meio extrajudicial, objetiva-se que as partes envolvidas restaurem a convivência prejudicada, de forma voluntária e produtiva, ou seja, a recuperação do indivíduo, pois, são auxiliadas por um terceiro imparcial e com credibilidade para a solução da lide.

Assim, quando ocorre a violência doméstica surge a necessidade de buscar outros meios alternativos ao sistema penal para a solução do litígio entre o agressor e vítima, e, dessa forma, haverá uma reparação ao dano causado à vítima.

E a justiça restaurativa tem a finalidade de possibilitar o diálogo e aproximação entre as partes, em decorrência da violência empregada no ambiente doméstico contra a mulher. Objetiva-se a restauração das relações perdidas, com a resolução dos conflitos. Para que isso ocorra, é necessário a colaboração da comunidade para construção de redes sociais, para a obtenção da função social da justiça restaurativa.

Por outro lado, a Justiça Restaurativa também faz com que o agressor faça uma reflexão de todos os seus erros, atitudes e expõe todas as consequências a vítima, filhos, família, e também a comunidade. O terceiro imparcial e investido de credibilidade irá auxiliar para que as partes voluntariamente encontrem uma solução adequada e justa para o caso.

Portanto, a Justiça Restaurativa é um meio extrajudicial que tem por fim a obtenção da pacificação social. É meio alternativo e complementar para a solução dos litígios entre agressor-vítima, especialmente nos casos de violência doméstica e familiar.

A Justiça Restaurativa ocasiona a possibilidade de colocar agressor-vítima frente a frente para que dialoguem e busquem uma solução adequada, atendendo os interesses de ambas as partes. Afinal, pode consistir em uma alternativa de resgate do Processo Penal Democrático, bem como consiste em importante ferramenta de emancipação feminina.

4 Considerações finais

O tema abordado é de extrema relevância social, pois a realidade evidencia que a mulher de nossos dias, de regra emancipada, em diversas situações, não é reconhecida como sujeito, apesar da sua luta por reconhecimento.

Com a criação da Lei 11.340/06, houve uma maior proteção aos direitos das mulheres em situação de violência, a qual elenca as mais diversas formas de violências que podem ser praticadas contra elas, especialmente, no âmbito doméstico e familiar.

A lei também responsabilizou o Estado na implantação de medidas que devem auxiliar as vítimas de violência doméstica e familiar, para, assim, pôr em prática as exigências abstratas descritas na lei. Observa-se que a várias cidades do país não possuem locais apropriados para receber e proteger as mulheres, em delegacias especializadas, conforme prescreve a lei.

Com o surgimento da Lei n. 11.340/06 houve uma maior conscientização e contribuição para o enfrentamento da violência, pois ela representa um instrumento jurídico fundamental para que se possa enfrentar essa situação.

Assim, a Lei Maria da Penha pode ser considerada o marco histórico em relação à luta das mulheres em busca de direitos e contra a discriminação, bem como contra violência cometidas contra as mulheres, ou seja, houve um avanço na sociedade com o advento da referida Lei Maria Penha.

Ademais, a intenção da lei é proteger a mulher vítima de violência e, além disso, há muito para ser aprimorado, como no que se refere à disponibilização de programas de prevenção para as mulheres que se encontram nessas situações, dando maior efetividade à lei.

A violência doméstica deixou de ser um problema “familiar”, ou privado, para ser considerado um problema de saúde pública, um problema social e muito grave, que gera preocupação dos administradores públicos e de toda a sociedade.

A Lei 11.340/06, deu gênese a um novo marco jurídico às vítimas violência doméstica, não só definindo esse conceito, mas enfatizando a necessidade de uma nova tutela pelo Estado. O que antes era tido como um delito de menor potencial ofensivo, agora evidenciam prevenções da pena mais efetivas, que além de coibir a conduta criminosa, recupera a dignidade e o respeito das mulheres oprimidas pela violência ou por uma relação familiar hostil.

Portanto, é necessário maiores esforços para uma educação em gênero, com a participação de todos, para que juntos reelaborem papéis em condições iguais, na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

E a Justiça Restaurativa também é um instrumento restaurativo

de combate a violência doméstica contra a mulher, eficaz e um meio extrajudicial que tem por escopo a resolução dos conflitos entre agressor-vítima e principalmente a ressocialização do agressor, evitando futuros delitos.

Diante desse cenário, é urgente a necessidade de se estabelecer um novo paradigma de Justiça, que permita uma maior efetividade. Aqui se demonstra que a Justiça Restaurativa, pelo seu critério participativo, gera nas partes um senso de transformação, resultando numa solução mais efetiva, pois a demanda processual busca atender as questões do relacionamento humano, e sendo assim, em muitas situações, as próprias partes possuem condições de resolver o problema.

A maior mudança será evidenciada na solução do conflito propriamente dito, e, portanto a resolução da lide será mais efetiva, não só pelo sancionamento estatal, mas também, a reparação do dano causado, seja de forma material, como também de ordem subjetiva, com a compreensão dos fatos pelo agente e pela vítima.

Referências

- ARAÚJO, Maria de Fátima. **Gênero e família na construção de relações democráticas.** In: FÉREZ-CARNEIRO, Terezinha (Org.) Casal e família: permanências e rupturas. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.
- BEAUVIOR, Simone. **O segundo sexo II – A experiência vivida.** 2. ed. Tradução de Sérgio Milliet. Difusão Europeia do Livro, 1967.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade.** 2. ed. Rio de Janeiro: S.A, 1997.
- BOURDIEU, Pierre. **Sociologia.** São Paulo: Ática, 1983.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** 2. ed. Tradução de Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro. Editora Bertrand Brasil Ltda, 1998.
- CABRAL, Karina Melissa. **Direito da mulher de acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: De Direito, 2004.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica:**

análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007.

DIAS, MARIA BERENICE. **A lei Maria da Penha na Justiça:** A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala.** 49. ed. São Paulo: Global, 2003.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa.** In: SLAKMON, C., De VITTO, R., PINTO, R. (Org.), Justiça Restaurativa, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD, 2005a.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional:** desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARSHALL, C; BOYACK, J; BOWEN, H. **Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática.** Uma abordagem baseada em valores In: SLAKMON, C., De VITTO, R., PINTO, R. (Org.), Justiça Restaurativa, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD, 2005.

MILLER, Mary Susan. **Feridas invisíveis:** abuso não físico contra mulheres. Tradução de Denise Maria Bolanho. São Paulo: Summus, 1999.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica:** introdução a uma leitura externa do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Robson Fernando. **A justiça restaurativa aplicada aos Crimes de Lavagem de Dinheiro:** uma solução possível ao disposto no § 5º, do art. 1º, da Lei nº 9.613/98. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal.** O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à**

Violência Contra A Mulher. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

DO MODELO JURISDICIONAL DE PROCESSO AO SISTEMA MULTIPORTAS DEMOCRÁTICO

Pauliana Maria Dias¹

1 Considerações iniciais

É notória na prática forense hodierna a exaustão daqueles que enfrentam, rotineiramente, os ditames da atual função jurisdicional. Muito se fala sobre a falência do seu exercício e da sua entrega, como prestação de um serviço público. O interesse público que deveria sobressair, também na oferta dessa função considerada essencial, passa a uma posição coadjuvante, exatamente porque sobre carregado por mazelas que o desacreditam, como a morosidade, o custo alto, a formalidade exacerbada, exposição flexibilizada, ausência de preparo funcional e estrutura física e ambientalizada aos servidores públicos.

Diante dessa demanda que há tempos preocupa os estudiosos e cientistas do direito, a visão panorâmica do sistema multiportas, o torna atraente e detentor de possíveis soluções imediatas às controvérsias existentes, e o fortalece como opção predominante para solução de futuros conflitos. Isso porque a expectativa de resolução de conflitos cada vez mais se aproxima da política nacional regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, ditada pelas Resolução 125/2010, Lei de Mediação e Lei de Arbitragem, para o seu tratamento adequado.

A destinação da controversa no âmbito jurídico da atualidade não mais apetece exclusivamente ao Poder Judiciário, sendo essa assertiva reconhecida publicamente pelo legislador, que cuidou para que a evolução normativa chegassem ao patamar de considerar, com muita tranquilidade, diretrizes centrais do sistema de justiça multiportas como forma adequada

¹ Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada – IEC. Pós-Graduada em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada – IEC. Docente na Pontifícia Universidade Católica de Minas Arcos e no Centro Universitário Una de Bom Despacho e Divinópolis. Árbitra da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem – MASC – Meios Adequados de Solução de Conflitos. Advogada. E-mail: paulianamdias@gmail.com.

e múltipla de resolução de problemas jurídicos.

Nessa concepção, o meio que antes era preferencial para o exercício da função jurisdicional, qual seja, o processo, na nova/velha proposta de solução de conflito ganha contornos na Justiça Privada. Denota essa fala, o disposto no art. 3º, §§ 2º e 3º, que orienta, dentro da expectativa democrática criada pelo Código de Processo Civil de 2015, a busca por métodos autocompositivos e pacíficos de solução negocial e adequada de contendas. “Os dispositivos simbolizam, então, uma mudança substancial de paradigma no sistema brasileiro de justiça e, ao fazê-lo, incentivam uma transformação cultural – da cultura da sentença para a cultura da paz” (DIDIER, 2024).

Destarte, torna-se menos dispendioso compreender que o dever de estruturação procedural e o desenvolvimento regular do processo passa agora, por uma organização compatível ao estímulo da solução de controvérsias pela Justiça Privada. Não perseverando essa como flagrante competidora da função jurisdicional, mais como aliada, reconhecidamente, como meio adequado para resolver conflitos. Sendo, exatamente pela relevância e acessibilidade, a melhor opção.

2 O acesso à Justiça a partir do Sistema Multiportas

A sociedade está em constante evolução e, por óbvio, movida pelo conflito, este ganha novos contornos que exige, para sua resolução, maior praticidade, tecnologia, preparação profissional e inovação normativa e procedural.

Engajados hoje à busca pela Justiça, os meios adequados de solução de conflitos, mediante câmaras privadas, se tornam a melhor alternativa em matéria de celeridade, custos, sigilo e reconhecimento jurídico de direitos. A ideia, portanto, de que direitos só se efetivam através do acesso aos tribunais, está a cada dia e a cada demanda, se tornando mais obsoleta e retrograda. Isto ocorre exatamente porque as relações jurídicas contemporâneas exigem e denotam mais atenção às questões do mundo moderno. O processo moderno não se pauta exclusivamente no exercício da jurisdição, muito pelo contrário, os atos processuais e procedimentais, sofrem uma revolução no sentido democrático, reconhecendo a autonomia das partes e interessados na condução, da melhor forma, da solução dos conflitos existentes.

Nessa conjectura, não há obstáculos pautados em burocracias e

tradicionalismo que impeçam a busca de reais e distintas alternativas para autocompositivas e heterocompositivas que estão distantes dos métodos arcaicos e padronizados que insistem em perdurar no Poder Judiciário. O processo litigioso neste âmbito, inquestionavelmente, é inadequado a realidade social que se vivencia na administração da Justiça contemporânea, e por mais que haja resistência dos idealistas e crentes na força jurisdicional o autorregramento que a domina, não prioriza a cultura da paz. Isso porque observa-se a controvérsia como algo negativo, uma disputa de egos e direitos, que se pautam na exclusividade motivacional e emocional dos interessados.

Não se passa por desacreditada a função jurisdicional aos olhos de seus receptores, e de fato, por mais curioso que seja, não está totalmente. No entanto, a percepção que se arvora é de que há uma enorme necessidade de sua ressignificação. Deve-se dispor de sua intenção protagonista de resolução de conflitos, para o compartilhamento de argumentos/debates sólidos e objetivos para que, os próprios interessados desempenhem sua função na resolução da controvérsia e possam reconhecer que esta na realidade é forma de reaproximação ao recinto pacificado existente “*quo ante*”.

O resultado alcançado pela efetiva solução autocompositiva (e aqui se refere à mediação e conciliação) denota a pretensão coexistencial da Justiça inferindo-lhe experiência e credibilidade perante o interessado, que independente da natureza de sua demanda, encontra a solução efetiva e menos traumática para sua contenda. Na heterocomposição, o procedimento pode ser alinhado e estruturado segundo as necessidades das partes e do conflito, tendo-se ao final a decisão arbitral, com idêntica validade jurídica da sentença judicial.

Ora e não é isso que se verifica na promoção da Justiça Privada? Perfeitamente. É por isso que não a considera meio alternativo e sim adequado para a solução de situações conflituosas. Desta forma, a autocomposição particular passa de ser apenas um instrumento desafogador do Poder Judiciário a meio pacificador qualitativo na entrega de resultados, garantindo, inclusive a preservação do relacionamento interpartes.

No mesmo raciocínio, segue a heterocomposição, prezando pela participação decisiva das partes, que mediante o compromisso arbitral, tem legitimidade para construir o procedimento mais adequado às necessidades da controvérsia. Ou seja, transforma o sistema convencional de processo ainda adotado pela função jurisdicional em garantidor da

justiça coexistencial, reduzindo o volume do serviço judicial e promovendo importante resultado social em tempo hábil através dos meios adequados de solução de conflitos pela autonomia privada.

A acessibilidade à Justiça que se espera passa por essas premissas, na intenção de facilitar efetivamente o alcance do direito, prezando pela forma mais objetiva, prática e segura de ratificar, mediante a aplicação das normas jurídicas, o desejo da solução da controvérsia pelos interessados.

3 O ressentido da Jurisdição pelas formas adequadas de solução de controvérsias

Não há mais alternativa ao sistema jurisdicional senão sua adequação às novas propostas de solução de conflitos. E ao que parece, o legislador percebeu essa premissa, quando da elaboração normativa do Código de Processo Civil. A processualidade sensitiva deu origem a institutos que, hodiernamente, compõe os ditames processuais e procedimentais que, sem sombra de dúvidas, os aproximam da Justiça Privada. Concedendo oportunidade às partes interessadas de interação junto ao Juízo e escolha da forma adequada dos atos procedimentais que melhor pode tratar o conflito.

Nessa conjectura, o processo ganha contornos colaborativos, na perspectiva de exaltar aos interessados autonomia suficiente para ajustamento procedural, a depender das especificidades que a causa requer. Ratifica essa assertiva o disposto no art. 190 do Estatuto, que apresentando a figura inovadora dos negócios atípicos, concatena aspectos processuais segundo acordo que legitima as partes, através da capacidade postulatória, de conduzir, juntamente ao juiz, o exercício da função jurisdicional ressignificada. (BRASIL, 2015)

É certo que aqui as partes deixam de estar na condição de dependentes integrais do juiz solipsista, para emancipados participantes de um Juízo que tenta portar valores colaborativos. No entanto, também é certo que a jurisdição está em fase de iniciação técnica e prática perante os meios adequados de solução de conflitos, passando por grande dificuldade de adequação, em consequência da resistência às formas adequadas de resolver controvérsias, falta de preparo prático de seus serventários e de estrutura inovada na cultura da paz. E isso é evidente.

Há que se superar questões obsoletas como o formalismo, a morosidade, a insuficiência de descrição a que ainda carrega o processo, para que se possa suplantar os resultados hoje alcançados mediante o

sistema multiportas. Multiportas porque facilita ao interessado várias portas (possibilidades) adequadas para solução de sua contenda. Portas estas que estão ao rigor constitucional e que oportunizam, criativamente e maleavelmente, portanto além do óbvio, que se tenha acesso à Justiça a partir de um espaço amplo na proceduralidade privada. (CABRAL, 2018)

Nesse interregno, é de se observar que o legislador processualista tenta se inovar, adequar a função jurisdicional, e isso é louvável, diante da pretensão em se emplacar o acordo processual. Não se nega que essa expectativa se aproxima consideravelmente ao que já se propôs quando da implantação da forma heterocompositiva afigurada na arbitragem², lá nos idos tempos da década de 90.

Não é demais salientar que, até mesmo a Lei de Arbitragem, sofreu reformas³, e vem se popularizando e se tornando acessível à sociedade. Como de notório conhecimento da classe jurídica, que quando do seu engajamento ao ordenamento jurídico, também se resistiu muito à arbitragem, assim como os demais meios adequados de solução de conflitos. (DIDIER, 2024) Até porque sempre esteve evidente o monopólio jurisdicional, o que na atualidade está enfraquecido e decadente diante da ausência dos resultados esperados pelo jurisdicionado, tornando-se a cada dia, desanimador o acesso às vias judiciais. Em contrapartida, mais atraente, a Justiça Privada.

Assim, para a solução de controvérsias, há caminhos distintos, restando os interessados a escolha. O processo jurisdicional inova no trato do conflito a partir de negociações procedimentais, e paralelamente, sedimenta-se no campo da autonomia privada, os diversos meios adequados de solução de conflitos, “*incorporando a flexibilização formal e adaptações dialogais ao procedimento*”, (CABRAL, 2018) fortalecendo a cooperação entre os litigantes, humanizando, por consequência a tratativa desse mecanismo extrajudicial e as convenções processuais do sistema multiportas. Este, sobressai ao primeiro, por se tornar um forte aliado das

2 De fato, a Lei n. 9.307/96, veio ao ordenamento jurídico para prestar na solução dialogada de conflitos segundo os princípios constitucionais processuais do contraditório, da paridade de armas, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento. E isso trouxe em voga que as garantias processuais e a autonomia da vontade deveriam prevalecer nos atos procedimentais arbitrais. (BRASIL, 1996).

3 Nesse sentido, compôs a mudança de paradigma da função jurisdicional junto ao advento do Código de Processo Civil e a Lei de mediação, em 2015, a Lei 13.129/15 que reconheceu a possibilidade de invocar-se medidas cautelares como forma de preparação do procedimento arbitral. (BRASIL, 2015).

partes, permitindo a adequação do procedimento às particularidades da demanda.

4 Empoderamento instrumental do procedimento no Sistema Multiportas

O discurso a que se tomou o rumo preza, evidentemente, pela criticidade entre os aparatos jurídicos que concedem acessibilidade social à efetivação de direitos. Nesse interregno, fato é, que estão em pleno desenvolvimento prático o processo jurisdicional – que busca novos estímulos, segundo a vertente multiportas, como forma da não falência da função jurisdicional promovida pelo Estado – e, o próprio sistema multiportas – que indiscutivelmente, é a melhor opção para que se alcance o patamar moderno de Justiça, segundo o que espera a sociedade, a título de solução de conflitos, por meios adequados autocompositivos ou heterocompositivos.

Ambos os sistemas combatem resistências. O primeiro, em razão da extrema adequação a que está vulnerável, considerando seu tradicionalismo. O segundo, pelo desconhecimento teórico e prático da sociedade em si, sobre sua eficácia e efetividade jurídicas.

Todavia o sistema multiportas se revela em melhores oportunidades, eis que foca diretamente, sem vias burocráticas, no empoderamento dos atos procedimentais como forma de eliminação do conflito. Inicia-se segundo o que orienta a parte interessada, proporcionando o protagonismo dessa, na medida em que se define o percurso para a solução da situação conflituosa. A liberdade jurídica a que proporciona infere, consideravelmente, para que, num embate dialógico, haja a facilitação da compreensão da contenda e a partir disso, desenvolvam-se opções pertinentes, céleres e democráticas para sua resolução.

Considerando a crescente ruptura na confiabilidade das instituições jurídicas estatais, que operam em grande escala e entregam baixos resultados satisfatórios ao jurisdicionado, sua característica mais salutar, qual seja, ser a única via de solução de conflitos, está a cada dia mais distante da real vivência dos sujeitos que buscam resolver seus problemas da melhor forma possível. Os meios autocompositivos, ao contrário, ganham destaque no formato privado, porque norteados por princípios dialógicos e de consenso, e quando insatisfatórios, ali mesmo já se engaja a possibilidade de heterocomposição, com atos procedimentais

semelhantes aos jurisdicionais, mais acobertados pelo empoderamento do sistema multiportas privado, que flexível, se amolda tanto às questões de fato como às jurídicas da atualidade, apresentando, efetivamente, a melhor porta para a solução da controvérsia.

Hoje, isso garante acesso democrático e de qualidade à Justiça, porque permite vincular o tipo de conflito ao meio de solução apropriado, algo que não ocorre com tanta simetria no modelo público de Justiça. Nessa conjectura, surge o diferencial na instrumentalidade procedural multiportas: a inclusão social, “*medida em que as partes são corresponsáveis pelo processo*” (ASSIS, 2018, p. 88). Nessa vertente, o mecanismo utilizado se potencializa conforme a parte se interessa, responsavelmente, por resolver seu conflito. Descartando, por este motivo, questões secundárias e tratando, exatamente daquelas que exige maior atenção, como as questões percebidas mutuamente incompatíveis. A percepção se volta ao gasto de energia para solução objetiva dessas questões, poupando-se desgastes e definindo metas que estão aos cuidados e ao alcance dos interessados.

Conscientemente, é assim que se empodera a instrumentalidade procedural segundo a via multiportas, garantindo que meios efetivos promovam o acesso adequado à Justiça e à pacificação social.

5 Considerações finais

A pacificação social sempre foi o principal objetivo quando se pretendeu a efetivação de direitos através do processo. Na convivência em sociedade, o conflito é inevitável, mas a sua ponderação é uma escolha. Entendê-lo como algo negativo ou positivo é uma faculdade do interessado. E nestas vertentes, também poderá escolher a forma de seu enfrentamento. Pela autocomposição, além da possível solução da controvérsia, poderá haver recuperação da relação anteriormente existente entre os envolvidos. Numa outra proposta, optando pela disputa, torna-se evidente que o dizer e o desdizer entre as partes penderá, muito provavelmente, para a linha da heterocomposição, em que atos procedimentais serão realizados concatenadamente, e ao final, a disputa se transforma no produto entregue pelo decididor.

Pois bem, num giro ao entorno destas questões, restou ao legislador, nas possibilidades atrativas e resolutivas existentes dentro do ordenamento jurídico, trazer à sociedade a seguinte situação emblemática: Como se pretende resolver o conflito, segundo as considerações dos envolvidos?

Ao dispor dessas premissas, denota-se o modelo jurisdicional de processo e o sistema multiporta de resolução de conflitos. Ambos têm como essência formas procedimentais próximas, inobstante seguirem por caminhos distintos, difíceis e resistentes. No entanto, são os instrumentos disponíveis dentro do padrão normativo que se encontra na atualidade. Não há competição entre eles, mais pontos atrativos e dispersivos, que influenciam no resultado final, efetivando a satisfação da controvérsia ou não. Sempre a depender da visão a que se dá ao direito evocado e as condições para se atingi-lo.

É bem da verdade que o sistema jurisdicional de processo passa por um declínio considerável, um verdadeiro colapso, e isso se propaga em razão do desgaste do próprio jurisdicionado, que condicionado a uma forma muito peculiar e tradicional, encontra-se restrito a atos procedimentais programados e sedimentados que impedem, consideravelmente, a expansão de sua autonomia argumentativa. Não obstante prezar-se pelo devido processo legal, e as tentativas de adequação às necessidades da sociedade atual, há sempre um bloqueio da jurisdição que, ainda muito arraigada ao formato presidencialista de processo, encontra-se fechado e pragmático.

Diferentemente, o sistema multiportas, surge como a porta aberta a mecanismos de auto liberdade, autorregramento, auto argumento, fomentando a autorreflexão do interessado acerca da sua práxis, de modo a responsabilizá-lo e conscientizá-lo, pessoal e coletivamente, por ações e suas consequências. Auxiliado pelo terceiro imparcial e técnico, o interessado consegue identificar sua força de persuasão e sua posição rígida ou defensiva na autocomposição.

Escolhida a heterocomposição, está livre para, a partir de um compromisso formal, determinar o modelo procedural a ser aplicado, suas regras, e consequentemente sua qualidade, garantindo credibilidade e eficiência na fluidez do processo privado, segundo os princípios e técnicas dos métodos adequados de solução de conflitos.

Por essas razões a autonomia procedural privada predominante na aplicação e efetividade dos meios adequados de solução de conflito, os tornam instrumentos de grande acessibilidade democrática no ordenamento jurídico brasileiro, e por consequência mais efetivos na entrega de resultados que de fato, resolvem os conflitos sociais e jurídicos.

Referências

- ASSIS, C. A. A. A justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. Disponível em: file:///Users/paulianamdias/Downloads/JUSTICA_MULTIPORTAS_E_OS_MEIOS_ADEQUADOS.pdf. Acesso: 01/05/2024.
- AZEVEDO, A. G. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 137-160, 2004.
- BRANDÃO, F. H. de V. Desjudicialização dos conflitos: necessidade de mudança de paradigma na educação jurídica. In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, Florianópolis, SC. **Direito, educação e metodologias do conhecimento**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- BRASIL. Art. 5^a, XXXV. In: **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso: 30/04/2024.
- BRASIL. **Resolução №125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 30/04/2024.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=L9307&text=LEI%20Nº%209.307%2C%20DE%2023,Dispõe%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.%201%20As%20pessoas%20capazes,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20disponíveis. Acesso: 30/04/2024.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de janeiro 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**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso: 30/04/2024.
- CABRAL, A. do P. **Convenções processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2018.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B.. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CESCA; J. E.; NUNES; Tomaz C. Da necessidade da evolução do Direito e da Justiça: os meios não adversariais de resolução de conflitos no Brasil e no Direito Alienígena. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 2, p. 03-21, jul. 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de Mediação Judicial. CNJ: Brasília, 2016.

DIDIER JR. F. JUSTIÇA ELEITORAL MULTIPORTAS: A AUTOCOMPOSIÇÃO EM ÂMBITO ELEITORAL. **Revista de Processo**. vol. 348/2024. p. 471 – 491. Fev / 2024 DTR\2024\4152.

MAIA, A.; FERRARI, I. Sistema de resolução de conflitos online – mais uma porta de acesso à justiça. *Justiça & Cidadania*, 20 fev. 2018. Disponível em: Acesso em: 01/05/2024.

NAVARRO, E.; BECKER, D. Entre gritos e sussurros: A solução automatizada de conflitos, o TJRJ e a 4^a onda de acesso à justiça. *Jota*, 28mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-gritos-e-sussurros-30032018>. Acesso em: 01/05/2024.

SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça 20 multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

ZANFERDINI, F. de A. M. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da Justiça. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 105-126, mar. 2012.

Capítulo 25

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL: REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE CONCEDIDOS VIA JUDICIAL

Cássia Valadares Rodrigues¹
Dedilma Maria da Silva Valadares²

1 Introdução

Verifica-se, nos tempos atuais, que vêm se tornado cada vez mais intensos os debates e preocupações sobre o destino da Previdência Social no Brasil. Antes, restrito a poucos estudiosos do direito previdenciário, esse sistema de proteção social, alçado a direito fundamental, vem ganhando espaço e sendo defendido, não apenas na seara jurídica, mas também por outros segmentos da sociedade, tendo em vista a função protetora da previdência social de garantir vida digna aos segurados e seus dependentes.

Em sua grande maioria os benefícios são negados na órbita administrativa e, forçosamente, o segurado busca, na via judicial, o reconhecimento de seu direito. São recorrentes as ações judiciais pleiteando benefícios por incapacidade. Nesse caso, após perícia médica judicial constatando a incapacidade, o benefício é concedido e, transitada em julgado a decisão, ela se torna imutável.

A finalidade deste artigo consubstancia-se em analisar a possibilidade de revisão/cessação administrativa dos benefícios de aposentadoria por incapacidade, sob a ótica da coisa julgada material e sua relativização.

Adiscussão sobre a relativização da coisa julgada esbarra nos princípios que a fundamentam, dentre eles: a segurança jurídica, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, direitos fundamentais albergados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Todavia, o processo judicial previdenciário tem peculiaridades diversas que o processo cível clássico não tem. Uma delas é a possibilidade de o Instituto Nacional de Previdência Social – INSS - revisar os benefícios

previdenciários de aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez), como forma de certificar a permanência ou não da incapacidade que gerou a concessão do benefício. A legislação previdenciária possibilita essa revisão, com exceção de alguns casos elencados no artigo 101, § 1º, da Lei 8.213/91.

No âmbito do processo previdenciário, não obstante tratar de direitos eminentemente fundamentais, de índole alimentar e elevada magnitude, a relativização da coisa julgada material é plenamente possível, contudo, há que se adotar meios adequados e compatíveis com a realidade material dos valores humanos discutidos, notadamente quando se analisa e julga estado incapacitante do segurado trabalhador e a necessidade do benefício para o sustento próprio e da família.

Não há óbice na revisão do benefício pela Autarquia Previdenciária, porém a questão que se defende é a seguinte: se o benefício foi concedido judicialmente e, havendo mudanças nos parâmetros concessórios do benefício por incapacidade, somente por outra ação judicial essa decisão poderia ser revista, obviamente após realização de perícia médica judicial e, destarte, cessado o benefício se constada a capacidade laborativa do segurado.

A partir do devido processo legal se pode reafirmar a paridade das partes e aplicação do princípio da isonomia, assegurando a justiça social de modo a beneficiar o hipossuficiente e chancelar situações que melhor representem a verdade real. Essa é a finalidade deste estudo.

2 Benefícios por incapacidade concedidos na via judicial

Quando indeferido ou cessado o benefício por incapacidade pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nasce para o segurado o direito de recorrer à tutela jurisdicional para obtenção ou restabelecimento do benefício.

O segurado da Previdência Social, ao solicitar benefício previdenciário, fica adstrito a procedimentos específicos da Autarquia. Esses procedimentos compõem o Processo Administrativo Previdenciário e objetivam verificar os requisitos para conceder ou negar o benefício. Celso Antônio Bandeira de Melo leciona o seguinte:

Em decorrência do caráter funcional administrativo, a Administração deve buscar as finalidades legais através de um itinerário, de uma ordenação sequencial de atos, isto é, de um processo e um procedimento,

a fim de que fique assegurado que a conclusão final administrativa, isto é, o ato derradeiro, resultou de uma trilha capaz de garantir que a finalidade legal foi, deveras, atendida e se possa controlar a ocorrência deste resultado. (MELLO, 2000, p. 417).

Assim, é certo afirmar que tais procedimentos seguem regras próprias, sem a necessidade de, obrigatoriamente, observar os entendimentos, precedentes e súmulas da jurisprudência, exceto Súmula Vinculante. Assim, ocorre, na maioria das vezes, dissonância entre as instruções normativas do INSS e entendimento jurisprudencial dominante, fazendo com que o segurado procure a tutela do Poder Judiciário.

É preceito elementar, inerente ao Estado Democrático de Direito, que as decisões judiciais sejam respeitadas, especialmente pelo Poder Público. Nesse sentido, expressa o artigo

2º da Constituição da República que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. (BRASIL, 1988)

Todavia, é possível perceber características particulares entre as ações previdenciárias e ações comuns. Na lição de Savaris:

Enquanto o processo civil se mostra exuberante no que conquista de mais elevada segurança com o instituto da coisa julgada, o direito previdenciário é guiado por um princípio fundamental de que o indivíduo não pode ser separado de seu direito de sobreviver pela solidariedade social por uma questão formal. (SAVARIS, 2011, p. 59)

O professor e jurista acima citado prossegue dizendo

Enquanto o processo civil clássico aponta para o fechamento preponderantemente indiscutível da coisa julgada, o processo previdenciário busca apoiar-se no princípio constitucional do devido processo legal com as cores específicas da não preclusão do direito previdenciário". (p.90)

[...]

Não se pode valer da mesma condução processual civil para o processo previdenciário por conta da singularidade previdenciária pelo fato da lide não suportar a rigidez do processo civil clássico. Daí surge a necessidade de normatividade própria para o direito previdenciário, com o intuito de "orientar o juiz na busca de soluções para questões abertas pela insuficiência do processo comum civil. (p.91).

Savaris, 2011, ressalta ainda que: "Não é adequado que se sepulte, de uma vez por todas, o direito de receber a proteção social em função da certeza assegurada pela coisa julgada, quando a pessoa, na realidade, faz jus à prestação previdenciária que lhe foi negada judicialmente". (p.89)

No tocante aos benefícios por incapacidade, sobreleva que para sua concessão o segurado se submeteu a perícia médica judicial sob o crivo do contraditório e ampla defesa, inclusive com possibilidade de assistente técnico e ampla quesitação. Uma vez transitada em julgado a decisão de concessão do benefício por incapacidade, entende-se que a revisão só poderia ocorrer através de outra ação judicial.

Portanto, no caso de benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade, quando concedidos via judicial, sem condicionantes e limitação de tempo, deveria a Autarquia Previdenciária pleitear seu cancelamento ou revisão tão somente através do Judiciário, não se admitindo que sentença judicial transitada em julgado seja objeto de descumprimento e modificação unilateral na esfera meramente administrativa.

Logo, a discordância relativa ao comando judicial deve ser manifestada na via judicial, por meio de ações próprias, em consonância com o devido processo legal.

3 Coisa julgada material

O Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, no artigo 502, traz expressa a definição da coisa julgada material:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

O dispositivo contido no artigo 337, § 4º do mesmo Diploma Processual, prevê que: “Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”.

Os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart conceituam o instituto da coisa julgada material, nos seguintes dizeres:

Tem-se então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições de “declarar” a existência ou não de um direito (em razão de não ter sido concedida às partes ampla oportunidade de alegação e produção de prova), o seu juízo – que na verdade formará uma “declaração sumária” – não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada. Se o juiz não tem condições de conhecer os fatos adequadamente (com cognição exauriente) para fazer incidir sobre estes uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão judicial, derivada da coisa julgada material.

A coisa julgada material obsta o reexame da ação na tríade: identidade de partes, causa de pedir e pedido. Ponto fundamental a ser observado relaciona-se ao artigo 5º, incisos XXXV e XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que trazem proteção e respeito absoluto ao instituto da coisa julgada, sob pena de constitucionalidade de aplicação contrária, erigindo a proteção ao patamar de direitos fundamentais do indivíduo:

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:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Vale destacar o princípio da isonomia, trazido no caput do referido artigo, que prevê a igualdade de todos perante a lei, demonstrando a necessidade de unificação de entendimentos e decisões em face de uma mesma matéria, como parâmetro de justiça e igualdade para todos, na medida de suas diferenças.

Na lição de Fred Didier “a coisa julgada não é instrumento de justiça e não assegura a justiça das decisões, trata-se de garantia da segurança jurídica ao estabelecer a definitividade da solução judicial acerca do litígio submetido à apreciação do judiciário”.

Na mesma linha de entendimento, Wambier e Eduardo Talamini:

Trata-se de instituto que tem em vista gerar segurança jurídica. A segurança, de fato, é um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito. O homem sempre está à procura de segurança e o direito é um instrumento que se presta, em grande parte, ao atingimento desse desejo humano. Por meio do direito, procura-se tanto a segurança no que diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, quanto no que tange às relações jurídicas individualizadas. É quanto a esta espécie de segurança que a coisa julgada desempenha o seu papel.

A coisa julgada tem por escopo dois princípios fundamentais: a paz social e a segurança jurídica, evitando assim que se eternize uma situação conflituosa, que traga aos membros de uma coletividade insatisfações perenes e desequilíbrio social. A lição de Chiovenda é bastante elucidativa:

Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo [...] Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culminante na emanação de um ato de vontade (a pronuntiatio iudicis) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação da coisa julgada só se pode divisar na exigência da segurança no gozo dos bens.

A possibilidade de se modificar uma decisão judicial transitada em julgado gera insegurança e antagonismo na ordem jurídica e social, possibilitando demandas eternas.

Segundo o autor José Emilio Medauar Ommati, em sua obra “Uma Teoria dos Direitos Fundamentais”: “A estrutura textual do Estado de Direito requer a segurança jurídica, que, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, se divide em segurança jurídica e proteção da confiança”. (p. 25)

Segue dizendo que as exigências de segurança e proteção exigem, de acordo com Canotilho:

[...] (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. (pag. 25)

Todavia, no âmbito do direito previdenciário, a coisa julgada encontra limitações nas especificidades das ações que versem sobre os benefícios por incapacidade, em razão do quadro clínico do segurado uma vez que a coisa julgada persiste no tempo enquanto durar a incapacidade.

4 Relativização da coisa julgada em matéria previdenciária

Dispõe o artigo 43, § 4º da Lei 8.213/91:

Art. 43

[...]

§ 4º O segurado aposentado por invalidez poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria, concedida judicial ou administrativamente, observado o disposto no art. 101 desta Lei.

O texto da lei é claro ao dispor que, aposentadoria por incapacidade permanente concedida via administrativa ou judicial, sofrerão revisão a cada

dois anos, sendo o segurado submetido à perícia médica para constatação ou não da incapacidade.

Colhe-se dos autores João Batista Lazzari, Jefferson Luis Kravchychyn, Gisele Lemos Kravchychyn e Carlos Alberto Pereira de Castro, em interpretação de decisões o Superior Tribunal de Justiça, a seguinte orientação:

O STJ chegou a entender que, em caso de deferimento da aposentadoria por invalidez judicialmente, o cancelamento deveria ser também por meio de ação judicial, nos termos do art. 471,I, do CPC (atual art. 508, I, do CPC/2015), e em respeito ao princípio do paralelismo das formas (REsp n° 1.201.503/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26.11.2012). No entanto, o STJ alterou essa orientação e considerou inaplicável referido princípio para o cancelamento dos benefícios, utilizando-se dos seguintes argumentos (REsp n° 1.429.976/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 24.2.2014):

1 – a legislação previdenciária, que é muito prolixo, não determina essa exigência, não podendo o Poder Judiciário exigir e criar obstáculos à autarquia, não previstos em lei;

2 – foge da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que por meio do processo administrativo previdenciário, respeitando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é suficiente para apurar a veracidade ou não dos argumentos para a suspensão/cancelamento do benefício, e não impede uma posterior revisão judicial;

3 – a grande maioria dos benefícios sociais concedidos pela Loas – Lei Orgânica da Assistência Social -, Lei 8.742/1993, é deferida por meio de decisão judicial, o que acarretaria excessiva demanda judicial, afetando por demasia o Poder Judiciário, bem como a Procuradoria jurídica da autarquia, além da necessidade de defesa técnica, contratada pelo cidadão, sempre que houvesse motivos para a revisão do benefício.

Depreende-se que, nos casos de modificação do estado de fato e de direito, deverá haver revisão da coisa julgada, em que o INSS, unilateralmente, convoca os aposentados por incapacidade permanente para realização de perícia médica e comprovação ou não da incapacidade.

Mesmo diante do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade dessa revisão, há entendimentos contrários à relativização da coisa julgada, em defesa à segurança jurídica. Mesmo nas relações jurídicas de trato continuado, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma ação. Todavia, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir revisão do que foi decidido na sentença, nos termos do artigo 505, inciso I do Código de Processo Civil.

Na lição de Didier Junior, Braga e Oliveira “a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário. Não basta apenas garantir ao cidadão o acesso a justiça, mas, acima disso, garantir-lhe uma solução definitiva e imutável da decisão proferida no litígio submetido à apreciação do judiciário, sob pena de ferir frontalmente a garantia de segurança jurídica. Humberto Theodoro Júnior assim disserta em sua obra “Curso de Direito Processual Civil” (p.1190):

A jurisprudência dominante do STJ é no sentido de que a revisão da sentença autorizada pelo art. 505, I, deve ser promovida mediante ação judicial, se já consumada a coisa julgada a seu respeito. Não cabe à Administração Pública ex auctoritate própria cancelar, por exemplo, benefício previdenciário quando concedidos por decisão judicial. Pode, é certo, rever a concessão do benefício de natureza continuativa; terá, porém, de fazê-lo por meio de ação judicial, sempre que definidos pelo Poder Judiciário. Observe-se, todavia, que a Lei n° 13.457/2017, oriunda de conversão da Medida Provisória n.767, de 06.01.2017, no campo dos benefícios da Previdência Social, acrescentou parágrafos novos aos arts. 43 e 60 da Lei n. 8.213/1991, prevendo que o aposentando por invalidez ou o segurado em gozo de auxílio-doença – sejam os benefícios concedidos judicial ou administrativamente – pode ser convocado pelo órgão previdenciário para avaliação das condições que ensejaram a respectiva concessão e sua manutenção.

Sabe-se que a realidade vivenciada no Brasil pelos segurados da Previdência Social é por demais penosa, uma vez que são convocados e submetidos à perícia médica – procedimento administrativo conhecido como *Pente Fino*, cuja conclusão é generalizada, ou seja, é a mesma para todos: *Não foi constatada incapacidade para o trabalho*. Não é novidade para ninguém que o médico perito não solicita exames médicos, não examina o segurado, não considera os relatórios médicos apresentados no momento da perícia e, tampouco, analisa os exames por ele apresentados.

O segurado, parte hipossuficiente técnica e financeiramente, fica totalmente à mercê do médico perito da Autarquia Previdenciária, posto que a maioria dos segurados são completamente desprovidos de recursos financeiros e não têm condições de remunerar médico especialista para lhes assistir nas perícias. Portanto, nestes casos, a voz que reina é a voz da Previdência Social, por ser parte forte na relação jurídica.

Por isso defende-se que a revisão de benefício por incapacidade concedido judicialmente, deve ser realizada apenas por outra ação judicial, possibilitando ao segurado valer-se, com eficácia, dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Elpídio Donizetti em sua obra “Curso Didático de Direito Processual Civil, relata:

Primeiramente, é de se observar que, quanto o constituinte originário tenha dito que apenas “a lei” deveria observar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), a garantia, a toda evidência, é mais ampla. Não só o legislador, como também os magistrados e demais agentes estatais carecem de legitimidade para alterar situações concretas definitivamente consolidadas por sentença transitada em julgado. O termo lei, portanto, foi empregado em sentido lato pela Constituição, contemplando também as decisões judiciais. Não fosse assim, tornar-se-ia limitado, ou até mesmo inócuo, direito fundamental expressamente consagrado, o que não se pode admitir. (p. 614)

Destaca-se que a Autarquia Previdenciária promove revisões de aposentadorias por incapacidade de pessoas que já estão aposentadas por decisão judicial transitada em julgado, há mais de 10 (dez) anos, contrariando inclusive dispositivo legal (art. 103-A da lei 8213/91) que trata de decadência de 10 anos para a previdência social rever os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários, pois tais situações já se encontram consolidadas para que se promova revisões e, conforme ocorre frequentemente, cessação do benefício.

O autor acima citado, Elpídio Donizetti, observa: “Por outro lado, consoante art. 60, §4º, da CF, os direitos e garantias individuais constituem cláusula pétreas, pelo que é de se entender que a coisa julgada constitui verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito”. (pag.615)

Portanto, se o benefício foi concedido judicialmente, eventual alteração na relação jurídica previdenciária somente poderia surtir efeitos depois de o Poder Judiciário rever sua decisão anterior, valorando, assim, a nova circunstância, qual seja, constatação da capacidade laborativa do segurado através de perícia médica judicial.

Evidente que, se o segurado teve necessidade de ajuizar ação para garantia de seu direito ao benefício previdenciário é porque o INSS não reconheceu administrativamente este direito. Ou seja, as partes atribuem ao Judiciário o poder de solucionar o conflito. Pelo caráter de substitutividade da jurisdição, o órgão jurisdicional decide colocando sua vontade em lugar da vontade das partes, de forma imperativa, sendo certo que essa decisão tornar-se-á imutável pela coisa julgada material.

Quanto seja a relação previdenciária dos benefícios por incapacidade continuativa e permanente, a duração do benefício depende da inalterabilidade da situação que o gerou, qual seja: a invalidez. Porém,

se o benefício foi concedido judicialmente sua revisão deverá ocorrer pela via judicial.

Se os motivos que fundamentaram a decisão judicial concessória do benefício por incapacidade sofrem mutações, obviamente deve ocorrer avaliação do segurado pela perícia judicial e, constatada a capacidade laborativa, o benefício deverá ser cessado.

Todavia, o que demanda maior cuidado é a forma como é realizada a perícia médica pela sua unilateralidade, compulsoriedade e sem observar o real estado clínico do segurado, que é lançado novamente no mercado de trabalho, muitas vezes sem condições físicas e mentais para exercer o labor, agravando, assim, sua saúde, podendo, inclusive, vir a óbito.

O que se defende é que a revisão dos benefícios por incapacidade permanente concedidos pela via judicial dever ocorrer pela mesma via, posto que, por óbvio, será mais igualitária e menos gravosa para o segurado, uma vez que a perícia judicial retrata com maior veracidade suas condições de saúde e capacidade ou não para o trabalho, sendo-lhe igualmente garantida a defesa técnica de seus direitos, inclusive de ser acompanhado por assistente técnico.

Destaca-se a seguinte decisão proferida pelo Ministro Jorge Mussi, da 5^a Turma do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL.
PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CONCESSÃO
ATRAVÉS DE DECISÃO JUDICIAL. CANCELAMENTO
ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE
DE AÇÃO JUDICIAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de somente ser possível a revisão da aposentadoria por invalidez concedida judicialmente através de outra ação judicial.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Resp 1.218.879/RS, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data do Julgamento: 18/09/2014).

A coisa julgada não se cristaliza no tempo e, tampouco, veda que os fatos se modifiquem. Entretanto, o imenso poder que é outorgado à Autarquia Previdenciária para revisar benefícios concedidos judicialmente, pode ser interpretado como uma esdrúxula figura de “rescisória administrativa”.

A matéria médica sucumbe, quando sobrevém a questão de direito propriamente dito, ou seja, o instituto da coisa julgada.

5 Conclusão

A exposição deste artigo com relação à relativização da coisa julgada material previdenciária buscou analisar a revisão e cessação dos benefícios de aposentadoria por incapacidade concedidos judicialmente, inclusive no tocante a segurados que se encontravam aposentados há vários anos, bem como a perspectiva de retorno às atividades laborais, em razão, não apenas da incapacidade que persiste, ainda que em menor grau, mas também da exclusão deste segurado do mercado de trabalho.

Há que se avaliar que o segurado, ao procurar o judiciário como última via de oportunidade de ter seu direito garantido, através de uma decisão justa que, por meio de perícia médica judicial, alcance a verdade real.

Neste ponto, há que se refletir acerca da relativização da coisa julgada material que possibilite o INSS convocar o segurado para realizar perícia médica, a seu bel prazer, e cessar, unilateralmente o benefício de pessoas que ainda se encontram incapacitadas para o trabalho.

É certo que os benefícios por incapacidade, em razão de sua natureza precária, devem ser revisados periodicamente pelo INSS, como forma de avaliar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade para o trabalho. Porém nos casos de benefícios concedidos judicialmente, o que se defende é que devem ser revisados pela mesma via que os concedeu, com realização de perícias médica e psicossocial judicial.

Existem muitos entraves que os segurados/trabalhadores enfrentam para terem acesso aos benefícios previdenciários. Aliás, benefício não é a palavra mais acertada para definir os serviços do INSS, pois se o segurado paga mensalmente à Autarquia Previdenciária deverá receber a contraprestação. Portanto, ele não tem um benefício, mas um direito conquistado após contribuir, anos a fio, para o sistema previdenciário.

Se o segurado é vilipendiado em seu direito pela Autarquia Previdenciária e, ao procurar a esfera judicial tem a satisfação desse direito, somente por esta via deverá ser revisto o benefício concedido.

Todavia, a relativização da coisa julgada material, no âmbito do direito previdenciário é uma realidade, dado o caráter de relações jurídicas continuativas, como no caso dos benefícios por incapacidade, em que pode ocorrer modificações posteriores dos elementos que ensejaram a concessão do benefício. Depreende-se que a coisa julgada não pode impedir rediscussão da matéria por fatos supervenientes à decisão.

Assim, pode-se concluir que a relativização da coisa julgada material pode ser grande aliada do segurado e lhe trazer muitas benesses, mas por outro viés pode ser grande inimiga na persecução de seu direito de da justiça.

Referências

AMADO, F. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**, 12^a ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 jul. 2017. Acesso em 01 de maio de 2024

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 de maio de 2024

BRASIL, **Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991**: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 de maio de 2024

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

DIDIER JUNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. Alexandria, **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.(v. 2).

DONIZETTI, E. **Curso de Direito Processual Civil**. 20^a Ed., São Paulo: Editora Atlas Ltda.

IBRAHIM, F. Z. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2011.

LAZZARI, J.B., KRAVCHYCHYN, J. L., KRAVCHYCHYN, G. L., PEREIRA DE CASTRO, C.A., **Prática Processual Previdenciária**, 10^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.2018

MARINONI, L. G., ARENHARTE, S. C., **Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento**, v.2, 7^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São

Paulo: Malheiros, 2000.

OMMATI, J. E. M., **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**, 6^a Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

SAVARIS, J.A. **Direito processual previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SAVARIS, J.A., GONÇALVES, M.A. F. **Compêndio de Direito Previdenciário**, Curitiba: Alteridade , 2018.

SARAVIS, J.A. **Direito Processual Previdenciário**, 11.ed. rev. atual. Curitiba. Alteridade, 2023.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1, 60^a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. v.1.

Capítulo 26

A DESBUROCRATIZAÇÃO E ADOÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS COMO INSTRUMENTOS PARA MELHORAR A GESTÃO PÚBLICA

Marcos Otávio de Lélis Silva¹

1 Introdução

A gestão pública desempenha um papel central na organização e funcionamento de um Estado, pois é responsável por tomar decisões que afetam a vida dos cidadãos e a execução de políticas públicas. Nesse contexto, o modelo burocrático se destaca como uma abordagem de administração pública que se caracteriza pela ênfase na formalidade, hierarquia, impessoalidade, eficiência e legalidade. Essa concepção da burocracia, embasada nos princípios elaborados por Max Weber, reflete a necessidade de estabelecer uma governança que assegure a justiça formal e a igualdade perante a lei.

Este artigo explora o desenvolvimento e a aplicação do modelo burocrático na gestão pública, tanto no contexto internacional como no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro. Destaca-se a importância da burocracia no fortalecimento do Estado de Direito e no aprimoramento da administração pública, além de evidenciar as raízes históricas que influenciaram a formação do modelo burocrático no Brasil.

No entanto, apesar de suas vantagens na promoção da imparcialidade e da justiça formal, o modelo burocrático enfrenta desafios intrínsecos que se manifestam na estabilidade dos funcionários públicos, na rigidez das estruturas organizacionais e em sua capacidade limitada de se adaptar rapidamente às demandas em constante evolução da sociedade. A Constituição Federal de 1988, um marco importante na história do país, reflete essas características burocráticas, mantendo aspectos do modelo

¹ Advogado. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública. Especialista em Processo Civil. Presidente da OAB Jovem da 26ª Subseção da OAB/MG. Assessor Jurídico na Prefeitura Municipal de Biquinhas/MG. E-mail: marcosotavioadvogado@gmail.com.

anteriormente estabelecido.

Para superar esses desafios e promover uma administração pública mais eficiente e adaptada às necessidades contemporâneas, a desburocratização se apresenta como uma estratégia crucial. Esse processo envolve a redistribuição do poder de tomada de decisões, a simplificação dos procedimentos administrativos e a revisão das regulamentações. Além disso, requer uma abordagem multidisciplinar que integre as áreas do Direito, Administração e Economia.

Nesta conclusão, enfatiza-se a importância de repensar o modelo burocrático e promover mudanças que permitam ao Estado ser mais ágil e responsável às demandas da sociedade. Isso garantirá a evolução de uma governança mais eficaz e adaptada às complexas dinâmicas do mundo moderno, sem comprometer os princípios fundamentais de imparcialidade e legalidade. A busca pela desburocratização representa um passo significativo em direção a uma maior participação cidadã e à consolidação de um Estado democrático de direito.

2 O modelo burocrático na gestão pública

O Estado é composto por um conjunto de instituições públicas que regulam a convivência em sociedade dentro de um território específico. Uma manifestação notável do aprimoramento da estrutura estatal é o domínio da administração pública.

De forma geral, a administração de qualquer organização envolve o processo de tomar decisões com o objetivo de alcançar metas, utilizando recursos disponíveis. A administração pública, por sua vez, representa o processo de tomada de decisões por parte do Estado, empregando recursos públicos com o propósito de assegurar o atendimento dos interesses da sociedade.

A burocacia é um modelo de administração pública que se caracteriza pela ênfase na formalidade, na hierarquia, na impessoalidade, na eficiência e na legalidade. Ela é, em grande parte, uma resposta ao princípio da legalidade e ao Estado de Direito, que exigem que as ações do Estado sejam reguladas por leis e que as decisões sejam tomadas com base em critérios objetivos.

O modelo burocrático engloba a confiança na crença na razão, conhecida como dominação racional-legal: as leis são construídas com base em normas que melhor correspondem à realidade social. Além disso,

aqueles encarregados de desenvolver as leis são selecionados com critérios mais fundamentados, como, por exemplo, a realização de eleições.

No século XVI, o modelo burocrático já estava amplamente disseminado nas estruturas de governos e nas organizações religiosas e militares em toda a Europa. No entanto, seu auge ocorreu no século XX, quando o sociólogo alemão Max Weber sistematizou os princípios essenciais da burocracia.

Estes princípios destacam a importância da separação entre a esfera política e a burocrática, bem como a ênfase na carreira administrativa desvinculada de influências partidárias. Além disso, o modelo burocrático valoriza o acesso universal com base no mérito e na imparcialidade (SECCHI, 2009; MARENCO, 2017).

O conceito de burocracia é objeto de extenso estudo nas Ciências Sociais, abrangendo um fenômeno multidisciplinar que abriga diversas perspectivas. A teoria burocrática concentra-se na estrutura organizacional e tem em Weber, Merton e Michels seus principais expoentes (conforme Chiavenato, 2014). Entretanto, inúmeros outros autores se destacaram no aprofundamento desse tema, incluindo notavelmente Mises (1974, 2006, 2010, 2015, 2018) e Tullock (1965, 2002).

Weber (1944) concebeu a burocracia como uma progressão positiva da administração pública. Seus membros são regidos por regras, regulamentos e regimentos. O enfoque em documentação, hierarquia funcional, busca de especialização, profissionalização e conformidade com normas de conduta e procedimentos sem dúvida são avanços compatíveis com um Estado democrático de direito. Tais avanços caracterizam a redução da discricionariedade, promovendo a metodologia, a equidade e um padrão de decisões que refletem a busca por justiça formal.

Para Lima *et al.* (1998), o termo “burocracia” foi inicialmente introduzido por Vincent de Gournay, economista do século XVIII, com a finalidade de identificar o setor de funcionários administrativos no contexto do Estado absolutista francês. De acordo com Weber (2014, p. 38), “todos os progressos da organização administrativa prussiana foram progressos do princípio burocrático, e fundamentalmente monocrático”. O caráter autoritário do modelo burocrático está intrinsecamente vinculado aos princípios administrativos adotados pelo exército prussiano.

De acordo com Souza e Moreira (2016), Max Weber presenciou a unificação alemã em 1871, um evento que resultou na formação de um Estado nacional tardio, notavelmente influenciado pela estrutura

burocrática inspirada no exército prussiano. Nesse contexto, a natureza etimológica da burocracia, com seus traços autoritários e hierárquicos, evidencia sua função primordial de controle. Conforme Motta e Bresser Pereira (2004) destacam, o grau de controle em um sistema social específico é determinante para a existência de uma organização burocrática.

Do ponto de vista de COHN (1979), Weber, quando leciona sobre os três tipos de dominações legítimas, aponta a burocracia como a mais pura delas:

Seu tipo mais puro é a dominação burocrática. Sua ideia básica é: qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. A associação dominante é eleita ou nomeada, e ela própria e todas as suas partes são empresas [...]. O quadro administrativo consiste de funcionários nomeados pelo senhor, e os subordinados são membros da associação (“cidadãos”, “camaradas”). Obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer (WEBER, 1956 in COHN, 1979, p. 128-9).

Max Weber delineou a conceituação da burocracia ao caracterizá-la por meio de seus traços distintivos. De acordo com Faria (1983), o sociólogo propôs a aplicação da metodologia dos “tipos ideais”, que representam o nível primário de generalização de conceitos abstratos. O “tipo ideal” de burocracia se baseia em seis características fundamentais, a saber: a) Autoridade burocrática: Áreas jurisdicionais estáveis e reconhecidas, reguladas pelo princípio de competências da autoridade; b) Hierarquia de funções (subordinação): Funcionários superiores supervisionam os inferiores em uma estrutura de comando; c) Formalidade e estabilidade: Documentação escrita é essencial, e uma classe de funcionários permanentes é encarregada dessa tarefa na instituição; d) Formação profissional: Cargos são administrados com especialização profissional; e) Dedicação profissional e rigidez: Os funcionários devem demonstrar completa dedicação ao trabalho, e sua carga horária na repartição é rigidamente estabelecida; f) Conhecimento das normas: Cada funcionário deve possuir conhecimento técnico especializado (WEBER, 2014).

Dessa forma, o modelo burocrático busca operar em relação a outras instituições de maneira semelhante à forma como uma máquina opera em relação aos processos de produção. Em contraste com as organizações de natureza substancial, as organizações formais se baseiam em cálculos e, como tais, são sistemas que foram intencionalmente concebidos para aperfeiçoar o uso de recursos.

3 A burocracia no Direito Administrativo brasileiro

No Brasil, encontramos elementos arraigados que remontam ao autoritarismo, centralismo, formalismo, desconfiança e tutela presentes no sistema burocrático colonial português, como salientado por Beltrão em 1984 (p. 35). A força motriz por trás da burocratização no Brasil pode ser rastreada até a tendência nacional ao estatismo, uma tendência que se origina no processo histórico e cultural do país, onde o Estado é constantemente apresentado como a resposta aos desafios nacionais (PIQUET CARNEIRO, 1984 *apud* WAHRLICH, 1984).

A Constituição Federal aderiu a uma abordagem burocrática ao estabelecer um Estado caracterizado por sua rigidez, uma extensa regulamentação, um alto grau de centralização e uma estrutura hierárquica bem definida.

No entanto, é importante destacar que a importância da eficiência no âmbito do serviço público foi consagrada como um princípio constitucional com a introdução da Emenda Constitucional nº 19/98, um marco significativo no desenvolvimento de uma nova abordagem para a administração pública, como destacado por (BRESSER PEREIRA, 2015).

Conforme Bresser Pereira (2015, p.11) observa ainda que a maioria dos administradores públicos brasileiros é caracterizada por sua competência, honestidade e compromisso com o bem público. Essas qualidades são atribuídas aos esforços do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público) na promoção de uma Administração Pública profissional.

Na década de 30, a burocracia parecia ser a solução ideal para combater o patrimonialismo que afligia o país, estabelecendo um corpo técnico no serviço público. No entanto, como destacado por Osborne e Gaeblér (p.15, 1995), a burocracia não era eficaz por si só, mas sim porque conseguia resolver os problemas essenciais que necessitavam ser abordados.

Os vestígios de centralização, autoritarismo e formalidade, que remontam à tradição burocrática colonial portuguesa, continuam a se fazer sentir em todos os níveis da Administração Pública do Brasil. A Constituição Federal, ao ser promulgada, refletiu essa mentalidade burocrática, estabelecendo um Estado altamente regulamentado, de natureza centralizadora e hierárquica (BRESSER PEREIRA, 2015).

De acordo com as observações de Modesto Carvalhosa (2021), a Constituição de 1988 se caracteriza por sua abordagem analítica, ou seja,

ela aborda minuciosamente a regulamentação e a disciplina que envolvem a estrutura, o funcionamento e a distribuição das funções do Estado, bem como seus vínculos com a sociedade. Além disso, o jurista enfatiza que as normas de Direito Administrativo deixam sua esfera ordinária para ganhar destaque no âmbito constitucional, transformando a Constituição em um extenso manual operacional.

A excessiva normatização presente na Constituição Federal tem sido apontada como um retrocesso burocrático. Conforme Bresser Pereira (2015) apontou, esse retrocesso pode ser atribuído a quatro principais fatores: i) uma visão equivocada das forças democráticas, que interpretaram o processo de descentralização buscado durante o regime militar como uma das causas da crise do Estado; ii) a formação de alianças políticas entre as forças democráticas e o antigo patrimonialismo; iii) o ressentimento por parte da antiga burocracia, que estava interessada em restaurar o poder central e resistir à modernização da Administração Pública; iv) A pressão a favor da desestatização, que levou os constituintes a reforçar os controles burocráticos sobre as empresas estatais. Esses quatro elementos, de acordo com Bresser Pereira, contribuíram para o cenário de excessiva normatização que caracteriza a Constituição de 1988, o que é visto por alguns como um retrocesso no aspecto burocrático.

Desta forma, ainda de acordo com Bresser Pereira (2015), o Brasil se viu diante da necessidade de reformar sua Administração Pública para torná-la mais eficiente, adotando práticas e estratégias do setor privado. Entretanto, o oposto acabou sendo implementado.

A Constituição de 1988, ao invés de direcionar o país para uma Administração Pública mais eficaz, acabou reafirmando o modelo burocrático que havia sido estabelecido na década de 30 e que ainda não havia sido completamente reformulado.

Nas palavras de Bresser Pereira (2015, p.9), essa situação pode ser comparada à ideia de que “primeiro seria necessário completar a revolução mecânica, para só depois participar da revolução eletrônica”, pois antes de abraçar os princípios da Administração Pública moderna, o país insistiu em consolidar a revolução burocrática.

No entanto, o processo de elaboração da Constituição de 1988 foi moldado por forças antagônicas. Enquanto o clamor popular por democracia e liberdade ecoava, a Constituição, paradoxalmente, consolidava “princípios de uma administração pública antiquada e excessivamente burocrática” (BRESSER PEREIRA, 2015, p.8). Os partidos que lideraram

a transição para a democracia eram predominantemente populistas, o que, em grande parte, justifica essa aparente contradição.

Conforme apontado por Bresser Pereira (2015), houve uma ressurgência dos ideais burocráticos dos anos 1930 no âmbito da gestão pública, ao mesmo tempo em que se buscava uma reaproximação com o populismo da década de 1950 no cenário político. Para Modesto Carvalhosa (2021), a Constituição de 1988 representou um pacto tácito entre as elites oligárquicas detentoras do poder e a burocracia já estabelecida.

Enquanto a Constituição de 1988 estabelece a necessidade de concursos públicos e expande os mecanismos de supervisão e transparência, simultaneamente perpetua uma série de vantagens que se originaram de um Estado patrimonialista. Essas vantagens incluem um sistema de aposentadoria com remuneração integral, independente do tempo de serviço prestado ao Estado, a criação de aposentadorias especiais e a permissão para acumular múltiplas aposentadorias, resultando em um aumento nos custos do sistema previdenciário estatal (BRESSER PEREIRA, 2015).

Com o intuito de desafiar as mudanças propostas pelo Decreto-lei 200 de 1967, a Administração Indireta adotou diretrizes praticamente idênticas às da Administração Direta. Adicionalmente, a Constituição de 1988 restringiu a capacidade do Poder Executivo de moldar as entidades públicas, passando a exigir a promulgação de leis de criação ou autorização para essas entidades. Isso resultou em um notável aumento no controle exercido sobre a Administração Indireta, o que supriu a autonomia previamente conquistada graças ao Decreto-lei 200.

A questão da estabilidade na Constituição de 1988 foi um tema amplamente discutido. Ela introduziu a exigência de um regime jurídico unificado, resultando na absorção dos funcionários celetistas pelo Poder Executivo, tornando-os funcionários estatutários com garantia de estabilidade e aposentadoria integral.

No entanto, é importante ressaltar que a estabilidade vem com um alto custo associado. Isso se deve ao fato de que a estabilidade dificulta a responsabilização dos servidores por seu desempenho, torna difícil a adaptação da força de trabalho às necessidades do serviço e torna complexa a implementação de um sistema eficaz de gestão baseado em incentivos e punições (BRESSER PEREIRA, 2015).

A administração burocrática se caracteriza pela estabilidade dos funcionários. Historicamente, no período do Império, a queda de

um governo frequentemente resultava em uma onda de demissões de funcionários públicos. No entanto, essa prática não seria aplicável nos tempos atuais. Além de ser socialmente reprovável, a precaução poderia ser usada para evitar demissões com motivações políticas. O princípio da estabilidade no emprego foi originalmente concebido para proteger o Estado, não necessariamente seus funcionários (BRESSER PEREIRA, 2015, p.9).

A Constituição de 1988 então surgiu em um contexto marcado por complexas dinâmicas políticas, frequentemente permeadas por contradições. Ela foi moldada como resultado da persistente influência do patrimonialismo e da rigidez burocrática, que se entrelaçavam de maneira às vezes prejudicial, como apontado por Bresser Pereira (2015, p.3).

A desburocratização é uma empreitada desafiadora, pois requer a redistribuição do poder de tomada de decisões de poucos para a comunidade em geral. Este processo é intrínseco a uma cultura de confiança e responsabilidade cidadã, temas que podem ser explorados através deste esforço conjunto.

As iniciativas de desburocratização no âmbito do setor público abrangem tanto a simplificação dos procedimentos judiciais quanto a revisão das normas que regulamentam e organizam a sociedade. Para alcançar esse objetivo, é necessário adotar uma abordagem holística que integre os campos do Direito, Administração e Economia.

Nesse contexto, é importante destacar que as diferentes perspectivas sobre o conceito de burocracia podem coexistir, mas, no final das contas, a eficácia de um programa é demonstrada pelos resultados práticos que ele alcança. Apesar dos desafios que possam surgir, a desburocratização do setor público representa um passo significativo em direção a uma maior participação cidadã.

A inserção de plataformas digitais em procedimentos e atos administrativos tem sido grande portal de entrada para a participação ativa dos administrados, conforme se aborda a seguir.

4 O papel das plataformas digitais como ferramentas facilitadoras

A busca por formas eficazes de desburocratização da máquina pública tem levado à adoção crescente de plataformas digitais como ferramentas facilitadoras desse processo. Cotidianamente a burocracia é

associada à rigidez e lentidão dos processos administrativos, a inserção de tecnologias digitais surge como uma alternativa promissora para simplificar procedimentos e aumentar a eficiência na gestão pública, além de ser grande aliada à facilitação do acesso ao gestor.

As plataformas digitais oferecem uma variedade de recursos e funcionalidades que podem contribuir significativamente para a desburocratização. Por exemplo, sistemas de gestão eletrônica de documentos permitem a substituição do papel por documentos digitais, agilizando o fluxo de informações e reduzindo a necessidade de trâmites físicos. Além disso, portais de serviços online proporcionam aos cidadãos e empresas acesso direto a uma variedade de serviços públicos, eliminando a necessidade de deslocamento físico e simplificando os processos de solicitação e obtenção de documentos e informações.

Um exemplo prático da aplicação bem-sucedida de plataformas digitais na desburocratização é o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial). Implementado pelo Governo Federal, o eSocial é uma plataforma digital que unifica o envio de informações fiscais, previdenciárias e trabalhistas pelas empresas, reduzindo a burocracia e aumentando a transparência e a eficiência na prestação de contas ao governo.

Outro exemplo é o Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC), que permite aos cidadãos solicitar informações públicas de forma eletrônica, agilizando o processo de acesso à informação e promovendo a transparência na administração pública. Esses e outros exemplos demonstram como as plataformas digitais podem ser aliadas poderosas na busca pela desburocratização e modernização da gestão pública brasileira.

Outro exemplo que não poderia deixar de ser mencionado, é a informatização do processo de compra e contratação na administração pública, advindo da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Essa legislação, como um todo, busca modernizar e simplificar os procedimentos licitatórios, promovendo maior transparência e agilidade na contratação de bens e serviços pelo poder público.

A Nova Lei de Licitações, determina que “as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo” (Art. 17, §2º). A eletronização no

processo licitatório não apenas torna a Administração Pública mais eficaz, mas também contribui para a redução de custos, o aumento da velocidade e a transparência em suas contratações.

A modernização beneficia todas as partes envolvidas no processo licitatório. O avanço da informatização decorrente da adoção da tecnologia nas licitações garante a observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Como resultado, alcança seus objetivos com maior excelência, reduzindo significativamente o tempo e os custos envolvidos, possibilitando a realização das compras e contratações necessárias para o funcionalismo.

No entanto, é importante reconhecer que a inserção de plataformas digitais na administração pública enfrenta desafios significativos. Questões como segurança da informação, proteção de dados pessoais e acessibilidade digital precisam ser cuidadosamente consideradas para garantir a integridade e a eficácia desses sistemas. Além disso, é necessário investir em capacitação e treinamento dos servidores públicos para garantir o uso adequado e eficiente das tecnologias digitais.

Em suma, as plataformas digitais representam uma ferramenta poderosa na busca pela desburocratização da máquina pública. Ao aproveitar as vantagens oferecidas pela tecnologia, é possível simplificar processos, aumentar a eficiência e promover uma gestão mais transparente e responsiva às necessidades da sociedade. No entanto, é fundamental abordar os desafios e garantir que a inserção dessas tecnologias ocorra de forma segura e inclusiva, maximizando os benefícios para todos os envolvidos.

5 Considerações finais

O modelo burocrático, baseado nos princípios de Max Weber, enfatiza a formalidade, hierarquia, impessoalidade e legalidade, buscando a eficiência na administração pública. No entanto, a influência histórica do autoritarismo e centralização burocrática no Brasil, aliada à Constituição de 1988, resultou em um sistema que perpetuou características burocráticas desafiadoras para a eficácia e a eficiência na administração pública.

O modelo burocrático, embora tenha suas vantagens em promover a imparcialidade e a justiça formal, também tem desafios intrínsecos, como a estabilidade dos funcionários, que pode dificultar a responsabilização e a adaptação às necessidades em constante mudança da sociedade. A

Constituição de 1988, embora tenha introduzido alguns elementos de modernização, manteve muitos traços burocráticos do passado.

Para superar esses desafios, a desburocratização no setor público é fundamental, visando uma distribuição mais equitativa do poder de tomada de decisões e uma maior participação cidadã. Isso requer uma abordagem holística que integre Direito, Administração e Economia, buscando simplificar procedimentos, revisar regulamentações e promover uma cultura de confiança e responsabilidade cidadã.

As plataformas digitais emergem como catalisadoras essenciais na contínua busca pela desburocratização da máquina pública. Ao adotar essas ferramentas, é possível não apenas simplificar processos administrativos, mas também promover uma gestão mais eficiente e transparente. Em última análise, ao superar esses desafios, as plataformas digitais têm o potencial de transformar profundamente a maneira como a Administração Pública opera, resultando em uma governança mais ágil, responsável e centrada no cidadão.

Em resumo, destaca-se a necessidade de repensar o modelo burocrático e continuar a promover mudanças para tornar a administração pública mais eficiente e responsável, enquanto ainda mantém seus princípios fundamentais. Essa evolução é crucial para garantir um Estado mais eficaz e adaptado às complexas dinâmicas do mundo moderno.

Referências

ABRUCIO, F. L.; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos V. **A formação da burocracia brasileira:** a trajetória e o significado das reformas administrativas. Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI, v. 1, p. 27-71, 2010.

BELTRÃO, H. **Descentralização e Liberdade.** Rio de Janeiro: Record, 1984.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acesso à informação e Ouvidoria em uma única plataforma.** Brasília, DF. Disponível em: <https://landpage.cgu.gov.br/redirectfalabr/index.html>. Acesso em: 4 mai. 2024.

BRASIL. Governo Federal. **Conheça o eSocial.** Brasília, DF. Disponível

em: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/centrais-de-conteudo>. Acesso em: 4 mai. 2024.

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. **Nova Lei de Licitações**. Brasília, DF: Presidência da República.

BRESSER PEREIRA, L. C. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 47, n. 1, p. 07 - 40, 2015. DOI: 10.21874/rsp.v47i1.702. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 4 out. 2023.

CARVALHOSA, M. **Uma nova constituição para o Brasil**: de um país de privilégios para uma nação de oportunidades. LVM Editora. 2021.

CHIAVENATO, I. **Gestão de pessoas**: o novo papel dos recursos humanos nas organizações. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2014.

COHN, G. (Org.) **Max Weber**. São Paulo, Editora Ática, Coleção Grandes Cientistas Sociais, 1979.

FARIA, J. H. **Weber e a sociologia das organizações**. São Paulo: Revista de Administração, v. 18, n. 2, p. 23-29, abril-junho, 1983.

LIMA, M.V.; SILVA, A.D.; RODRIGUES, G.M.O.S.; BORGES, J.A. & PRANDINI, M.A. **A Burocracia Estatal Brasileira como Ator Social**. In: Anais do Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, 22. Foz do Iguaçu, PR: ANPAD, 1998.

MOTTA, F. C. P.; BRESSER-PEREIRA, L. C. **Introdução à Organização Burocrática**. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson, 2004.

OSBORNE, D.; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Brasília: MH Comunicação, 1995.

PIQUET CARNEIRO, J. G. **O Acesso à justiça pública**: uma experiência de Juizado de Pequenas Causas. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 39, n. 4, p. 39-45, 2017. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2237>. Acesso em: 5 de out 2023.

RAMOS, G. **Administração e Contexto brasileiro – esboço de uma teoria geral da administração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983.

SECCHI, L. **Modelos organizacionais e reformas da administração pública**. Revista de Administração Pública [online]. 2009, v. 43, n. 2, pp.

347-369. Epub 24 Jul 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122009000200004>. Acesso em: 15 out. 2023.

SOUZA, Â. R. de e MOREIRA, C. R. B. S. **A Sociologia Weberiana e sua Articulação com a Pesquisa em Políticas Educacionais**. Educação & Realidade [online]. 2016, v. 41, n. 3, pp. 931-949. Epub 07 Jun 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2175-623653059>. Acesso em: 05 de out. 2023.

WEBER, M. **O que é a burocracia?** Brasília: CFA, 2014. Disponível em: https://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf. Acesso em: 01 out. 2023.

WEBER, M. **Economia y sociedad:** teoria de la organization social. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

Capítulo 27

ANTINOMIA ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS: DESAFIOS E PROPOSTAS

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana¹

1 Considerações iniciais

A resolução de antinomias jurídicas é um desafio central para a estabilidade e coerência dos sistemas jurídicos estabelecidos em Estados Democráticos de Direito. Quando se depara com o conflito entre duas normas igualmente válidas, o aplicador do Direito se vê diante de um impasse que, se não solucionado, pode comprometer a estabilidade e o sentido do próprio ordenamento.

Este capítulo objetiva explorar, no ordenamento jurídico brasileiro, a abordagem desse complexo fenômeno, por meio da análise de sua natureza jurídica, de suas manifestações normativas, como também dos diversos critérios e métodos apresentados como solução.

A existência de antinomias reais, em que duas normas se apresentam em conflito direto e insolúvel, desafia os princípios da consistência e unicidade do sistema jurídico, basilares do Estado Democrático. Ainda que contrárias à lógica do sistema, tais antinomias persistem, exigindo a aplicação de critérios solucionadores, quer cronológico, hierárquico ou de especialidade, em busca de se manter a estabilidade e unidade do ordenamento. Quando mesmo a adoção desses critérios gera conflitos, dá-se origem às chamadas antinomias das antinomias, ou, em um linguajar mais apropriado, às antinomias de segundo grau, fenômeno que alcança especial relevância quando se trata de normas constitucionais.

Ao longo do capítulo serão discutidas as implicações práticas desses conflitos normativos, bem como as diferentes abordagens propostas por

¹ Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras. Pós-graduada em Auditoria Governamental pela Universidade Gama Filho. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Auditora do Instituto Federal de Minas Gerais, professora universitária e advogada. E-mail: polianamyriam@gmail.com.

estudiosos do Direito. Enquanto alguns defendem a primazia do critério hierárquico, outros enfatizam a importância da equidade e justiça na resolução das antinomias. Tais discussões objetivam compor uma base de conhecimento sólida – ainda que condensada – que possibilite explorar a dinâmica dos conflitos normativos no contexto das normas constitucionais, que constitui o objetivo da construção deste capítulo. Para tal, destacar-se-á a distinção entre princípios e regras, e as particularidades das normas constitucionais originárias e derivadas. Questões fundamentais como a hierarquia entre princípios constitucionais e a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas originárias serão também brevemente examinadas.

Por fim, serão apresentadas, de maneira sumária, abordagens para a solução de antinomias reais, desde a interpretação corretivo-equitativa até a edição de emendas constitucionais, buscando proporcionar ao leitor compreensão sucinta desse importante tema jurídico, contribuindo para o debate e a reflexão sobre a natureza e os desafios dos sistemas legais contemporâneos.

2 O ordenamento e as antinomias: a busca de soluções que preservem a harmonia e unidade jurídicas

O ordenamento jurídico, como qualquer outro sistema, possui características que lhe são próprias. Destaca Bobbio (2011) que essas características são: a unidade, a completude, a complexidade e a consistência. Ferraz Júnior (2023) acresce outra característica: a dinamicidade.

Assim, o ordenamento jurídico é caracterizado como complexo, por possuir múltiplas fontes geradoras de normas e sua unidade concentra-se na sua disposição de forma hierárquica. O ordenamento tem origem na norma fundamental, localizada num plano acima das demais normas, até mesmo das superiores. É a norma que independe de qualquer outra, na qual se concentra a unidade do ordenamento.

Entretanto, a consistência plena do ordenamento jurídico é puramente teórica. O sistema é dinâmico, alicerçado em valores mutáveis. As normas originam-se de diversas fontes, de forma complexa e, como juízos de valor que são, modificam-se ao longo da história da sociedade. São esses juízos de valor quem incidem sobre os fatos jurídicos, apresentando a característica de dinamicidade do sistema. Devido a esses fatores, a consistência é um pressuposto ideológico, inalcançável na realidade fática.

(Ferraz Jr, 2023, p. 196).

A disposição totalmente harmônica das normas, formando um ordenamento unitário e consistente é, pois, uma ficção perseguida pela dogmática jurídica, mas inexistente na realidade. A antinomia jurídica, devido a esta dinamicidade e complexidade, é um elemento inerente ao sistema jurídico. As relações humanas são complexas, modificam-se e aprofundam-se cotidianamente, impossibilitando sua previsão entre os objetivos da ciência do direito (Ferraz Jr, 2023, p. 206).

A antinomia jurídica existe dentro do ordenamento jurídico e coexiste com ele, à medida que o próprio sistema prevê critérios para sua solução. Isto só é possível, explica Ferraz Jr (2023), porque a consistência do sistema jurídico é uma tendência (pressuposto ideológico), e não pressuposto real de existência do sistema.

A antinomia denota um conflito entre normas ou entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação ao caso concreto, que, embora inerente ao sistema jurídico, deve ser solucionada, já que o princípio da unidade do sistema jurídico expõe a ideia de coerência e é imprescindível à coerência do sistema que o antagonismo entre suas normas seja solucionado.

Diniz (2008) explica que a antinomia não é um fenômeno raro; é, por outro lado, decorrente da existência de inúmeras leis dentro do sistema jurídico. Para a autora, a consistência do sistema é fundamental para a concepção de ordenamento jurídico uno e, por essa razão, deve-se buscar a extirpação de qualquer conflito normativo, por meio de critérios de solução das contradições ou da harmonização do teor legislativo.

O princípio da unicidade, também chamado de princípio da não-contradição, para o Direito caracteriza-se pela análise do fato sob a ótica do conjunto de normas formadoras do sistema jurídico e não sob uma norma isoladamente. O fato é, pois, regulamentado pelo sistema de um modo integral, em sua completude. Não é apenas a lei em específico quem normatiza o fato e sim o sistema jurídico em sua totalidade.

Há que se salientar que o princípio da não-contradição não se aplica diretamente às normas jurídicas, e sim às afirmações que ensejam essas normas. Apenas de forma indireta é que o princípio se aplica às normas em si.

Se o princípio da não-contradição pudesse aplicar-se diretamente às normas, o conflito não existiria, pois, uma norma seria válida, enquanto a outra seria inválida. Bastar-se-ia aplicar a norma válida e desprezar a

outra, posto sua invalidade. Entretanto, sendo válidas ambas as normas, porque integrantes do sistema, o que ocasiona o conflito é a oposição entre as afirmações jurídicas que ensejaram as normas em choque.

A aplicação indireta do princípio da não-contradição às normas jurídicas é que possibilita a existência de duas normas válidas que se contradizem. Dessa forma, o conflito existente entre elas não exclui a validade de uma ou de outra. Esse conflito é que é denominado de antinomia jurídica.

Há que se destacar, contudo, que há antinomias em que, embora o conflito normativo exista, possa ser resolvido pela via interpretativa, não violando, essencialmente, o princípio da unidade do sistema.

A solução desta antinomia, que não é real, mas sim aparente, dar-se-á por via interpretativa, buscando entre as leis conflitantes aquela que deverá ser aplicada ao caso concreto. A escolha de uma lei em detrimento de outra será feita através de critérios preexistentes, quais sejam o critério cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

Entretanto, existem antinomias que não são solucionadas através destes critérios, casos em que o conflito entre as leis permanece. São, de acordo com Ferraz Jr (2023) as chamadas antinomias insolúveis, doutrinariamente classificadas como antinomias reais, cujo efeito provocado no sistema jurídico é de uma lacuna de regras de solução.

Porém, mesmo sendo solucionadas em determinado caso concreto, as antinomias continuam a existir dentro do sistema. Dessa forma, pode-se afirmar que a existência de antinomia real é algo inconcebível para o princípio da unicidade do sistema jurídico e não para o sistema propriamente dito. Deverá, no entanto, ser solucionada, para que seja mantida a unicidade deste sistema.

Os critérios solucionadores das antinomias jurídicas, também chamados de regras fundamentais para solução de antinomia, são de três tipos, o cronológico, o hierárquico e o da especialidade. São pressupostos implícitos inseridos na legislação para a manutenção da consistência do sistema, pela necessidade social de uniformidade das decisões e como uma alternativa para o órgão aplicador do Direito. Quando o órgão aplicador do Direito estiver diante de uma situação de antinomia que se resolva por algum desses critérios, estar-se-á diante de uma antinomia aparente, já que a solução para o conflito é apresentada dentro do próprio sistema jurídico. Caso a antinomia perdure, estar-se-á diante de uma antinomia real.

Tais critérios podem apresentar conflitos, evidenciados quando

uma mesma antinomia jurídica apresente, teoricamente, solução através de dois destes critérios, que, entretanto, não podem ser utilizados de maneira conjunta para a solução da antinomia, pois as soluções apresentadas são conflitantes e, pelo uso de um critério chega-se a uma norma, enquanto pelo uso de outro critério, chega-se à outra norma como solução.

Diniz comenta que, nesta hipótese, ter-se-á a caracterização da “antinomia das antinomias”, denominada antinomia de segundo grau (Diniz, 2008, p. 49). Não há, neste caso, uma regra, um metacritério a se estabelecer. Dessa forma, caberá ao aplicador do Direito a decisão, conforme o caso que se lhe é apresentado.

Diniz (2008) explica que isto se dá em razão do princípio da justiça, pelo qual, o aplicador do direito escolherá, dentre as normas conflitantes, a mais justa em relação ao caso concreto. Os critérios não são máximas, que não admitem modificações. São, em oposto, utilizados, em conjunto com o juízo de valor social, para a interpretação normativa, buscando a aplicação da lei em consonância com os anseios da sociedade.

É claro que não se discute a supremacia das normas constitucionais. Entretanto, essa supremacia não pode ser tal ao ponto de deixar prevalecer uma situação de desigualdade.

Ainda que haja critérios para a solução de conflitos normativos, existem casos em que persistem “lacunas das regras de resolução” das contradições, em razão da impossibilidade de aplicação dos critérios solucionadores (Diniz, 2008, p. 53).

Os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade apresentam soluções para os conflitos existentes entre normas de tempos diferentes, de níveis hierárquicos diferentes ou de situações normativas diferentes. Entretanto, existem outras formas de conflitos normativos, que abranjam normas editadas em um mesmo tempo, no mesmo escalão e de situações normativas iguais (Bobbio, 2011, p. 97).

As antinomias reais, por serem insolucionáveis, deveriam ser retiradas do sistema pelo legislador, para a manutenção de sua coerência. Entretanto, o aplicador do Direito pode deparar-se com um caso concreto para o qual exista o conflito no sistema. Nesse caso, não pode o aplicador quedar-se inerte, à espera de solução legislativa. Ele tem que decidir.

Neste ponto, Bobbio (2011) discorre sobre o fato de que, caso os critérios não tragam a solução para a antinomia, deve-se dar ao aplicador do Direito relativa liberdade, que poderá utilizar-se das técnicas hermenêuticas e não se limitará a aplicação de uma regra somente. Não

sendo possível, dessa forma, a solução do conflito através dos critérios existentes, o aplicador do Direito tem a possibilidade de, por meio da interpretação, aplicar uma das normas em detrimento da outra, deixar de aplicar as duas normas, ou ainda, conservar as duas normas, eliminando a incompatibilidade entre elas.

Esta incompletude dos meios de solução das antinomias jurídicas também é retratada por Diniz (2008). Tal incompletude será resolvida pela supressão de uma das normas pelo legislador, através da edição de uma norma derogatória. Em se tratando de caso concreto onde esteja presente o conflito normativo, será resolvido por meio de uma “interpretação corretivo-equitativa ou correção”.

Diniz (2008), por sua vez, apresenta como solução para a problemática da antinomia real o uso, pelo aplicador do Direito, dos princípios gerais de direito e a análise dos valores predominantes na sociedade.

Princípios gerais de direito são, no entendimento de Reale (2002, p. 305), “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõe dado campo do saber”. Reale (2002) afirma ainda alguns dos princípios tem importância tal que lhes é conferido poder de lei, podendo constituir até mesmo a base de todo o ordenamento jurídico.

Ferraz Júnior (2023) leciona que, mesmo que os princípios gerais de direito sejam utilizados no sentido de suprir lacunas, não perdem sua característica de princípios. Para o autor, os princípios gerais de direito não integram o sistema; são, ao contrário, parte de suas regras estruturais.

Há ainda a possibilidade de o conflito entre normas encontrar-se no topo do ordenamento jurídico, ocorrendo entre normas constitucionais. Antes, porém, de tratar do tema, é importante salientar a graduação das normas constitucionais. Insertos na Constituição tem-se, conforme seja o caso, princípios e regras.

Os princípios são aqueles denotadores de proposições normativas com alto grau de abstração, caracterizando-se, em consequência, por sua indeterminabilidade, pelo que necessitam sempre de mediação concretizadora (Reale, 2002, p. 306).

Por sua natureza, os princípios absorvem integralmente os valores, operando o fenômeno de sua juridicização, fundamentando assim as demais normas jurídicas. Daí, nos dizeres de Canotilho (2003), possuírem natureza normogenética.

As regras, por sua vez, baseiam-se nos princípios e definem-se como prescrições diretas de conduta, com um grau menor de abstração, possibilitando-se a aplicação normativa direta (Canotilho, 2003, p. 168).

Ambos, princípios e regras, levam à consecução da segurança jurídica, posto permitirem um modelo jurídico aberto às influências dos valores, ao mesmo tempo em que garantem a resolução coerciva dos conflitos postos, conferindo dinamismo à Constituição.

Princípios e regras estabelecem entre si uma relação de derivação, acarretando a fundamentação, quando se analisam as regras constitucionais a partir dos princípios estruturais, ou a subsunção, quando analisadas as regras constitucionais até se atingirem os princípios estruturantes.

Levando-se em conta o conceito de sistema jurídico e concebendo-se a Constituição como um sistema, há que presumir-se a unicidade das normas constitucionais, vislumbrando que a relação entre princípios e normas compreende esclarecimento recíproco, buscando-se sentido e significado uma da outra.

Canotilho (2003) explica que as regras refletem, outrossim, os valores expressos pelos princípios. A unicidade resultará do processo interpretativo, vista como um objetivo previamente definido e que norteia o trabalho racional, conferindo efetividade à norma. A natureza da norma, entretanto, condiz com a sua essência, sendo impossível esquecê-la, desvirtuar a relação derivativa, para alcançar uma suposta unidade formal, que, internamente, poderia debater-se em contradição.

Esse processo interpretativo deve se realizar segundo os valores e de acordo o momento vigente, estabelecendo-se preceitos efetivamente vinculantes, construindo-se, nos dizeres de Canotilho (2003, p. 227), a “constitucionalidade adequada”.

A interpretação resultará, conforme dito, na afirmação do sistema, dotando-o da unicidade lógica e, por conseguinte, de aplicabilidade.

Ocorre que, durante o processo interpretativo, podem surgir conflitos entre as normas integrantes do sistema. Tais conflitos, explica Moraes (2023) nem sempre constituem antinomias, em razão da diferenciação entre as normas constitucionais, em princípios e regras.

Caso o conflito ocorra entre princípios, afasta-se a possibilidade de antinomia, pois, denotando valores sociais absorvidos juridicamente, os princípios vinculam-se ao peso, à importância daqueles, acarretando, em consequência, um necessário equilíbrio, a ponderação entre eles. Não existe conflito entre princípios, já que esses, antes, se limitam, se orientam,

devendo ser aplicados de maneira harmônica (Moraes, 2023, p. 45).

A colisão entre princípios constitucionais não se soluciona através da validade, e sim pela valoração. Quando determinado princípio proíbe uma situação que é permitida por outro, não se fala em invalidade de um princípio pela aplicação do outro. Fala-se em precedência de um princípio pelo outro, na qual determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Ora, é inconcebível a ideia de que um princípio reconhecido pelo ordenamento jurídico seja declarado inválido, quando não for aplicável a uma situação específica. O princípio apenas deixa de produzir efeitos ante um peso maior, de outro princípio também reconhecido pelo ordenamento.

Se o antagonismo se encontrar entre princípios e regras ou entre regras e regras, identifica-se a antinomia, considerando-se entre os primeiros, a diferença de graduação, e, entre as últimas, a identidade hierárquica.

Quando o conflito se desenvolve entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é mais facilmente alcançada. Aplica-se o critério que determina a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Os princípios constitucionais, pela condição de normas gerais e fundamentais, prevalecem sobre as regras constitucionais, normas de generalidade menor que os princípios.

Saliente-se, porém, como visto, a hipótese peculiar de aplicação do critério da especialidade, considerando-se a regra uma exceção justificada à generalidade estatuída pelo princípio.

Entre princípios e regras, a antinomia qualifica-se como aparente, prevalecendo os primeiros, uma vez que consistem em normas de escalão superior. Resolve-se o conflito através da aplicação do critério hierárquico.

Entre regras, entretanto, a antinomia será real, posto não ser aplicável qualquer dos critérios interpretativos. Ora, a edição das normas constitucionais originárias deu-se a um mesmo tempo, não sendo possível a aplicação do critério cronológico; são normas do mesmo escalão, não se aplicando também o critério hierárquico; por fim, são normas gerais, não se aplicando o critério da especialidade. A antinomia real solucionar-se-á apenas com a edição de norma posterior, ante a inexistência de solução através dos critérios existentes.

Por outro lado, deve-se considerar a origem das normas constitucionais. As normas se classificam em originárias, quando decorrentes

do poder constituinte originário instituidor de uma nova ordem jurídica. Derivadas, se originadas do poder constituinte derivado, destinado a reformar a Constituição. Estas últimas, porém, encontram limitação no próprio texto constitucional, em virtude da rigidez constitucional. Devem, assim, sujeitar-se a um procedimento especial e obedecer à existência, em nosso ordenamento, das cláusulas pétreas, imutáveis, conforme apregoadas pelo §4º, art. 60 da Constituição Federal.

A antinomia existente entre norma constitucional originária e norma constitucional derivada é aparente, já que se resolve ao menos pelo critério cronológico, pelo qual a norma posterior revoga a norma anterior.

Além disso, aceita-se a existência de antinomia, quanto às normas derivadas, em razão dos limites impostos ao Poder Constituinte derivado. Identificado o conflito entre a ordem constitucional e uma Emenda Constitucional, há que se falar em inconstitucionalidade da Emenda.

Com relação às normas originárias, entretanto, sua inconstitucionalidade não é admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, em razão da rigidez da Constituição.

Dessa forma, considerando-se a unidade da Constituição Federal, não há a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constituintes originárias, por constituírem o fundamento do ordenamento jurídico.

A antinomia real, se existente, deve ser sanada por via legislativa, como, por exemplo, pela edição de Emenda Constitucional, corretiva da norma antagônica.

Ao abordar a antinomia resultante de conflitos normativos constitucionais, Kelsen (2021) defende a unidade, não somente da Constituição, como de todo o ordenamento jurídico. Tal unidade apresenta-se como consequência necessária do fato das normas desta ordem derivarem de uma mesma norma fundamental. É essa norma fundamental quem representa o fundamento de validade e o elemento que unifica e caracteriza como o Direito de um Estado, o conjunto de leis, decretos e decisões judiciais deste.

Kelsen (2021) explica que o papel do legislador do Direito é “apreender o seu objeto como um todo de sentido e descrevê-lo em proposições isentas de contradição”, e que o operador deve partir do pressuposto de que as normas com as quais irá lidar, mesmo que aparentemente contraditórias, podem, por meio da interpretação, ser eficazmente reduzidas a um todo coordenado. Para tal, apresenta três

possibilidades distintas para a solução de normas antinônicas simultâneas, como é o caso das normas constitucionais originárias.

A primeira possibilidade é de que a lei resolveu deixar ao encargo do órgão aplicador do Direito a decisão sobre qual das duas normas aplicar, sendo ambas eficazes abstratamente. Assim, caberá ao Poder Judiciário a decisão da norma a aplicar. A segunda possibilidade trata dos casos de contradição apenas parcial entre as normas, em que uma norma limitaria a validade da outra, persistindo também a eficácia de ambas. A terceira hipótese refere-se à impossibilidade de utilização das duas interpretações anteriores, quando Kelsen (2021, p. 240) afirma que “temos um ato legislativo sem sentido e, portanto, algo que não é sequer um ato cujo sentido subjetivo possa ser interpretado como seu sentido objetivo. Logo, não existe qualquer norma jurídica objetivamente válida”. Irrecuperável o sentido da norma, inexistirá, portanto, qualquer imposição.

Admite-se também como solução a ponderação e a relação de precedência entre princípios contrários, para preservar a integridade constituinte originária, nas hipóteses de contraposições de princípios ou de regras fundadas em princípios distintos.

Neste sentido, Alexy (2011) apresenta como solução para um conflito de princípios a precedência de um sobre o outro, sem, contudo, invalidar aquele que não foi aplicado. Ambos os princípios permanecem válidos dentro do ordenamento, como fundamentos de suas regras. O que ocorre é que não existem princípios absolutos, que imperem sobre os demais de maneira extrema e ilimitada.

Nesse raciocínio, o magistrado, ao analisar situações que contemplem conflitos entre princípios constitucionais, exercerá um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela decisão e aquele por ela restrinido, ponderando sobre a justiça da situação amparada.

Para Alexy (2011), deve o julgador avaliar, de acordo com as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a decisão obteve um resultado satisfatório, e se o direito mantido deveria realmente prevalecer sobre o restrinido, em uma “relação de precedência condicionada”.

Pela ponderação, examina-se o grau de satisfação e efetivação do princípio que a decisão atendeu. Quanto mais alto o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se efetivou.

Fato é que, seja qual for o caminho escolhido na busca pela preservação da unidade do sistema, diante da pluralidade de normas e da

diversidade de situações fáticas, é essencial que os operadores do Direito sejam convededores dos diversos critérios de solução de antinomias, buscando sempre a aplicação da norma mais adequada ao caso concreto.

Nesse contexto, a atuação do intérprete do Direito adquire especial relevância, devendo pautar-se pela busca da justiça e da equidade, orientado pelos valores e princípios fundamentais do sistema jurídico.

Por fim, é fundamental reconhecer que a solução das antinomias jurídicas não se resume a uma simples aplicação mecânica de critérios preestabelecidos, mas sim a um exercício hermenêutico e interpretativo que visa assegurar a efetividade e a legitimidade do sistema jurídico como um todo.

3 Considerações finais

A Constituição, enquanto ordem jurídica fundamental do Estado e da Sociedade, decorre do conflito entre os interesses políticos e sociais das diversas classes num dado momento histórico, refletindo, desta maneira, uma opção ideológica realizada.

Por outro lado, como conjunto de normas jurídicas em relação interna de coerência, a Constituição demonstra ser um sistema internamente estático e externamente dinâmico. É um sistema estático, diante da diferenciação das normas que o compõem em princípios e regras, estabelecendo-se uma relação de fundamentação, partindo-se dos princípios para chegarem-se às regras. É dinâmico, porque a Constituição consiste na ordem máxima vigente, derivada do Poder Constituinte originário, caracterizando-se, assim, pela máxima coercitividade, fundamentando o ordenamento jurídico do Estado.

Quando ameaçada a consistência desse sistema, pela existência de contradições entre as normas que o compõem, tem-se a antinomia. Neste ponto, necessário distinguir a antinomia, se real ou aparente, ou se entre normas originárias e derivadas, uma vez que ensejará um controle judicial ou político. A antinomia aparente soluciona-se por critérios jurídicos interpretativos, quais sejam, critério da especialidade e critério hierárquico e enseja apreciação do Poder Judiciário. Se entre normas originárias, a antinomia deve ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal, diante da atribuição da competência interpretativo-constitucional específica. Tratando-se de antinomia real, cuja solução não seja possível dentro do ordenamento jurídico, o caso é de controle pelo Poder Legislativo, por

meio de emenda constitucional editada pelo Congresso Nacional, a quem compete o exercício do Poder Constituinte derivado.

Assim, a exclusão da antinomia, por meio das soluções ora discutidas, permite a manutenção de ordem lógica e jurídica do sistema constitucional, garantindo-lhe plena aplicabilidade. Se não for assim, a efetividade da norma constitucional não poderá ser reconhecida, sob pena de colapso total da ordem constitucional pátria.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. xii, 350 p. (Biblioteca forense de direito internacional). ISBN 9788530932428.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed. Brasília, DF: Edipro, c2011. 174 p. ISBN 9788572836142.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 de abril de 2024
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 815-3/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547> Acesso em: 22 de abril de 2024
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p. ISBN 9789724021065.
- DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. xii, 129 p. ISBN 9788502069084.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 12. ed. São Paulo (SP): Atlas, 2023. E-book. ISBN 9786559773763.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito introdução à problemática jurídico-científica. Rio de Janeiro Forense Universitária 2021 1 recurso

online ISBN 9788530994198.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 39. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Atlas, 2023. E-book. ISBN 9786559774944.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. E-book. ISBN 9788502136847.

OS LIMITES LEGAIS DA EXPOSIÇÃO DIGITAL: UM OLHAR JURÍDICO SOBRE O *SHARENTING*

Júlio César Tadeu de Assis Gomes¹

1 Introdução

A sociedade contemporânea é marcada pela tecnologia, de maneira que as redes sociais fazem parte do cotidiano de grande parte da população. Não se desconhece a velocidade e facilidade do compartilhamento de informações no mundo globalizado. Ademais, é certo que a proximidade conferida pela internet ensejou um sem número de benefícios para as relações sociais atuais.

Todavia, apesar dos inegáveis benefícios, algumas preocupações de grande relevância surgem no cenário digital. Uma destas é a proteção aos direitos das crianças e adolescentes. Neste cenário, são encontradas diversas legislações que reconhecem as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e garantem a proteção destes. De modo especial, destacam-se os direitos de personalidade, que correspondem aos direitos inerentes à condição de indivíduo, criando direitos como à liberdade, privacidade e imagem (SCHREIBER, 2014).

Por outro lado, com o crescimento exponencial das redes sociais surge o fenômeno do *sharenting*, que corresponde ao compartilhamento excessivo por parte dos pais acerca dos dados dos filhos. Estes dados referem-se não apenas ao nome e fotos do rosto, mas a todo o conjunto relacionado à criança, como escola, familiares, religião, passeios e datas comemorativas (EBERLIN, 2017).

Neste cenário, o presente artigo busca estudar o fenômeno do *sharenting* sob a ótica dos direitos das crianças e adolescentes. Para tanto, serão tecidas as considerações das crianças e adolescentes como sujeitos

¹ Advogado Familiarista e de Sucessões. Membro associado do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Pós graduado em Direito Processual pela PUC Minas. Pós graduado em Direito de Família e Sucessões pela EBRADI/UMA. Pós graduando em Direito Sistêmico Integrativo pelo Centro de Mediadores – Instituto de Ensino.

de direitos e quais os direitos da personalidade pertinentes à temática. Posteriormente, será estudado o fenômeno do *sharing*: seu surgimento, denominação e como está presente na sociedade contemporânea. A partir destas considerações, será possível a análise do fenômeno abordado em conjunto com a proteção aos direitos das crianças e adolescentes.

Desse modo, o presente artigo visa realizar uma análise jurídica sobre como os direitos da criança e do adolescente devem ser protegidos no cenário digital e como podem coexistir com a liberdade de expressão dos pais de modo que a internet seja um ambiente mais seguro para os menores e os seus interesses sejam tutelados.

2 Crianças e adolescentes como sujeitos de direito

Com a promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direito se tornou um marco fundamental no campo dos direitos humanos e, também, do direito da família (DIAS, 2021). Nesta convenção, foi estabelecido que as crianças têm direitos específicos que devem ser protegidos e respeitados em todas as circunstâncias, incluindo direitos à proteção, educação, saúde e participação na sociedade (UNICEF, 1989).

O doutrinador Paulo Nader (2016) cita que ao longo da história da sociedade, a percepção do sujeito “criança” passou por diversas transformações, refletindo mudanças sociais, culturais e jurídicas. Tradicionalmente, a criança era vista como um sujeito passivo, sem capacidade plena de exercer direitos e tomar decisões, sendo tratada de forma paternalista e tutelar pelos adultos. Contudo, o autor ressalta que tal visão mudou a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Sobre isso, destaca-se o artigo 277 da Carta Magna que, em sintonia com os princípios estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança, fundamenta a Doutrina da Proteção Integral, a qual sustenta que a responsabilidade pela proteção e garantia dos direitos da criança, do adolescente não recai exclusivamente sobre a família, mas é compartilhada pela sociedade e pelo Estado, configurando assim uma responsabilidade coletiva (NUCCI, 2018).

Assim, o artigo 277 estabelece que é dever da família, da sociedade

e do Estado garantir, com absoluta prioridade, uma série de direitos fundamentais, tais como vida, saúde, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, além de protegê-los de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Para o autor Guilherme Nucci (2018), esse dispositivo constitucional representa uma síntese dos direitos essenciais da pessoa humana, concentrados na criança, no adolescente e, agora, no jovem. Ele é considerado por muitos como um princípio, a prioridade absoluta desses indivíduos em qualquer circunstância. Portanto, trata-se de uma determinação constitucional que coloca a criança, o adolescente e o jovem como prioridade máxima em todas as situações, reforçando o compromisso da sociedade e do Estado com seu bem-estar e desenvolvimento integral.

Maria Berenice Dias (2021) destaca que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) surgiu em um contexto de ampliação da democracia social e participação cívica, marcando o período pós-regime militar. Focando nos direitos sociais fundamentais, especialmente os das crianças e adolescentes, o ECA expressou o desejo da sociedade brasileira de garantir direitos a esse grupo da população.

Promulgado em 13 de julho de 1990, o ECA, Lei Federal nº 8.069, representa um marco legislativo crucial no âmbito das políticas públicas voltadas para a infância e adolescência. Ele não apenas consolida direitos essenciais para crianças e adolescentes, mas também inaugurou um processo prático-reflexivo em relação ao atendimento e à atenção a esse público. Para Dias (2021), é possível dizer que este dispositivo jurídico estabelece um conjunto de medidas legislativas destinadas a assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, regulamentando seu tratamento, especialmente quando em situação de vulnerabilidade.

Cediço isso, torna-se importante destacar que apesar do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e do ECA enumerarem direitos específicos para essa parte da população, tais direitos se somam, sem dúvida, a todos os demais direitos garantidos às outras faixas etárias. Em outras palavras, trata-se de uma complementação aos direitos já assegurados, não havendo, portanto, espaço para qualquer forma de exclusão. Tal ponto é respaldado pelo teor do artigo 3º do ECA:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que

trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Também, cita-se o parágrafo único do artigo 3º do ECA que estabelece que tais disposições legais devem ser aplicadas a todas as crianças e adolescentes, sem qualquer tipo de discriminação por nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que possa diferenciar as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (BRASIL, 1990).

Não há como falar da proteção aos direitos das crianças e adolescentes sem analisar os direitos da personalidade, que ganharam importante espaço e proteção em especial com a Constituição atualmente vigente. Schreiber (2014) destaca características relevantes acerca dos direitos da personalidade ao apresentá-los como absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, abrangendo direitos não separam do ser humano.

O que se identifica a partir das considerações alhures é que os direitos da personalidade são entendidos tanto doutrinariamente quanto na aplicação prática como qualidade intrínseca que surge da própria condição do ser humano como indivíduo. De tal modo, as inúmeras normativas que tutelam os direitos da personalidade surgem como forma de conferir efetividade aos princípios citados. Especificamente no que se refere às crianças e adolescentes, as disposições encontradas na Constituição, ECA, Código Penal, Código Civil e demais legislações esparsas são capazes de evidenciar como os direitos da personalidade atuam na proteção desses indivíduos como sujeitos de direitos.

Neste cenário, extraí-se que o Código Civil dedica seu Capítulo II do Livro I, Título I aos direitos da personalidade (BRASIL, 2002). De acordo com o artigo 11 do referido Códex “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

Mais especificamente no que se refere à imagem, preceitua o Código Civil em seu artigo 20 que:

Art. 20 Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização

da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002).

Considerando dispositivo exposto encontra-se o direito à imagem, que também é tutelado em outros artigos do ordenamento jurídico brasileiro. Bittar (2015) o define como a proteção àqueles aspectos que permitem a individualização do ser na sociedade, tratando-se de todo o conjunto que são capazes de identificar a pessoa.

Em que pese as considerações acima acerca da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, a leitura do artigo 20 do Código Civil evidencia que é possível que o direito à imagem seja objeto de concessão. Um dos exemplos amplamente presentes na sociedade atual acerca da concessão ao direito de imagem é o mundo artístico, em que os artistas auferem lucro a partir da sua imagem.

Ainda, Bittar (2015) destaca que o uso não consentido e que extrapole limites contratuais em qualquer situação relativa ao direito de imagem pode constituir ato ilícito. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 403 com o fim de sedimentar o entendimento que a indenização por publicação não autorizada de imagem com fins econômicos ou comerciais independe de prova do prejuízo. Em igual entendimento, o Supremo Tribunal Federal decide que tão somente a publicação não autorizada da imagem gera danos indenizáveis (RE 215.984).

Ainda com relação aos direitos da personalidade, a privacidade é consagrada constitucionalmente como direito fundamental, que enfatiza a inviolabilidade da vida privada (Brasil, 1988). O Código Civil reafirma a norma da Constituição e, em seu artigo 21, garante a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, atribuindo ao juiz a responsabilidade de adotar as medidas necessárias para evitar ou interromper qualquer ato que represente uma ameaça à privacidade do indivíduo (BRASIL, 2002).

Schreiber (2014) destaca que os avanços tecnológicos atuam na sociedade no sentido de facilitar o intercâmbio de informações, ensejando uma evidente necessidade de ampliar a tutela do direito à privacidade para mais que apenas a vida íntima, mostrando-se essencial que o indivíduo detenha o controle de seus dados pessoais.

Isso implica que a esfera privada se expandiu, englobando não apenas o indivíduo e suas atividades pessoais, mas também todo o conjunto, que abrange comportamento, opinião, ideias e demais informações

pessoais sobre as quais deseja manter o controle. Desse modo, infere-se que a privacidade evoluiu, tornando-se um poder social, não se tratando tão somente de manter informações pessoais fora do conhecimento da sociedade, mas o direito ao controle e uso destes dados.

Infere-se, por conseguinte, que a tutela dos direitos da personalidade abrange uma vasta gama de direitos ligados ao indivíduo, protegendo sua imagem, privacidade, uso de seus dados. Assim, ainda que diante de uma sociedade marcada pelos avanços tecnológicos, o ordenamento jurídico visa garantir que cada indivíduo detenha a capacidade de controlar seus dados e a exposição de sua vida íntima. Não de modo diverso, as referidas garantias devem ser estendidas às Crianças e Adolescentes.

3 O fenômeno *Sharenting*

Cediço que o ordenamento jurídico é constantemente modificado considerando a realidade social em que se está inserido, para que seja adequado às necessidades sociais. Neste sentido, são diversas normativas que surgiram com o advento da internet. Algumas legislações de grande importância marcam a sociedade tecnológica e as modificações do direito a partir dos avanços na tecnologia, como o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014).

A popularização da internet e das redes sociais deu início a certas situações jurídicas relevantes considerando a facilidade e velocidade de compartilhamento de dados. Neste cenário, surge o fenômeno “*Sharenting*”, assim definido por Eberlin:

Sharenting é uma expressão da Língua Inglesa que decorre da união das palavras “share” (compartilhar) e “parenting” (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar). A prática consiste no hábito de pais ou responsáveis legais postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela em aplicações de internet. O compartilhamento dessas informações, normalmente, decorre da nova forma de relacionamento via redes sociais e é realizado no âmbito do legítimo interesse dos pais de contar, livremente, as suas próprias histórias de vida, da qual os filhos são, naturalmente, um elemento central (EBERLIN, 2017, p. 258)

O autor também esclarece que o termo engloba até mesmo as circunstâncias em que os pais assumem o controle da presença digital de seus filhos, criando perfis em redes sociais em seus nomes e compartilhando regularmente detalhes sobre suas vidas cotidianas (Eberlin, 2017).

Para mais além, Plunkett (2020) defende que o fenômeno destacado

não diz respeito apenas aos pais, haja vista que envolvem todas as formas em que pais, avós, educadores e outros adultos relacionados à criança interferem na atividade digital, com a exposição das informações privadas quando sob seus cuidados.

Eberlin (2017) destaca, ainda, que, mesmo não havendo a exposição explícita e intencional dos adultos quantos aos dados da criança, com esforços para preservar certos dados, como omitindo o nome, os demais elementos expostos podem levar terceiros a identificar a criança. Isso porque, conforme exposto alhures, os direitos da personalidade demonstram que a identificação de um indivíduo na sociedade não se dá apenas por seu nome, mas por um conjunto de características individuais que a diferenciam da sociedade, como localização, escola que frequenta, aniversário, religião.

O que ocorre a partir deste fenômeno é, portanto, a criação pelos pais e demais responsáveis de uma exposição excessiva da vida das crianças, sem que estas tenham qualquer controle. Nas redes sociais podem ser encontradas informações, por vezes extremamente precisas, sobre os dados das crianças, desde seu nascimento, perpassando por aniversários, datas comemorativas, viagens, amigos, animais de estimação e todos os demais aspectos de suas vidas pessoais.

A reflexão trazida por Schreiber (2014) apresenta que a internet não tem o poder de esquecimento. De modo diverso do que ocorre com jornais e revistas impressos que se perdem com o tempo e estão sujeitas aos desgastes físicos, as informações postas nas redes ali permanecem por tempo e a alcance indefinido. Ainda, dados antigos vêm à tona com a mesma facilidade, alcance e clareza dos atuais. Impossibilita, portanto, o direito ao esquecimento.

O que se percebe é que as informações dispostas na internet formam um verdadeiro rastro digital. No caso em específico das crianças, estas não possuem controle acerca da disseminação das suas informações, uma vez que são expostas por pais e demais adultos. De tal modo, a criança terá seus dados expostos por tempo indeterminado, a um amplo alcance, desde seu nascimento e estes dados a acompanhará também por prazo indefinido.

Uma situação bastante comum acerca deste fenômeno que pode ser visualizada das diversas redes sociais é a exposição no mundo artístico. Seguindo o disposto acima, o direito de imagem é constantemente objeto de concessões no cenário artístico. Todavia, o que se percebe atualmente nas redes sociais é que as figuras públicas, além de serem constantemente

expostas, expõe as vidas de seus filhos. Subcelebridades e celebridades expõem suas crianças desde o nascimento em redes sociais a partir de publicações de amplo alcance.

Ainda de acordo com as considerações supra expostas, muitas vezes o *sharenting* não ocorre apenas por atos dos pais, mas dos demais adultos relacionados aos menores que expõe os dados das crianças publicamente na internet. É possível encontrar diversas matérias com exposição de informações de nascimento de filhos de figuras públicas². Nota-se que as crianças recém nascidas são objeto de notícia online com inúmeras informações pessoais.

4 Direitos em colisão: o *Sharenting* e a violação da proteção integral à criança e ao adolescente

O fenômeno destacado pode apresentar uma preocupante ameaça aos direitos da personalidade, colocando em risco os direitos relativos à intimidade, imagem e vida privada das crianças. A disposições normativas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente destacadas acima evidenciam a preocupação do legislador em proteger os direitos da personalidade das crianças e adolescentes, todavia, o *sharenting* atua em sentido contrário.

Não se pode desconsiderar que as redes sociais têm lados positivos, uma vez que é possível encontrar uma verdadeira rede de apoio, com pessoas que comungam opiniões e compreendem as dificuldades enfrentadas no cenário familiar e o compartilhamento de experiências auxilia as famílias.

Todavia, é importante ponderar que o compartilhamento de informações online tem natureza instantânea e possibilita que as postagens se dissemintern de forma ampla. Assim, em que pese a existência de benefícios, os riscos, danos e a potencial violação de direitos das crianças e adolescentes deve ser cuidadosamente analisada.

Acerca desta ponderação, Eberlin (2017) destaca que o *sharenting* não traz a necessidade de proibição total e absoluta quanto ao compartilhamento

2 <https://www.terra.com.br/diversao/gente/nasce-lua-a-filha-de-viih-tube-e-eliezer,b5a9670bf87fefcd228dd646e2ecd3b5wfp5umw4.html#:~:text=Lua%20di%20Felipe%2C%20a%20primeira,3%2C555kg%2C%20com%2049%20cm!>
<https://opopular.com.br/magazine/virginia-fonseca-e-ze-felipe-anunciam-o-nascimento-da-filha-maria-flor-1.2545841>
<https://gshow.globo.com/tudo-mais/tv-e-famosos/noticia/nasce-jorge-primeiro-filho-de-joao-gomes-e-ary-mirelle.ghtml>

das informações das crianças e adolescentes por parte dos pais, uma vez que cabe a eles o cuidado dos filhos e as decisões sobre a vida da criança e seu melhor interesse. Ademais, não deve ser desconsiderado o direito à liberdade de expressão dos pais, ainda que implique na divulgação de dados pessoais.

O autor destaca, ainda, que as redes sociais são parte do cotidiano da sociedade e que, na maioria das vezes, os responsáveis não têm conhecimento sobre as consequências do compartilhamento de informações online (Eberlin, 2017).

Lado outro, apesar de inicialmente os dados da criança não serem expostos com intuito malicioso, Steinberg (2017) alerta acerca da necessidade de serem consideradas as consequências negativas que podem ser ainda mais graves que a violação dos direitos da personalidade da criança. Isso porque é preciso considerar a utilização dos dados para inúmeros fins extremamente prejudiciais à criança, como para prática de *bullying* e até a inserção de fotos em sites relacionados à pedofilia.

Extrai-se, portanto, que o compartilhamento de dados de menores, que detém direitos, mas não capacidade civil para exercê-los, deve estar em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente. O próprio Estatuto permite ao Ministério Público estabelecer restrições à exploração da imagem de menores, visando garantir seus direitos à privacidade e dignidade, conforme pode ser observado no artigo 201, inciso V do ECA. De tal modo, os direitos da personalidade dos menores devem estar em constante harmonia e serem compatíveis com o melhor interesse da criança.

5 Considerações finais

A partir das considerações supra dispostas, nota-se que as crianças e adolescentes são amplamente reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro como sujeitos detentores de direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente trata-se de marco legislativo de extrema importância neste cenário, uma vez que garante aos menores a proteção aos direitos fundamentais mesmo antes de terem capacidade civil para exercê-los.

No âmbito dos direitos fundamentais, destacam-se os direitos da personalidade, que surgem da própria condição de indivíduo, sendo inerentes ao ser humano. Tratam-se de direitos que protegem todos os aspectos individuais, abrangendo todas as características da pessoa que a distinguem da sociedade. Assim, os direitos da personalidade abarcam

desde o nome, até a privacidade, liberdade e imagem.

Observou-se que, com o advento da internet e popularização das redes sociais, o compartilhamento de dados tornou-se cada vez mais fácil e com maior alcance. As diversas legislações que surgiram a partir da internet buscam dar ao indivíduo o controle acerca do compartilhamento de seus dados.

Por outro lado, o fenômeno no *shareting* aparece nas redes sociais. Em suma, trata-se do excessivo compartilhamento dos pais e demais responsáveis dos dados das crianças. Nas redes sociais é possível encontrar inúmeras publicações desde o nascimento da criança, viagens, escola, datas comemorativas e todos os aspectos pessoais. Todavia, o *shareting* enseja uma preocupante violação aos direitos da personalidade das crianças, uma vez que estas têm seus dados expostos pelos pais sem qualquer controle.

Conclui-se que o exercício do poder familiar com relação à exposição de dados na internet deve utilizar como parâmetro o princípio do melhor interesse da criança, devendo este ser o principal limitador ao direito à liberdade de expressão dos pais. Desse modo, tanto ordenamento jurídico quanto aplicadores do direito devem ponderar cuidadosamente a liberdade de expressão e a realidade tecnológica sempre em observância aos direitos das crianças.

Referências

BITTAR, C. A. **Os Direitos da Personalidade.** 8. ed. São Paulo: SARAIWA, 2015. E-book

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 10 mai. 2024

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providencias. Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 7 mai. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui do Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10406compilada.htm Acesso em 10 mai. 2024

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias.** 14^a ed. Editora JusPodivm, 2021.

EBERLIN, F. B. von T. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0>

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF).

Convenção sobre os Direitos da Criança. Organização das Nações Unidas, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 8 mai. 2024.

NADER, P. **Curso de Direito Civil - Parte Geral**. V. 1, 10^a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, G. de S. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PLUNKETT, L. **To Stop Sharenting & Other Children's Privacy Harms, Start Playing: A Blueprint for a New Protecting the Private Lives of Adolescents and Youth (PPLAY) Act**, 2020.

Disponível em: <https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=shlj>.

SCHREIBER, A. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

STEINBERG, S. B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media in Emory **Law Journal, Atlanta**, v. 66, p. 839- 884, 2017.

Disponível em: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol66/iss4/2>.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO DE ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA POR MOLÉSTIA GRAVE COMO DIREITO SUCESSÓRIO

Cristina Gonçalves Bretas¹

1 Introdução

O Imposto de Renda foi instituído no Brasil em 1922, criado inicialmente para as pessoas que recebiam vencimentos dos cofres públicos.

Após anos de sua instituição como um imposto brasileiro, o Imposto de Renda, hoje é um tributo previsto na Constituição Federal de 1988, de competência da União para a instituição de arrecadação sobre “renda e proventos de qualquer natureza”, tendo função social e a tentativa de promover redistribuição de renda.

A Lei 7.713/1988, que regulariza o Imposto de Renda, define que as pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil, terão incidência do tributo sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Segundo Leandro Paulsen (2020, p. 569):

A renda é o acréscimo patrimonial, produto do capital ou do trabalho. Proventos são os acréscimos patrimoniais decorrentes de uma atividade que já cessou. ‘Acréscimo patrimonial’, portanto, é o elemento comum e nuclear dos conceitos de renda e de proventos, ressaltado pelo próprio art. 43 do CTN na definição do fato gerador de tal imposto.

Em 1947, iniciou-se a isenção de Imposto de Renda aos valores recebidos a título de aposentadoria ou reforma, aos contribuintes portadores de moléstia grave.

No artigo 6º da Lei 7.713/1988, está prevista a isenção sobre a aposentadoria, pensão ou reserva/reforma, inclusive 13º para portadores de moléstia grave.

Porém, somente no ano de 1995, que passou a ser exigido a comprovação da doença por meio de laudo pericial emitido por serviço

médico oficial, da União, Estado, Distrito Federal e Municípios. (História...2013).

A isenção, como se sabe, é a dispensa legal do pagamento do tributo devido, o que significa que, embora realize a hipótese de incidência descrita na norma tributária, o contribuinte em razão do favor legal, não está obrigado ao pagamento do mesmo, cumprindo apenas com as obrigações acessórias.

Esse benefício, tem o condão de amenizar para os portadores de moléstia grave, o impacto causado dos encargos tributários, aliviando as obrigações financeiras relativas ao tratamento médico, necessário para uma melhor qualidade de vida ao portador de moléstia grave.

O aposentado que obtiver o benefício da isenção do imposto de renda ainda poderá solicitar à Receita Federal, a restituição do imposto descontado nos últimos 5 anos, a contar da data do diagnóstico da doença grave ou moléstia ocupacional ou da data da aposentadoria, o que tiver ocorrido por último.

Ocorre que muitas das vezes, o beneficiário vem a falecer sem obter a restituição sobre os valores pagos no período em que já era acometido da doença e não possuía a isenção.

Existindo então a partir daí, um direito adquirido pelos sucessores para a restituição de tributo pago desnecessariamente.

2 Isenção tributária como direito personalíssimo

Conforme o art. 175, I do Código Tributário Nacional (CTN) a isenção é a exclusão do crédito tributário, sendo assim, a isenção tributária é a dispensa legal do pagamento de um tributo previsto pela lei.

A isenção tributária é um benefício para indivíduos em determinadas situações específicas. Nesse ponto é de suma importância lembrar que somente o próprio poder público competente do tributo poderá conceder a isenção.

A isenção não descarta a obrigação tributária, uma vez que ocorreu o fato gerador do tributo, somente impede a cobrança do crédito tributário. Sendo assim, há a obrigação tributária, mas há a dispensa do pagamento do tributo.

Vale ressaltar que isenção não se confunde com imunidade, uma vez que ela tem respaldo constitucional e a isenção, legal.

Importante lembrar que a isenção sendo uma dispensa legal realizada pelo respectivo ente, via de regra, poderá ser revogada a qualquer tempo, admitindo apenas interpretação literal.

A isenção do imposto de renda por doença é chamado de “direito personalíssimo”, atingindo somente o beneficiado pela isenção, não podendo ser transferido a terceiro, ou seja, possui caráter individual.

Os direitos personalíssimos tratam de aspectos próprios à dignidade da pessoa humana com previsão Constitucional, sendo ainda disciplinado pelo Código Civil de 2.002, que prediz que, salvo previsão legal, são intransmissíveis e irrenunciáveis limitando inclusive a própria ação do seu titular.

Sendo ele um direito que pode ser exercido somente por aquela pessoa beneficiada.

O reconhecimento da hipótese de isenção tributária produz efeitos *ex tunc*, tendo-se como termo inicial de não pagamento do imposto de renda o tempo em que a doença se manifestou.

Para o STJ, o termo inicial da isenção e da restituição dos valores recolhidos a título de IR sobre proventos de aposentadoria de portadores de moléstias graves deve ser a data em que foi comprovada a doença, ou seja, a data do diagnóstico médico, e não a da emissão do laudo oficial. O entendimento foi reafirmado pela Segunda Turma em 2018, no julgamento do AREsp 1.156.742.

3 Restituição tributária como direito hereditário

O Direito sucessório, está fundamento na Constituição Federal no art. 5.º, XXII e XXIII, uma vez que tal artigo prevê o direito de propriedade e função social e o XXX, o direito a herança, como direito fundamental.

O Código Civil, no Livro V, Do Direito das Sucessões, é claro ao dizer que aberta a sucessão, a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários.

Para José de Oliveira Ascensão, um dos embasamentos da sucessão mortis causa é a exigência da continuidade da pessoa humana: “O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.” (ASCENSÃO, 2000, p. 13)

Para Tartuce (2019), Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine*, uma das regras fundamentais do Direito das Sucessões, tida por

muitos juristas como verdadeiro *princípio jurídico sucessório*. Como anota Maria Helena Diniz,

com o óbito do hereditando, seus herdeiros recebem por efeito direto da lei (*son saisis de plein droit*), as suas obrigações, a sua propriedade de coisas móveis e imóveis e os seus direitos. Adotado esta o princípio da *saisine*, o direito de saisina, ou da investidura legal na herança, que erradica efeitos jurídicos a partir do óbito do *de cuius*. (Código..., 2010, p. 1.264).

Segundo o Código Tributário Nacional, em seu artigo 179, os sucessores do *de cuius* são os legítimos titulares do direito à repetição do indébito: Art. 179. Salvo disposição de lei em contrário, o direito à restituição do indébito tributário transmite-se aos herdeiros e legatários. (BRASIL, 1966)

Quando os sucessores de um portador de moléstia grave o qual possuía isenção ingressa com um pedido de restituição de Imposto de Renda, não está discutindo sobre o direito personalíssimo relativo a isenção tributária, e sim o direito hereditário em pleitear o recebimento do saldo devido ao *de cuius* e a eles transmitido por ocasião do falecimento, não se tratando, por conseguinte, de reclamação de direito alheio em nome próprio.

A legitimidade à restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de impostos, seja na esfera administrativa ou na esfera judicial, é do próprio contribuinte, conforme previsto no artigo 165 do CTN.

4 Repetição de indébito tributário

O ordenamento jurídico brasileiro prevê em sua Carta Magna, a garantia do processo legal, seja via administrativa ou judicial.

Vale ressaltar que no Brasil não há um preceito uniforme para o sistema administrativo como se tem para o processo judicial.

Segundo Eduardo Muniz Machado Cavalcanti:

[...] o processo é o instrumento para elaborar, interpretar, aplicar, proteger, dar efetividade e viabilizar os direitos materiais, uma relação substancial da qual decorrem programas, direitos, deveres, poderes, vedações, reprimendas e, também, relações jurídicas. Dito de outra forma, o processo procede e operacionaliza o direito material. (MACHADO, 2022, p. 11)

O Direito Tributário é objetivado na geração de receitas públicas, decorrente das relações jurídicas entre o Estado e os contribuintes, no

poder de exigir tributos, cuja a premissa básica consiste na prestação pecuniária compulsória, enquanto o Processo Tributário, é mais do que a lide tributária, conta com mecanismos que viabiliza o direito de questionar a atividade fiscal.

Enquanto o procedimento administrativo preceitua o princípio do informalismo, dispensando formalidades rígidas para a resolução da lide e sendo ainda uma relação bilateral, o processo judicial ao contrário, está embasado no princípio da oficialidade, uma relação trilateral, a qual uma parte em conflito com a outra, busca no Estado-juiz, com a resolução do conflito de forma imparcial, assegurando a ambas as partes a ampla defesa.

A Repetição de Indébito Tributário, prevista no artigo 165 do Código Tributário Nacional, é uma ação de rito ordinário e de natureza condenatória, onde o contribuinte, o qual se sentiu lesado, busca o resarcimento de valores pagos ao Fisco, necessitando apenas a comprovação do pagamento para a utilização da ação.

O objetivo da ação prevista no CTN é evitar o enriquecimento ilícito por parte do ente público.

Sendo assim, o fisco deverá realizar a devolução integralmente ou parcialmente, do que tenha sido pago pelo sujeito passivo com as devidas correções incidentes. Correções essas conforme Súmula 188 do STJ, juros moratórios do trânsito em julgado.

O Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência consolidada, diz que os valores relativos a restituições de Imposto de Renda não recebidos pelo falecido em vida podem ser levantados por dependentes ou pelos sucessores, sendo assim, os herdeiros do de cujus são legítimos para pleitear judicialmente a respectiva restituição.

Logo, a isenção dos exercícios anteriores, o erário deverá restituir os herdeiros tudo o que o mesmo pagou a título de imposto de renda em que sua moléstia manifestou-se adiante.

5 Conclusão

Este artigo teve como objetivo geral fazer uma análise da repetição de indébito tributário de isenção de imposto de renda por moléstia grave como direito sucessório; tendo como foco, o direito dos herdeiros em sucessão de contribuinte portador de moléstia grave o qual em vida não teve resarcimento do Imposto de Renda recolhido desde a constatação do direito da isenção do Imposto Federal.

A restituição de crédito tributário por direito sucessório, até os dias atuais é um direito pouco conhecido pelos herdeiros.

Ocorre que, não se pode confundir o direito personalíssimo da isenção com a o direito ao recebimento de saldo não pago em vida ao falecido.

A isenção não é transmitida aos herdeiros. Os herdeiros do de cujus são os legítimos para pleitear a respectiva restituição, podendo recuperar os valores do Imposto de Renda dos últimos 05 anos pagos pelo falecido conforme artigo 168 do CTN, sendo esse tempo contado da data do ajuizamento da ação ou do protocolo do pedido administrativo não analisado, o qual foi protocolizado em vida pela aposentado ou pensionista que não teve resposta do seu pedido.

Vale lembrar que, optando-se pela via judicial, o contribuinte renuncia-se da via administrativa.

O requerente não precisa esgotar a via administrativa ou recorrer a ela para ingressar por via judicial.

Via de regra, o pedido de restituição dos valores retroativos deverá ser realizado pelo inventariante, quando já ouve a abertura inventário, mas caso já tenha sido finalizado ou tenha sido dispensado a abertura do inventário, tal procedimento poderá ser realizado pelos herdeiros.

O assunto herança muitas vezes é delicado e há uma sobrecarga sobre o inventariante, o qual muita das vezes ficam focados nos bens imóveis, bens móveis costumeiros como carros e contas bancárias, ficando muita das vezes alguns direitos “esquecidos” do de cujus.

Vale lembrar que a herança ultrapassa o somatório de bens e obrigações, existindo ainda os direitos, o que nesse artigo foi levantado mais um direito o qual o contribuinte falecido não fez gozo em vida, que é o resarcimento de imposto de renda pago desnecessariamente devido a isenção por moléstia grave.

Referências

ASCENSÃO, J. de O. **Direito Civil - Sucessões**, 2000, p. 13.

BRASIL. Decreto n.5.172, de 25 de out. de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm, data de acesso: 20 de abril de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, data de acesso: 24 de abril de 2024.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.**

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, data de acesso: 02 de maio de 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Notícias.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/11042021-STJ-define-alcance-da-isencao-tributaria-para-portadores-de-doencas-graves.aspx>, Data do acesso: 08 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei 7.713/88.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm, Data de acesso: 08 de maio de 2024.

BRASIL. **Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_13_capSumula188.pdf, data de acesso: 08 de maio de 2024.

CAVALCANTI, E. M. M. **Processo Tributário – Administrativo e Judicial,** editora Forense, 2022, p.11.

Curso de Direito Tributário, p. 569. Editora Saraiva jur, 11 edição, 2020.

História do Imposto de Renda no Brasil – Um enfoque da pessoa física 1922-2013, p.64, Receita Federal.

PAULSEN, L. **Curso de Direito Tributário Completo,** 11^a edição, 2020, p. 569, Editora Saraiva jur.

Revista Eletrônica, Recurso Especial 1.507.320 – RS, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IA&sequencial=1382276&num_registro=201500009828&data=20150220&peticao_numero=-1&formato=PDF, Data do acesso: 07 de maio de 2024.

TARTUCE, F. **Direito Civil – Direito das Sucessões,** 12^a edição, 2019, Editora Forense.

Capítulo 30

A NOVA LEI DA CEGUEIRA MONOCULAR E SEUS REFLEXOS PARA O SEGURADO DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Josiane Alvim Stevanim Domith¹

1 Introdução

Em linhas gerais a chamada cegueira monocular é a condição em que a pessoa perde a visão de um dos olhos, passando a enxergar de forma periférica. Por muitos anos, essa deficiência não foi reconhecida pela legislação brasileira como uma deficiência incapacitante, estendendo entendimento para efeitos de benefícios previdenciários. No entanto, com a promulgação da Lei nº 14.126/2021, que entrou em vigor em março de 2021, essa realidade mudou.

Este artigo tem como objetivo discutir a nova lei que reconhece a cegueira monocular como deficiência sensorial do tipo visual e analisar seus impactos para os segurados do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), além de destacar o ganho importante para enfrentar as barreiras sociais, bem como apresentar alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

2 Contexto histórico e legal

Historicamente, a legislação brasileira não incluía a cegueira monocular no rol de deficiências que poderiam garantir benefícios previdenciários ou assistenciais. A Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi um marco importante na luta pelos direitos das pessoas com deficiência, mas ainda assim não abrangia a cegueira monocular. O reconhecimento dessa condição como deficiência

¹ Advogada. Especialista em Direito Previdenciário pelo Instituto Damásio de Direito. Diretora Tesoureira da 36ª Subseção OAB Minas Gerais. Presidente da Comissão Direito na Escola da 36ª Subseção OAB Minas Gerais. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da 36ª Subseção OAB Minas Gerais. Pós-graduanda em Educação, Tecnologia em empreendedorismo Jurídico pela Faculdade CEDIN.

veio somente com a vigência da Lei nº 14.126/2021.

Citamos:

Art. 1º Fica a visão monocular classificada como deficiência sensorial, do tipo visual, para todos os efeitos legais.

Parágrafo único. O previsto no § 2º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), aplica-se à visão monocular, conforme o disposto no caput deste artigo.

A nova lei alterou o artigo 2º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, passando a incluir expressamente a cegueira monocular.

Com isso, abriu-se a possibilidade de que pessoas com essa condição possam ser reconhecidas como deficientes e, portanto, elegíveis para uma série de benefícios e direitos previstos na legislação brasileira.

3 Reflexos para o segurado do INSS

A inclusão da cegueira monocular como deficiência traz impactos significativos para os segurados do INSS. Entre os principais reflexos, destacam-se:

3.1 Aposentadoria por Invalidez

Antes da nova lei, segurados com cegueira monocular enfrentavam grandes dificuldades para obter a aposentadoria por invalidez, já que a condição não era reconhecida como incapacitante. Com o reconhecimento legal, esses segurados agora têm direito a requerer a aposentadoria por invalidez, desde que comprovem que a condição os impede de exercer atividade laboral. Além disso, os segurados com cegueira monocular passam a ter a possibilidade de uma análise mais justa e inclusiva de suas limitações e capacidades, considerando não apenas a perda funcional do olho afetado, mas também as consequências psicossociais e laborais dessa perda. Isso significa que a avaliação médica passa a considerar o impacto total da deficiência na vida do segurado, aumentando as chances de concessão do benefício.

3.2 Aposentadoria por Tempo de Contribuição

Uma das mudanças mais significativas trazidas pela nova legislação é a diferenciação no tratamento da aposentadoria por tempo de contribuição

para pessoas com deficiência. A Lei Complementar nº 142/2013 já previa condições diferenciadas para aposentadoria de pessoas com deficiência, baseadas no grau de deficiência (grave, moderada ou leve).

Com a inclusão da cegueira monocular como deficiência pela Lei nº 14.126/2021, segurados nessa condição também podem se beneficiar dessas regras. De acordo com a Lei Complementar nº 142/2013, os tempos mínimos de contribuição para aposentadoria variam de acordo com o grau da deficiência e o gênero do segurado:

- Deficiência grave: 25 anos de contribuição para homens e 20 anos para mulheres.
- Deficiência moderada: 29 anos de contribuição para homens e 24 anos para mulheres.
- Deficiência leve: 33 anos de contribuição para homens e 28 anos para mulheres.

Para segurados com cegueira monocular, a classificação da deficiência como leve, moderada ou grave será determinada mediante avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar. Assim, dependendo do grau de impacto da cegueira monocular na vida do segurado, este poderá se aposentar com tempo de contribuição reduzido, conforme previsto na Lei Complementar nº 142/2013.

3.3 Aposentadoria por Idade para Pessoas com Deficiência

Além da aposentadoria por tempo de contribuição, a Lei Complementar nº 142/2013 também estabelece regras diferenciadas para a aposentadoria por idade para pessoas com deficiência. Para os segurados com deficiência, inclusive aqueles com cegueira monocular, os requisitos são:

- Idade mínima de 60 anos para homens e 55 anos para mulheres.
- Comprovação de pelo menos 15 anos de contribuição ao INSS.
- Comprovação da existência da deficiência durante todo o período de contribuição exigido.

Essa diferenciação na idade mínima para aposentadoria visa reconhecer as dificuldades adicionais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, incluindo aquelas com cegueira monocular, e proporcionar-lhes uma maior dignidade e qualidade de vida na aposentadoria.

3.4 Auxílio-Doença

O auxílio-doença é um benefício concedido aos segurados que estão temporariamente incapazes de trabalhar devido a uma doença ou acidente. A cegueira monocular, sendo agora reconhecida como deficiência, pode ser motivo para concessão desse benefício, desde que a incapacidade para o trabalho seja comprovada.

3.5 Benefício de Prestação Continuada (BPC)

O BPC, garantido pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), é um benefício assistencial pago a idosos acima de 65 anos e pessoas com deficiência de qualquer idade que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Com a nova lei, pessoas com cegueira monocular podem requerer o BPC, desde que atendam aos demais requisitos estabelecidos.

A avaliação biopsicossocial deve ser feita por uma equipe multidisciplinar para comprovar se o deficiente não possui condições de trabalhar, assim como comprovar as condições da família.

3.6 Isenção de Imposto de Renda e Outros Benefícios Fiscais

A legislação brasileira prevê isenção de Imposto de Renda para aposentados portadores de algumas doenças graves. Com a inclusão da cegueira monocular na lista de deficiências, esses segurados podem requerer a isenção, aliviando sua carga tributária. Outros benefícios fiscais, como isenção de IPI, ICMS, e IPVA na compra de veículos adaptados, também podem ser estendidos a esses segurados.

4 Procedimentos para obtenção dos benefícios

Para acessar os benefícios proporcionados pela nova lei, os segurados do INSS com cegueira monocular devem seguir alguns procedimentos:

4.1 Perícia Médica

O reconhecimento da cegueira monocular como deficiência deve ser comprovado por meio de laudo médico emitido por profissional

habilitado. O segurado deverá agendar e passar por uma perícia médica do INSS, que avaliará a condição e a incapacidade para o trabalho.

Agora, além dos aspectos médicos, é imprescindível que a perícia médica considere também os aspectos biopsicossociais da cegueira monocular, garantindo uma avaliação integral e justa da incapacidade do segurado. Isso contribui para que o benefício previdenciário seja concedido de acordo com as reais necessidades e limitações do segurado, promovendo sua inclusão e bem-estar.

- **Laudo Médico:** Deve detalhar a perda da visão em um dos olhos, incluindo a causa, a data de início e a gravidade da condição.
- **Exames Complementares:** Exames oftalmológicos, como acuidade visual e campo visual, que comprovem a ausência de visão em um dos olhos.
- **Relatório Médico Completo:** Relatórios de oftalmologistas ou outros especialistas que atestem a condição e suas implicações na vida diária do segurado.

4.2 Documentação Necessária

Além do laudo médico, o segurado deve apresentar documentos pessoais, como RG, CPF, carteira de trabalho, e documentos que comprovem a contribuição ao INSS, bem como quaisquer outros documentos que a autarquia previdenciária exigir.

4.3 Requerimento do Benefício

O requerimento do benefício pode ser feito pela internet, através do portal “Meu INSS”, ou presencialmente, em uma das agências do INSS. É importante que o segurado mantenha cópias de todos os documentos e protocolos relacionados ao pedido.

5 Ganho importante para enfrentar a barreira social

O reconhecimento da cegueira monocular como deficiência traz um ganho significativo no enfrentamento das barreiras sociais enfrentadas por essas pessoas. A legislação não só facilita o acesso aos benefícios previdenciários e assistenciais, mas também contribui para a mudança

de percepção social sobre a deficiência. Pessoas com cegueira monocular frequentemente enfrentam preconceitos e subestimações em relação à sua capacidade de trabalho e participação plena na sociedade.

A nova lei promove uma inclusão mais efetiva, proporcionando às pessoas com cegueira monocular um maior reconhecimento de suas limitações e necessidades. Isso pode resultar em melhor integração no mercado de trabalho, na educação e em outros aspectos da vida social. Além disso, ao garantir direitos e benefícios, a lei auxilia na redução das desigualdades, oferecendo suporte econômico e social necessário para que essas pessoas possam viver com mais dignidade e autonomia.

6 Entendimento doutrinário e jurisprudencial

No campo doutrinário, há um reconhecimento crescente da necessidade de ampliar o conceito de deficiência para incluir condições como a cegueira monocular. Autores como Maria Aparecida Gugel e José Antônio Savaris destacam a importância de uma visão mais inclusiva e abrangente da deficiência, que leve em conta não apenas as limitações físicas, mas também as barreiras sociais e econômicas enfrentadas pelas pessoas com deficiência.

Do ponto de vista jurisprudencial, decisões recentes têm refletido essa mudança de entendimento. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reconhecido em suas decisões a necessidade de interpretar a legislação previdenciária de forma a incluir condições que, embora não incapacitem totalmente, geram significativas limitações na vida cotidiana e no trabalho. Um exemplo notável é o REsp 1.729.555/SP, onde o STJ reafirmou a importância de uma interpretação inclusiva das normas de proteção social.

7 Medidas cabíveis diante da negativa do benefício para pessoa com cegueira monocular

Quando um portador de visão monocular tem seu benefício previdenciário negado pelo INSS, os passos a seguir são semelhantes para casos gerais de negativa de benefícios. Podemos mencionar algumas medidas que podem ser tomadas para garantir maior êxito na concessão do Benefício, vejamos:

Verificar o Motivo da Negativa: Primeiro, é essencial entender por que o benefício foi negado. O INSS deve fornecer uma explicação

detalhada da decisão, identificando os motivos específicos pelos quais o benefício foi negado, esta resposta precisa ser clara para o segurado.

Recurso Administrativo: O segurado tem o direito de entrar com um recurso administrativo contra a decisão do INSS. Esse recurso, conhecido como pedido de reconsideração, deve ser protocolado dentro do prazo estabelecido pelo órgão, geralmente 30 dias a partir da data da ciência da decisão. No pedido de reconsideração, ao segurado é oferecida oportunidade de apresentar novos documentos, laudos médicos atualizados ou qualquer outra informação relevante que possa reforçar o pedido de concessão do benefício, destacando os impactos da visão monocular em sua capacidade de trabalho e vida cotidiana.

Assistência Jurídica: A assistência do advogado especializado em direito previdenciário é fundamental para o êxito do benefício que foi negado na via administrativa, ele poderá analisar o caso, orientar sobre os direitos do segurado e irá elaboração o recurso administrativo da melhor forma, aumentando as chances de êxito na revisão da decisão.

Acompanhamento do Processo: O acompanhamento do andamento do processo em recurso administrativo é fundamental, o status do seu pedido pode ser verificado a qualquer momento e poderá certificar-se de que todas as informações e documentos foram devidamente considerados. Muitos advogados, em razão da grande demora do trâmite processual no Conselho de Recursos da Previdência social, optam pela judicialização direta, sem que antes mesmo seja analisado o recurso, o que de fato não é impedimento para o ingresso judicial.

Judicialização: Se o advogado optar pelo recurso administrativo, e este for novamente negado, o segurado ainda tem a opção de buscar a revisão da decisão por meio do Poder Judiciário. Nesse caso, é necessário ingressar com uma ação judicial, por meio de um advogado, para que um juiz analise o caso e decida se o benefício deve ou não ser concedido.

Cada caso é único, e as estratégias para contestar a negativa de um benefício podem variar de acordo com as circunstâncias específicas. Portanto, é fundamental buscar orientação adequada, preferencialmente por advogado especialista em Direito Previdenciário, e seguir os procedimentos legais corretamente para aumentar as chances de sucesso na revisão da decisão.

8 Desafios e considerações finais

Apesar do avanço significativo representado pela Lei nº 14.126/2021, ainda há desafios a serem enfrentados pelos segurados com cegueira monocular. A necessidade de sensibilização dos peritos médicos e dos funcionários do INSS para a correta aplicação da lei é um ponto crítico. Além disso, é essencial que os segurados estejam bem-informados sobre seus direitos e os procedimentos necessários para garantir-lhos.

Em suma, a nova lei representa um avanço importante na inclusão das pessoas com deficiência, garantindo-lhes direitos fundamentais e proporcionando maior segurança e dignidade. Para os segurados do INSS, a legislação traz uma nova perspectiva de acesso a benefícios previdenciários e assistenciais, contribuindo para uma sociedade mais justa e inclusiva, ao mesmo tempo em que fortalece a luta contra as barreiras sociais que limitam a plena participação dessas pessoas na vida comunitária.

Referências

BRASIL. Lei nº 14.126, de 22 de março de 2021. Reconhece a cegueira monocular como deficiência sensorial do tipo visual. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 dez. 1993.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). **Manual de Orientações para Perícia Médica.** Disponível em: <https://www.inss.gov.br/pericia-medica>. Acesso em: 20 maio 2024.

GUGEL, Maria Aparecida. **Direitos das Pessoas com Deficiência:** Guia Prático. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

SAVARIS, José Antônio. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 1.729.555/SP. Relator: Min. Gurgel de Faria. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

Capítulo 31

LEI DA SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL (SAF): O MODELO E GARANTIAS TRABALHISTAS

Felipe Santos Ribeiro¹
Marize de Fátima Alvarez Saraiva²

1 Introdução

ASAF, sigla para Sociedade Anônima do Futebol, é o reflexo da Lei nº 14.193/2021 que estabeleceu os ditames para essa nova possibilidade de gestão esportiva, inspirada no mundo empresarial. Dentro do arcabouço, gerado a partir do texto legislativo, estão dispostos os elementos jurídicos que passam a fazer parte do leque de opções para os administradores e, entre os principais, estão o regime centralizado de execuções e a recuperação judicial.

O principal objetivo da implementação deste modelo é sanar as dificuldades financeiras dos clubes que, em sua maioria, operam sob o regime jurídico de sociedade civil sem fins lucrativos e, através desta ferramenta, transformam-se em uma sociedade anônima do futebol.

Dante desse contexto, há uma necessidade das equipes em renegociar as dívidas com credores, bem como, assumir uma responsabilidade com os contratos em vigor, seja com atletas ou funcionários destas instituições. Por isso, há uma relação intrínseca desta recente lei com o direito empresarial, bem como, com o universo trabalhista e ela será ponto central deste presente artigo.

-
- 1 Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior (FIVJ), Pós Graduando em Direito Esportivo pela OAB/ESA. E-mail: felipesribeiro017@gmail.com
 - 2 Advogada; Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Estácio de Sá; Pós-graduada em Direito e Processo Civil pela Estácio de Sá; graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora; Professora de Direito e Processo do Trabalho e de Direito Civil das Faculdades Integradas Vianna Júnior; Professora de Direito do Trabalho e Previdenciário em cursos de pós-graduação; pesquisadora do grupo de pesquisa Direito e Inclusão Social das Faculdades Integradas Vianna Júnior; Conselheira Seccional da OAB/MG; Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG; Membro da Comissão de Direito Social e Trabalhista da OAB/MG; Membro da AMAT – Associação Mineira de Advogados Trabalhistas; Delegada da AMAT em Juiz de Fora-MG. E-mail: marize@sacm.adv.br.

2 A Sociedade Anônima

Inicialmente, antes de iniciar a análise sobre o referido tema, importa introduzi-lo a partir de uma breve, porém fundamental definição, através das palavras do ilustríssimo Professor Fábio Ulhoa Coelho.

Sociedade anônima é a sociedade empresária com o capital social dividido em ações, espécies de valor mobiliário no qual os sócios, chamados acionistas, respondem pelas obrigações sociais até o limite de do preço da emissão das ações que possuem (COELHO, 2016, p. 87).

Instituída no Brasil através da Lei. N° 6.404 de 15 de dezembro de 1976, a Sociedade Anônima (S.A) é um modelo administrativo para a gestão de empresas, em geral, de grandes proporções. Entre suas principais características está a sua divisão de capital que é compartilhado através de seus acionistas, assim, aquele detentor de mais de 50% do montante é tido como majoritário. Entretanto, todos possuem voz na mesa de negociações, pois é princípio básico deste modelo a realização de assembleias.

Ademais, também com intuito de garantir certa equidade entre os donos, há em previsão legislativa, a prerrogativa de existir uma diretoria, conselho fiscal e administrativo.

Em relação ao capital, pode ser dividido em aberto e fechado. Na primeira hipótese, significa que há ampla possibilidade de investimentos, realizados a partir da compra de ações na bolsa de valores. Em contrapartida, o capital fechado é aquele privativo aos acionistas que apenas transferem suas fatias quando dispostos a vender suas ações:

Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (BRASIL, 1976).

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários (BRASIL, 1976)

Atualmente, o Código Civil, em seu artigo 1.089, traz a definição de que esse tipo societário é regido por legislação especial, mais precisamente a Lei 6.404/76: “a sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código” (BRASIL, 2002).

3 A Sociedade Anônima do Futebol

Após brevíssima demonstração dos principais conceitos de uma S. A, fica perceptível o interesse em agregar este conceito ao futebol.

Havia demasiada preocupação com as finanças dos clubes que, embora capazes de movimentar vultuosas quantias monetárias, não conseguiam terminar o ano com superavit e, menos ainda, arcar com as dívidas que se tornaram verdadeiros fantasmas. Por isso, ao formular a lei da SAF (Lei nº14.193/2021), a principal intenção era permitir a venda do capital dessas instituições para acionistas que pudessem implementar melhores condições, tanto em gestões profissionais, quanto em razão do dinheiro. Por conseguinte, inevitavelmente, surge a terminologia “clube - empresa”.

A brilhante definição morfológica resume, em duas palavras, toda a estrutura que as equipes passariam a ter. Inclusive, sobre isso um adendo, é facultativa a opção de transformar-se em clube empresa, este é apenas um mecanismo de gestão esportiva e não necessariamente substitui as associações sem fins lucrativos (a disposição clássica de um clube).

Os principais interessados em usufruir da nova lei foram clubes que estavam em grave crise administrativa que, em raríssimas exceções, está vinculada a dificuldades econômicas. Integrantes desse grupo de desespero, Bahia, Botafogo, Cruzeiro e Vasco, foram as principais equipes a realizar a transição para o modelo novo, cada um com suas particularidades, mas todos sob o regime da nova Lei.

No mesmo diapasão, cita-se o comentário do excelentíssimo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Guilherme Augusto Caputo Bastos (apud ANDRADE,2023) em entrevista concedida à CNN, em 16 de abril de 2023, sobre o tema:

Temos que considerar a situação financeira na qual se encontram os clubes no Brasil. As dívidas, em alguns casos, são impagáveis e inadimplíveis. E temos que encontrar solução para isso. Porque dívidas não são apenas números, são pessoas que ofereceram sua força de trabalho, atletas servidores. Hoje tenho para mim que essa ideia, que nasceu do Senador Rodrigo Pacheco, é essencial para que os clubes alcancem um grau de normalidade na gestão dessa atividade que é tão importante para o nosso país. (BASTOS apud ANDRADE, 2023).

Portanto, em linhas gerais, o clube - empresa agrupa os conceitos apresentados no capítulo anterior e adiciona tais ferramentas ao futebol.

4 As obrigações de um Clube-Empresa e implicações trabalhistas

Esse é um tema de suma importância, porque não só permeia o debate, quanto indubitavelmente, foi um dos motivos para o nascedouro

da lei 14.193/21. Isto porque, as associações esportivas, estavam com dificuldades de pagar suas contas. Entretanto, conforme também já estudado no presente trabalho, a SAF surge como uma empresa independente, muito embora “receba a herança” de uma pessoa jurídica anterior.

Nesse diapasão, o clube - empresa não detém dívidas iniciais, justamente por ser uma sociedade recém formada e, por consequência, surge o natural questionamento: Como são pagos os débitos oriundos de gestões anteriores?

Um bom início para essa longa resposta, encontra-se prevista na própria lei, como segue:

Art. 9º A Sociedade Anônima do Futebol não responde pelas obrigações do clube ou pessoa jurídica original que a constituiu, anteriores ou posteriores à data de sua constituição, exceto quanto às atividades específicas do seu objeto social, e responde pelas obrigações que lhe forem transferidas conforme disposto no § 2º do art. 2º desta Lei, cujo pagamento aos credores se limitará à forma estabelecida no art. 10 desta Lei.

Parágrafo único. Com relação à dívida trabalhista, integram o rol dos credores mencionados no caput deste artigo os atletas, membros da comissão técnica e funcionários cuja atividade principal seja vinculada diretamente ao departamento de futebol (BRASIL, 2021)

Assim, nota-se que com a transferência de todas aquelas obrigações, ativos ou bens que foram previstos no artigo 2º, também há o repasse de responsabilidade diante dos débitos que estiverem inseridos no mesmo contexto, qual seja, aqueles referentes a dívidas trabalhistas de responsabilidade do departamento de futebol.

Diante do exposto, foi necessário estabelecer um mecanismo de pagamento para que, ao longo do tempo, houvesse a quitação dessas obrigações. Nessa toada, foi proferido o seguinte regramento:

Art. 10. O clube ou pessoa jurídica original é responsável pelo pagamento das obrigações anteriores à constituição da Sociedade Anônima do Futebol, por meio de receitas próprias e das seguintes receitas que lhe serão transferidas pela Sociedade Anônima do Futebol, quando constituída exclusivamente:

I - por destinação de 20% (vinte por cento) das receitas correntes mensais auferidas pela Sociedade Anônima do Futebol, conforme plano aprovado pelos credores, nos termos do inciso I do caput do art. 13 desta Lei;

II - por destinação de 50% (cinquenta por cento) dos dividendos, dos juros sobre o capital próprio ou de outra remuneração recebida desta,

na condição de acionista (BRASIL, 2021).

Fica explícita, portanto, a responsabilidade solidária do clube - empresa em conjunto com a associação civil, desse modo, caso os débitos sejam equacionados da forma correta, sem prejuízo de tempo ou inadimplência, a instituição fica protegida de medidas judiciais como a penhora ou constrição de bens.

Art. 11. Sem prejuízo das disposições relativas à responsabilidade dos dirigentes previstas no art. 18-B da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, os administradores da Sociedade Anônima do Futebol respondem pessoal e solidariamente pelas obrigações relativas aos repasses financeiros definidos no art. 10 desta Lei, assim como respondem, pessoal e solidariamente, o presidente do clube ou os sócios administradores da pessoa jurídica original pelo pagamento aos credores dos valores que forem transferidos pela Sociedade Anônima do Futebol, conforme estabelecido nesta Lei (BRASIL, 2021).

Art. 12. Enquanto a Sociedade Anônima do Futebol cumprir os pagamentos previstos nesta Seção, é vedada qualquer forma de constrição ao patrimônio ou às receitas, por penhora ou ordem de bloqueio de valores de qualquer natureza ou espécie sobre as suas receitas, com relação às obrigações anteriores à constituição da Sociedade Anônima do Futebol (BRASIL, 2021).

Por fim, um questionamento pertinente recai sobre aqueles contratos trabalhistas firmados junto à associação, mas que tiveram continuidade até se tornar responsabilidade da SAF. Essa hipótese não é abordada pelo legislador, por conseguinte não há uma resposta consolidada para esta pergunta. Uma possibilidade, seria a responsabilização do clube empresa em caso de débitos oriundos destes contratos, justamente por conta desta prestação de serviços ter continuado e a atividade laboral, agora, ser feita em razão do clube empresa. De todo modo, apenas com o tempo, o surgimento de processos que tenham o tema como cerne, é que se consolidará um lastro na jurisprudência e aí, portanto, uma resolução para este debate.

5 Responsabilidade solidária, à luz do exemplo do Botafogo de Futebol e Regatas

O Alvinegro carioca, dentre as possibilidades citadas anteriormente nesse mesmo capítulo, optou pela cisão do seu departamento de futebol e vendeu o controle dessas operações para o acionista americano John Textor que, por sua vez, englobou o clube em sua *holding, Eagle*.

Nessa esteira, o estrangeiro assumiu não só a obrigação com o futuro do clube e todo o peso dessa responsabilidade, como também se colocou na posição de limpar os vários erros de gestões anteriores que se refletiram tanto no caixa, quanto em resultados esportivos.

Para essa árdua missão, seguindo os ditames supramencionados da Lei da SAF, foi estabelecido um mecanismo capaz de realizar um fluxo financeiro que seria direcionado ao pagamento dessas dívidas, em sua maioria, de origem trabalhistas. O plano foi baseado no Regime Centralizado de Execuções (RCE).

Dessarte, o propósito foi efetivo e débitos mais urgentes deixaram de ser um pesadelo para instituição que pôde, a partir desse respiro, focar mais em seu principal produto, o futebol.

Importante salientar que, através de um regramento da FIFA, algumas inadimplências podem resultar em punições como o temido *transferban*, que torna a equipe inapta para contratar ou inscrever novos atletas em seu plantel. Por isso é essencial que o clube esteja a par de suas obrigações.

No livro “*Diálogos sobre o Direito Esportivo: Desporto e contemporaneidade*”, de Erick Regis e Victor Sainz, é demonstrado de forma didática essa jornada do Botafogo rumo a profissionalização. Destaque para o trecho que ilustra bem os desafios do clube para equacionar suas dívidas:

Nessa esteira, a combinação dos artigos 9 e 10, I, da Lei da SAF, impõe uma limitação quanto ao pagamento dessas dívidas, o que viabiliza e atrai a atenção dos investidores. Ou seja, pelo regime legal o débito deverá ser quitado com a receita de 20% mensal da SAF, que serão pagas conforme plano aprovado pelos credores, nos termos do inciso 1 do caput do art. 13 da referida Lei. Isto posto, o Botafogo, em 22/09/2021, conseguiu apresentar ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro uma medida judicial, com base na Lei da SAF, para ingressar no regime centralizado de Execuções (“RCE”), no que concerne também às dívidas de natureza cível.

Logo, as primeiras dívidas são as trabalhistas e as cíveis, de forma que “no conceito de dívida trabalhista atingem não apenas os jogadores, atletas, mas os demais envolvidos diretamente no futebol como comissão técnica e funcionários”. Como o Botafogo teve o seu ingresso no RCE deferido, nos termos da Lei da SAF, entende-se que o prazo estabelecido, bem como, a destinação da receita mensal de 20%, sejam suficientes para o pagamento. Não sendo possível garantir este cenário, o responsável pela obrigação de pagar as dívidas será o investidor, que tem a responsabilidade subsidiária.

É de conhecimento geral que os clubes buscam evitar casos

extraordinários de penhora de seus ativos financeiros. Assim, a transformação em Sociedade Anônima de Futebol, com o respaldo de um investidor sério com base em um planejamento coerente, não só satisfará os seus credores, como também proporcionará a continuidade da atividade econômica voltada para o futebol (REGIS; SAINZ, 2022).

Dentro do contexto que ficou estabelecido ao fim do capítulo anterior, ficou claro que a preocupação com os credores é um norte que o legislador buscou ao longo do diploma. No entanto, embora o clube - empresa seja uma entidade jurídica nova que, por isso, apenas atua de forma solidária nas dívidas da associação, isso não necessariamente se traduz em uma empresa rica. Nesse aspecto, dois métodos de “ressurreição econômica” foram adicionados a lei como alternativa para viabilizar o cumprimento dos deveres financeiros, principalmente, os trabalhistas que costumam tramitar na justiça.

Assim, existem duas formas de satisfazer os débitos junto aos credores:

Art. 13. O clube ou pessoa jurídica original poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos seus credores, ou a seu exclusivo critério:

I - pelo concurso de credores, por intermédio do Regime Centralizado de Execuções previsto nesta Lei; ou

II - por meio de recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (BRASIL, 2021).

No que tange ao concurso de credores, a SAF trata do assunto dentro do texto dos artigos 14 à 24, por intermédio do Regime Centralizado de Execuções (RCE), que busca centralizar as execuções, receitas e valores arrecadados pelo clube, junto à um juiz centralizador, e, posteriormente realizar a distribuição dos valores aos credores em concurso de maneira ordenada.

6 Regime Centralizado de Execuções (RCE)

O Regime Centralizado de Execuções é um método que, além de engenhoso, facilita o pagamento de dívidas por parte de empresas em situação financeira ruim. Encontra guarida na lei da SAF a teor do artigo 14, *in verbis*:

Art. 14. O clube ou pessoa jurídica original que optar pela alternativa do inciso I do caput do art. 13 desta Lei submeter-se-á ao concurso de credores por meio do Regime Centralizado de Execuções, que consistirá em concentrar no juízo centralizador as execuções, as suas

receitas e os valores arrecadados na forma do art. 10 desta Lei, bem como a distribuição desses valores aos credores em concurso e de forma ordenada.

§ 1º Na hipótese de inexistência de órgão de centralização de execuções no âmbito do Judiciário, o juízo centralizador será aquele que tiver ordenado o pagamento da dívida em primeiro lugar.

§ 2º O requerimento deverá ser apresentado pelo clube ou pessoa jurídica original e será concedido pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, quanto às dívidas trabalhistas, e pelo Presidente do Tribunal de Justiça, quanto às dívidas de natureza civil, observados os requisitos de apresentação do plano de credores, conforme disposto no art. 16 desta Lei (BRASIL, 2021).

7 Recuperação judicial

As dívidas contraídas dizem respeito ao múltiplos credores, entre pessoas jurídicas ou físicas que, de alguma forma, fecharam um contrato com o clube, mas não obtiveram todo o retorno financeiro previsto no documento. O interesse primordial desse grupo é ver os seus direitos cumpridos e a empresa, por sua vez, precisa satisfazer essa demanda para operar dentro das margens de lucro.

No entanto, logicamente, uma lista significativa de débitos a serem quitados indica que a companhia não possui dinheiro suficiente para arcar com as obrigações que contraiu ao longo dos anos.

Com vistas a solucionar esse problema, o instituto da recuperação judicial permite uma renegociação coletiva dos valores que, ao fim, leva a empresa a ter de pagar um montante inferior àquele que existia antes. Porém, para tanto, os credores precisam prestar anuênciam em relação a este projeto que será apresentado a eles por meio de uma assembleia e para viabilizar votos favoráveis, a contrapartida reside na prioridade de pagamento para aqueles que foram de acordo com a recuperação judicial, enquanto aqueles que negaram e, portanto, querem receber valores integrais, ficam no final da fila.

Todavia, ainda assim, recebem valores descontados para gerar equidade entre todas as partes, uma vez que, houve acordo democrático entre todos os envolvidos nesta equação. Em português claro, o clube oferece quantias que são menores, mas, entretanto, são justas e tangíveis, caso contrário, jamais conseguiria arcar com estas obrigações.

Art. 25. O clube, ao optar pela alternativa do inciso II do caput do

art. 13 desta Lei, e por exercer atividade econômica, é admitido como parte legítima para requerer a recuperação judicial ou extrajudicial, submetendo-se à Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Parágrafo único. Os contratos bilaterais, bem como os contratos de atletas profissionais vinculados ao clube ou pessoa jurídica original não se resolvem em razão do pedido de recuperação judicial e extrajudicial e poderão ser transferidos à Sociedade Anônima do Futebol no momento de sua constituição (BRASIL, 2021)

Há, ao redor deste tema, uma polêmica atribuída àqueles que afirmam que esta prática é uma forma de validar a inadimplência, vulgarmente acusam os clubes de “caloteiros”. Entretanto, como evidenciado, existe o pagamento das obrigações trabalhistas e, portanto, os credores têm sua demanda satisfeita. Na verdade, os portadores do título executivo que não prestaram anuênciam aos descontos ofertados irão, ao fim, receber suas quantias e o problema aqui é apenas temporal, já que a tendência é que demore anos para tanto.

Não obstante, sempre que o assunto é dinheiro críticas tendem a surgir de uma forma mais contundente e não são incomuns os conflitos. Assim, a recuperação judicial, mesmo com toda sua efetividade, deve ser um dos tópicos mais relevantes e espinhosos dentre todos aqueles abordados pelo texto legislativo.

Outra problemática, mencionada na já citada obra “Diálogos sobre o Direito Esportivo: Desporto e contemporaneidade” (REGIS; SAINZ, 2022), reflete sobre a possível má utilização do mecanismo por parte de gestores. Nesse sentido, poderiam aproveitar-se da ferramenta para renegociar dívidas de um modo que o caixa do clube atinja um fluxo mais equilibrado, aproveitando o cenário para investir em jogadores caros para ajudar na busca de títulos, porém sem ter a intenção de pagar esses credores no futuro.

Em que pese esses incentivos sejam apropriados para a finalidade de tutelar a atividade econômica, elas poderão afetar substancialmente equilíbrio competitivo entre os clubes e, consequentemente, a estabilidade e integridade dos torneios, princípios basilares do esporte

Além de medidas que visem a mitigar o desequilíbrio gerado pelo evento de RJ de um clube, se faz necessária a criação de normas que inibam o uso indiscriminado desta ferramenta, de forma a não premiar uma gestão dolosamente imprudente

Afinal, há de se evitar que gestores assumam compromissos os quais o clube não poderá cumprir, com o intuito de conquistar títulos, com a esperança de que possam obter melhores condições de pagamento, com

base na recuperação judicial (REGIS; SAINZ, 2022)

Em resposta a essa possibilidade, a solução é a criação de regulamentações que inviabilizem o uso indevido dessa ferramenta.

Alguns dos principais centros da modalidade adotam mecanismos e normas que visam a regulamentar a aplicação do instituto da recuperação judicial aos seus clubes, atuando, muitas vezes, em uma tentativa de mitigar suas ocorrências e seu uso irresponsável (REGIS; SAINZ, 2022).

Nesse diapasão, há previsão de sanções esportivas e restrições aos administradores dos clubes.

No Brasil, a Lei nº. 14.193/2021, que instituiu a Sociedade Anônima do Futebol (“SAF”), obriga a pessoa jurídica com participação igual ou superior a 5% do capital social da SAF, a informar tanto à própria sociedade quanto à Confederação Brasileira de Futebol (“CBF”), alguns dados da pessoa natural que exerça seu controle ou que seja a beneficiária final (REGIS; SAINZ, 2022).

8 Há um impacto social da SAF?

O esporte, de forma geral, cumpre uma função de grande valia, sobretudo em uma sociedade estruturada com base em uma pirâmide social igualmente segregadora e preconceituosa como a do Brasil. Nesse âmbito, devido a uma educação pública sucateada, há uma tendência à perpetuação das classes de forma inalterada no cômputo geral dessa estrutura hierárquica. Entretanto, existem mecanismos que são capazes de oferecer oportunidades a essas camadas menos favorecidas da população, e o futebol fornece esse trampolim para uma vida melhor.

No entanto, não são apenas os jogadores que enxergam o jogo como uma fonte de trabalho digno, milhares de outros profissionais também fazem parte dessa equação. Assim, dentro de um clube, existem cozinheiros, roupeiros, massagistas, nutricionistas e dezenas de outros profissionais atuando nos bastidores. E, quando as equipes entram em colapso financeiro, a fonte de renda destes trabalhadores fica em risco, muitas das vezes, deixa de existir e tanto os proletários, como suas famílias sofrem as consequências.

Nesse sentido, embora a prioridade da Lei seja o salvamento das instituições por fatores diversos, há dentro deste contexto uma função social nas SAF’s. Quando saudáveis e cumprindo o pagamento de suas inadimplências há o retorno financeiro para esses que dependem do salário,

muito menos vultuoso do que de um atleta, para alimentar-se ao fim do dia.

A frase do Ministro do TST Guilherme Augusto Caputo Barros (apud ANDRADE, 2023), já apresentada nas linhas do presente artigo, merece ser reiterada nesse momento para demonstrar o posicionamento daqueles que enxergam um benefício ao trabalhador obtido através do advento desta lei.

Temos que considerar a situação financeira na qual se encontram os clubes no Brasil. As dívidas, em alguns casos, são impagáveis e inadimplíveis. E temos que encontrar solução para isso. Porque dívidas não são apenas números, são pessoas que ofereceram sua força de trabalho, atletas servidores. Hoje tenho para mim que essa ideia, que nasceu do Senador Rodrigo Pacheco, é essencial para que os clubes alcancem um grau de normalidade na gestão dessa atividade que é tão importante para o nosso país (BASTOS apud ANDRADE, 2023)

Por outro lado, há também o entendimento de que há um enfoque total nas finanças dos clubes e que o trato cotidiano com atletas e funcionários é apenas uma consequência. Nesse aspecto, aqueles profissionais que estão nos quadros do clube vão receber em dia porque a equipe não quer promover imbróglios futuros no judiciário. Nessa toada, o exemplo que é base para este ponto de vista menos romântico, são aqueles credores que não tem seus títulos de crédito pagos na justiça.

De uma ou outra forma, a melhoria para aqueles que possuem seus vínculos empregáticos junto às SAF's é inegável e, por si só, já parece ser um indicio de melhorias futuras para os trabalhadores em meio ao futebol. Por isso, imperioso destacar esse lado humano por trás dos números, linguajares jurídicos e mecanismos empresariais. Há o resgate da dignidade de muitos trabalhadores com a introdução do modelo empresarial, além de recuperar o dinheiro devido, ainda têm a tendência ao recebimento em dia.

9 Considerações finais

Esse artigo teve como objetivo central demonstrar a introdução da Lei da SAF no futebol nacional, assim como, elucidar através de um viés trabalhista e empresarial, a relação dos clubes com seus credores. Nesse contexto, há uma notável evolução atribuída ao modelo empresarial, que garante as ferramentas necessárias para que as agremiações consigam quitar esses débitos.

Fundamental recordar que, por trás das cifras, existem trabalhadores

que necessitam desses valores para viver, além de contribuir para as necessidades básicas de suas famílias. Por isso conclui-se que, embora o modelo administrativo tenha como alvo os clubes e sua persecução por títulos esportivos. Ainda assim, existe uma melhoria de condições para os trabalhadores envolvidos no esporte.

Por conseguinte, torna-se imprescindível salientar o viés multifacetário do futebol que, ao mesmo tempo é esporte, entretenimento e emprego para milhares de brasileiros. E, espera-se que a partir dessa lei, os direitos laborais dos trabalhadores sejam respeitados em um meio que, por anos, banalizou e ignorou a dimensão de suas responsabilidades.

Referências

ANDRADE, Felipe. “SAF’s são solução inevitável para o futuro do futebol brasileiro”, diz ministro do TST. CNN Brasil, 16 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esportes/safs-sao-solucao-inevitavel-para-o-futuro-do-futebol-brasileiro-diz-ministro-do-tst/>

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial** – direito de empresa v. 3 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 500p.

BRASIL. Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976. Lei da Sociedade por Ações. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, 17 de dezembro de 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm

BRASIL. Lei nº 14.193, de 06 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparéncia, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial da União**, 05 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14193.htm.

REGIS, Erick; SAINZ, Victor. Diálogos sobre o Direito Esportivo: Desporto e contemporaneidade. 2022. **Biblioteca Virtual Universitária** Disponível em: <https://www.bvirtual.com.br/NossoAcervo/Publicacao/202940>.

Capítulo 32

OS PRINCIPAIS IMPACTOS DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL ATRAVÉS DA EMENDA N° 103/2019 NOS BENEFÍCIOS DE APOSENTADORIA DO RGPS

Luisa Montserrat Silva¹

1 Introdução

A crise enfrentada pelos cofres públicos atingiu a Previdência Social e gerou uma grande reforma no ano de 2019, modificando consideravelmente os benefícios previdenciários que seriam pagos à milhões de brasileiros à pequeno, médio e longo prazo.

A Previdência Social é responsável pela maior política de distribuição de renda do país, proporcionando a garantia da qualidade de vida dos trabalhadores e trabalhadoras, além de ser o principal fator de dinamização da economia de centenas de municípios no país, como fator de diminuição da pobreza e promoção da justiça social.

Ocorre que, com a reforma da Previdência todo o sistema vigente a tempos no Brasil, que perpassa pela assistência social, previdência e saúde, foi modificado.

Assim, diante de inúmeras modificações tão prejudiciais para os trabalhadores e segurados do INSS com as alterações da reforma da previdência, tem-se percebido uma insegurança dos trabalhadores em relação à concessão de suas aposentadorias.

Isso porque, diante de regras tão duras e benefícios tão baixos, inúmeros segurados ou até mesmo novos filiados não tem mais considerado que serão protegidos futuramente pela concessão da tão almejada aposentadoria pela autarquia.

Notícias vinculadas na mídia recentemente têm despertado nos segurados cada dia mais desconfiança junto ao INSS, o que tem acontecido desde 2019, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 103/2019 que

¹ Graduada em Direito pela PUC-MINAS, Pós graduada em Direito e Processo Previdenciário, Advogada. Email: luisa.adv@gmadvogadas.adv.br.

modificou drasticamente os benefícios do Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

Segundo dados apresentados pela revista O Globo (2024), entre 2012 e 2022 a expansão nos contribuintes do INSS foi de apenas 0,7% ano, observando-se uma estagnação no Sudeste, a região mais desenvolvida do país, com queda no total de segurados de 6,260 milhões em 2012 para 5,704 milhões em 2022, um total de 8,9% a menos de contribuintes.

Pretende-se, portanto, neste artigo, apresentar um comparativo de requisitos e forma de cálculo das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição antes e após a reforma da previdência, a fim de identificar se, de fato, os segurados foram prejudicados pelas modificações aprovadas, o que justificaria, assim, a queda no número de contribuintes para o Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS.

2 Da disposição da Previdência Social no Brasil

Das muitas atribuições da Seguridade Social sabe-se que a Previdência Social é, sem dúvida, um marco histórico para o povo brasileiro, pois foi o resultado de anos de lutas em busca do consenso entre os trabalhadores, patrões e governo.

As primeiras medidas de proteção social no Brasil estão datadas do início do final do século XIX e início do século XX, como reflexo da conjuntura política e econômica mundial e nacional.

A Previdência Social no Brasil integra a seguridade social juntamente com a saúde e a assistência social nos termos do artigo 194² da Constituição Federal. Dentre os seus objetivos, tem-se que ocorrerá, nos termos dos incisos I ao IV do artigo 194 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

- a) a universalidade da cobertura e do atendimento; b) a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- c) a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e d) a irredutibilidade do valor dos benefícios.

Dessa forma, conforme preceitua o artigo 201³ da Constituição

2 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.

3 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:
I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

Federal, a Previdência Social será de caráter contributivo e obrigatória e atenderá diversas modalidades de cobertura, dentre o trabalho e a idade avançada e a pensão por morte, objetos específicos de análise do presente artigo.

Sobre o sistema previdenciário:

A previdência social funciona como um esquema de tributação e transferência em que são cobrados impostos e contribuições de um subconjunto da sociedade (normalmente trabalhadores ativos) e tais valores são transferidos para os aposentados e pensionistas. A forma como o Estado arrecada depende de uma economia política específica do arranjo de contribuições previdenciárias (Goulart e Bitencourt, 2019, p. 6).

Os trabalhadores, então, seguindo a disposição do princípio da compulsoriedade, são obrigados a se filiarem ao regime de Previdência Social enquanto estiverem trabalhando (Kertzman, 2018, p. 33), bem como pelo princípio da contributividade enquadrar-se na condição de segurado com contribuições para manutenção do sistema previdenciário (Kertzman, p. 34).

Logo, para atender a esses princípios, a Lei 8.213/91, instituiu no Brasil os Regimes da Previdência Social, que são três (Kertzman, p. 35):

- Regime Geral da Previdência Social – RGPSS
- Regimes Próprio de Previdência Social – RPPS
- Regime de Previdência Complementar

O RGPSS “é o grande plano do previdenciário brasileiro, pois abrange a maioria dos trabalhadores, exceto os servidores públicos efetivos e militares vinculados ao Regime Próprio da Previdência Social instituído por entidades políticas” (AMADO, 2020, p. 191).

Logo, o RGPSS “é o regime de Previdência Social de organização estatal, contributivo e compulsório administrado pelo Instituto Nacional da Previdência Social – INSS e com contribuições fiscalizadas pela Receita Federal do Brasil” (Kertzman, p. 35).

Os benefícios pagos pelo INSS constituem a maior parte da economia dos municípios brasileiros mais pobres e menores, sendo, muitas vezes, o único recurso de alguns lares brasileiros.

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Dessa forma, nesse artigo abordaremos o impacto da reforma da Previdência nos benefícios de aposentadoria por idade, por contribuição e pensão por morte após a aprovação da Emenda Constitucional nº 103/2019 no Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

3 A alteração dos requisitos e forma de cálculo das aposentadorias concedidas pelo INSS após 13 de novembro de 2019

A reforma da Previdência entrou em vigor no dia 13 de novembro de 2019 através da aprovação da Emenda Constitucional nº 103/2019. Logo, todos os segurados e dependentes que, solicitaram e irão solicitar benefícios pagos pelo INSS após a referida data e que não se encontrem amparados pelo direito adquirido, encontrarão novas e duras regras para o cálculo dos valores das aposentadorias e pensão por morte.

De acordo com Gentil (2019), as novas regras estão enrijecendo os direitos sociais e atingem em cheio pelo menos 30 milhões de brasileiros que dependem diretamente desse benefício para manter a si e suas famílias.

Assim, no tocante à aposentadoria, abordaremos neste artigo as modificações ocorridas na aposentadoria por idade urbana, bem como a aposentadoria por tempo de contribuição.

Antes desta trágica reforma, a aposentadoria por idade já apresentava exigência de requisito mínimo de idade. Assim, até 13 de novembro de 2019, consoante dispunha o artigo 201 §7º, inciso II da Constituição Federal,⁴ bem como o artigo 48⁵ da Lei nº 8.213/91, eram requisitos para a aposentadoria por idade urbana:

- a) Para homem
 - 65 anos de idade
 - 180 meses de carência
- b) Para mulher
 - 60 anos de idade
 - 180 meses de carência

Em relação aos valores da aposentadoria por idade urbana até a data

4 II- sessenta e cinco canos de idade, se homem e sessenta anos de idade se mulher, reduzido em cinco anos o limite para trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

5 Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

da entrada em vigor da reforma da previdência, o artigo 32, inciso I⁶ do Decreto nº 3.048/99 previa que o cálculo seria de 80% dos maiores salários de contribuição após 1994 e até o mês anterior à aposentadoria. No tocante à alíquota, a aposentadoria por idade era calculada sob a alíquota de 70% + 1 para cada conjunto de 12 meses de contribuição.

Ocorre que, após a aprovação da Reforma da Previdência, a aposentadoria por idade urbana passou por modificações, passando a figurar com requisitos diferentes dos estipulados anteriormente para os segurados que começarem a contribuir após 13 de novembro de 2019, tais como: aumento da idade mínima para concessão de aposentadoria para a mulher, aumento na carência para o segurado homem e diminuição do valor da Renda Mensal Inicial – RMI para quem se aposentar por idade, independente do sexo.

Assim, àqueles que ingressarem no Regime Geral da Previdência Social – RGPS após a reforma da previdência, deverão cumprir os requisitos da denominada aposentadoria programada, consoante dispõe o artigo 7º⁷ da Portaria nº 450/2020:

a) Homem:

- 65 anos de idade
- 20 anos de contribuição

b) Mulher:

- 62 anos de idade
- 15 anos de tempo de contribuição

Acerca dos valores, como mencionamos, também existe uma nova disposição legal. Assim, o valor da aposentadoria para o segurado que ingressar na previdência após 13 de novembro de 2019 será o resultado do cálculo da média aritmética de todos os salários (não mais de 80% dos maiores salários de contribuição), e com alíquota de 60% + 2 % para cada ano de contribuição acima de 20 anos de contribuição para homens e 15 anos para a mulheres.

Veja que a forma de cálculo e a alíquota ficaram muito mais

6 Art. 32. O salário de benefício consiste: I- para as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário.

7 Art. 7º São requisitos para concessão da aposentadoria programada, cumulativamente: I - 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos, se homem; II - 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20 (vinte) anos, se homem; e III - 180 (cento e oitenta) contribuições mensais de carência.

prejudiciais aos segurados e tem impactado significativamente os valores das aposentadorias, reduzindo de forma drástica os valores dos benefícios de aposentadoria dos segurados do INSS.

Para os segurados que já se encontravam filiados no RGPS em 13 de novembro de 2019 e não se encontravam com direito adquirido, criou-se regras de transição.

Para a aposentadoria por idade, a regra de transição criada pela Emenda Constitucional nº 103/2019 pode ser considerada um pouco mais amena em relação às novas regras criadas. Assim, para conseguir se aposentar na Regra de Transição da Aposentadoria por Idade, o segurado terá que cumprir os seguintes requisitos previstos pelo artigo 18⁸ da EC 103/2019, quais sejam:

a) Homem:

- 65 anos de idade
- 15 anos de contribuição

b) Mulher:

- 62 anos de idade
- 15 anos de contribuição

Imprescindível ressaltar que, desde 2020, foram acrescidos 6 meses por ano no requisito etário – o qual iniciou em 60 anos e que chegou aos 62 anos de idade no ano de 2023.

Em relação ao valor da aposentadoria na referida regra de transição, tivemos a criação de uma nova regra de cálculo de benefício – bem prejudicial ao trabalhador, sem dúvidas.

Assim, nessa regra de transição o valor da aposentadoria por idade será feito com base na média aritmética de todos (100%) os salários de contribuição a partir de julho de 1994 ou da data da primeira contribuição ao INSS, e com alíquota de 60 % + 2% ao ano que exceder os 20 anos de recolhimento, se homem e 15 anos de recolhimento, se mulher.

No tocante a aposentadoria por tempo de contribuição, essa também sofreu modificações. Antes da reforma da previdência, a aposentadoria

8 Art. 18. O segurado de que trata o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem; e II - 15 (quinze) anos de contribuição, para ambos os sexos. § 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade de 60 (sessenta) anos da mulher, prevista no inciso I do *caput*, será acrescida em 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade.

por tempo de contribuição não tinha idade mínima e era concedida para segurados que cumprissem o requisito de tempo de contribuição exigido pelo artigo 56 do Decreto nº 3.048/99⁹, qual seja:

a) Homem:

- 35 anos de contribuição

b) Mulher:

- 30 anos de contribuição

A fim de abaixar o valor da aposentadoria, tinha-se a aplicação do denominado Fator Previdenciário, disciplinado pelo artigo 29, §7º¹⁰ da Lei 9.876/99

Logo, o valor da aposentadoria era a média dos 80% dos maiores salários após 1994 até o mês anterior à aposentadoria, com a incidência do fator previdenciário.

Após a reforma da previdência, a aposentadoria por tempo de contribuição se transformou em 4 regras de transição, às quais veremos a seguir.

A primeira regra de transição diz respeito à aposentadoria por contribuição com pontuação e está disciplinada no artigo 15 da EC nº 103/2019¹¹. São requisitos para a concessão de aposentadoria por pontos 30 (trinta) anos de contribuição para mulheres e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição para homens. A soma da idade e tempo de contribuição deverá equivaler a 86 (oitenta e seis) pontos para mulheres e 96 (noventa e seis) pontos para homens, inicialmente, e será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem.

A segunda regra diz respeito ao regradê transição da idade progressiva e está

9 Art. 56. A aposentadoria por tempo de contribuição será devida ao segurado após trinta e cinco anos de contribuição, se homem, ou trinta anos, se mulher, observado o disposto no art. 199-A.

10 Art. 29. O salário-de-benefício consiste: § 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo desta Lei.

11 Art. 15. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, fica assegurado o direito à aposentadoria quando forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e II - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 1º e 2º. § 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere o inciso II do *caput* será acrescida a cada ano de (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem.

disciplinada no artigo 16¹² da EC nº 103/2019. São requisitos para a concessão de aposentadoria por idade mínima 30 (trinta) anos de contribuição para mulheres e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição para homens. A idade deverá ser de 56 (cinquenta e seis) anos para mulheres e 61 (sessenta e um) anos para homens, sendo que, a partir de 1 de janeiro de 2020 esta idade terá acréscimo de 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem.

Acerca do valor da regra de transição da idade progressiva, este seguirá o novo cálculo estabelecido pela reforma da previdência. Assim, será feita a média de todos os salários de contribuição desde julho de 1994 e, desta média, o segurado receberá 60% + 2% ao no que ultrapassar 20 anos de contribuição para homens ou que ultrapassar 15 anos de contribuição, para mulheres.

Já a terceira regra trata da aposentadoria por tempo de contribuição com período adicional de 50% (cinquenta por cento). Essa regra aplica-se somente para os segurados que, na data da aprovação da EC nº 103/2019, aguardavam apenas 2 (dois) anos para atingir o tempo mínimo de contribuição conforme as normas previdenciárias anteriores para a aposentadoria. Assim, nos termos do artigo 17¹³ da EC nº 103/2019, os requisitos dessa regra são ter mais de 28 (vinte e oito) anos de contribuição para mulheres e 33 (trinta e três) anos de contribuição para homens na data da referida alteração da Constituição. Neste sentido o segurado deveria trabalhar apenas 50 % do período restante que na data da entrada da Constituição (13/11/2019) faltaria para atingir o tempo exigido na antiga

12 Art. 16. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e II - idade de 56 (cinquenta e seis) anos, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos, se homem. § 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade a que se refere o inciso II do *caput* será acrescida de 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem.

13 Art. 17. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional e que na referida data contar com mais de 28 (vinte e oito) anos de contribuição, se mulher, e 33 (trinta e três) anos de contribuição, se homem, fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e II - cumprimento de período adicional correspondente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem. Parágrafo único. O benefício concedido nos termos deste artigo terá seu valor apurado de acordo com a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações calculada na forma da lei, multiplicada pelo fator previdenciário, calculado na forma do disposto nos §§ 7º a 9º do art. 29 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

normativa, 30 (trinta) anos se mulher e 35 (trinta e cinco) se homem. Em relação ao valor da aposentadoria nessa regra, será feita a média de todos os salários de contribuição desde julho de 1994 e será multiplicado pelo fator previdenciário do segurado.

Por fim, a quarta e última regra trata da aposentadoria por tempo de contribuição com período adicional de 100% (cem por cento). Disciplinada pelo artigo 20¹⁴ da EC nº 103/2019, essa regra é aplicada para segurados ou servidor público que tenham se filiado ao RGPS ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data da alteração da Constituição Federal. São requisitos para se enquadrarem nessa regra a idade de 57 (cinquenta e sete) anos para mulheres e 60 (sessenta) para homens e ainda 30 (trinta) anos de contribuição para mulheres e 35 (tinta e cinco) para homens. Assim, o segurado deveria cumprir 100% do tempo restante que da data de entrada em vigor da EC nº 103/2019 (dia 13 de novembro de 2019) faltaria para atingir o tempo exigido na antiga normativa em relação ao tempo de contribuição.

Quanto ao valor da aposentadoria no caso dessa regra, este será 100% de todos os salários de contribuição do segurado desde julho de 1994.

Portanto, após a análise das modificações acerca da aposentadoria por idade e da aposentadoria por tempo de contribuição após a entrada em vigor da EC nº 103/2019, é perceptível que a reforma é muito prejudicial aos trabalhadores brasileiros. Logo, com o aumento de tempo de contribuição e idade para a aposentadoria, bem como a diminuição dos valores pagos haverá um aumento expressivo da pobreza e da informalidade.

4 Considerações finais

Verificou-se no presente artigo que a reforma da Previdência aprovada através da Emenda Constitucional nº 103/2019 alterou de forma significativa os requisitos e o modo de cálculo das aposentadorias por idade

14 Art. 20. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem; II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; III - para os servidores públicos, 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; IV - período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no inciso II.

e por tempo de contribuição concedida aos segurados filiados ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS, cuja administração é realizada pelo INSS.

Diante de tal contexto, percebeu-se que as modificações foram, de fato, muito prejudiciais para os segurados do RGPS, os quais, além de se aposentarem mais tarde, terão de lidar com um salário bem menor na época que mais precisam: a velhice.

Com isso, justifica-se a ideia apresentada inicialmente de que muitos contribuintes estão deixando de contribuir e, novos trabalhadores, deixando de se filiar ao INSS, considerando os requisitos para a concessão e a forma de cálculo da aposentadoria.

Assim, infelizmente, como pode-se verificar, está cada vez mais difícil atingir os requisitos para aposentar, restando oferecer meios para que o trabalhador não se sinta tão desfalcado quando atingir a sua velhice, como a filiação a outros regimes de previdência, por exemplo, como a complementar.

Portanto, conclui-se que todos os trabalhadores saíram prejudicados com a nova reforma, seja na busca pela idade necessária, um maior tempo de contribuição ou, como irá acontecer com todos que se aposentarem pelas regras implementadas após 13 de novembro de 2019, por salários irrigários e insuficientes que serão pagos pelo INSS à título de aposentadoria aos seus segurados.

Referências

AMARO, Frederico. **Curso de direito previdenciário.** 12. ed. rev. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de abril de 2024.

BRASIL. **Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 27 de abril de 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019.** Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 27 de abril

de 2024.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 28 de abril de 2024.

BRASIL. Lei nº 9.876 de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9876.htm. Acesso em 28 de abril de 2024.

BRASIL, Portaria nº 450, de 3 de abril de 2020. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, e na Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-450-de-3-de-abril-de-2020-251287830>. Acesso em 30 de abril de 2024.

BRASIL. Lei n. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

DOCA, Geralda. ABEL, Victória. **INSS:** em 10 anos, total de benefícios da Previdência cresce o triplo do número de contribuintes. O GLOBO. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2024/04/01/defasagem-na-previdencia-aumento-da-base-de-contribuintes-e-bem-menor-que-expansao-do-estoque-de-beneficios.ghtml>. Acesso em 27 de abril de 2024.

GENTIL, Denise. **Nova Previdência dificulta acesso e pode aumentar pobreza.** UOL, fev. 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/02/21/especialistas-avaliam-reforma-previdencia.htm#:~:text=Projeto%20apontam%20que%2C%20n%C3%A3o%20ritmo,investimentos%20e%20todo%20o%20resto>. Acesso em 30 de abril de 2024.

GOULARTI, Juliano, BITENCOURT, Rossandra. (Des)estruturação da seguridade social no brasil: reforma da previdência e desoneração com contribuições sociais. **Revista Necat.** jun.2019.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário.** 16. ed. rev. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

Capítulo 33

RECONHECIMENTO DO NOME E GÊNERO DE PESSOAS TRANS: UMA JORNADA POR DIGNIDADE E DIREITOS

Antonio Francisco Gomes Junior¹

1 Introdução

O presente capítulo tem como objetivo dissertar sobre o reconhecimento do nome e gênero de pessoas trans e sua relação com os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente aos indivíduos, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

A sociedade passou por transformações ao longo da história, ora suprimindo direitos, ora ampliando direitos a determinados grupos da sociedade que viviam a margem da garantia de direitos fundamentais.

O reconhecimento do nome e gênero de pessoas trans representa um marco na luta por dignidade e por direitos, bem como construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

O direito ao nome é reconhecidamente um direito fundamental que garante a dignidade da pessoa humana. E garantir tão direito às pessoas trans é consolidar a efetividade da dignidade da pessoa humana à um grupo que muitas vezes vive a margem dos direitos fundamentais.

No Brasil, a conquista do reconhecimento do nome e gênero de pessoas trans se solidificou por meio de decisões basilares do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos Tribunais de Justiça, abrindo caminho para o pleno exercício da cidadania por essa parcela da população, que vive diariamente sofrendo preconceitos e agressões, sejam elas psíquicas ou físicas.

¹ Advogado. Professor de Direito Administrativo. Procurador Adjunto do Município de Além Paraíba. Pós-graduado em Didática do Ensino Superior pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Pós-graduado em Direito Tributário pela ESA – OAB/MG. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Facuminas. E-mail: antoniojr.francisco@gmail.com

2 O direito ao nome como direito fundamental

O direito ao nome que é composto pelo prenome e sobrenome, é reconhecido como um direito fundamental, garantindo a qualquer cidadão e reconhecido pela Constituição de 1988 e outras legislações infraconstitucionais. O nome assume grande importância na medida em que cria uma conexão com a identidade, personalidade e dignidade do indivíduo, assegurando, a este, o reconhecimento social e a possibilidade de plena participação na vida em sociedade.

O nobre professor Silvio Venosa, esclarece que a importância do nome para indivíduo:

Nas sociedades rudimentares, um único nome era suficiente para distinguir o indivíduo no local. À medida que a civilização torna-se mais burilada e aumenta o número de indivíduos. Passa a existir necessidade de complementar o nome individual com algum restritivo que melhor identifique as pessoas (VENOSA, 2011, p.186).

Já no tempo de Roma, o nome assume papel mais complexo:

[...] era de formação bastante complexa, pois tinham os romanos três nomes próprios para distinguir a pessoa: o prenome, o nome e o cognome, acrescentando-se, às vezes, um quarto elemento, o agnome. Inicialmente, entre os romanos, havia apenas o gentílico, que era o nome usado por todos os membros da mesma gens e o prenome, que era o nome próprio de cada pessoa. A indicação por três nomes apareceu devido ao grande desenvolvimento das gens. O prenome vinha em primeiro lugar e havia pouco mais de 30; por isso, eram conhecidos de todos e escritos sempre de forma abreviada, como Quintus = Quint; Gaius = G; Aulus = A. O nome servia para designar a gens que pertencia o indivíduo. São nomes adjetivos e terminam em ius, como Marcus Tullius Cicero. O cognome servia para distinguir as diversas famílias de uma mesma gens e vinha em terceiro lugar. [...] Os nomes únicos ou com dois elementos, no máximo, eram próprios da plebe. Os escravos tinham um nome, com o acréscimo, geralmente, do prenome do dono (VENOSA, 2011, p.186 -187).

A ilustríssima professora Maria Helena, assevera a proteção e regulamentação do nome em nosso ordenamento jurídico:

[...] “O nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade; daí ser inalienável, imprescritível e protegido juridicamente”. Essa proteção jurídica cabe também ao pseudônimo (nome fictício- RT, 823:190) ou codinome (CC, art.19) adotado, para atividades licitas, por literatos e artistas, dada a importância de que goza, por identificá-los no mundo das letras e das artes, mesmo que

não tenham alcançado a notoriedade [...] (DINIZ, 2012, p. 227 -228).

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o direito ao nome na Constituição Federal e no Código Civil, de forma mais específica. Já a Lei dos Registros Públicos, lei nº 6015/73 uma série de normas a respeito do direito ao nome e de como esse direito deve ser exercido.

O direito ao nome, um bem jurídico que deve e é tutelado possui tamanha importância que a Constituição Federal de 1988 tratou de garantí-lo em seu art. 5º, inciso LXXVI, alínea a disposto:

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:

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento[...];

E não só foi positivado, somente, existem princípios que o tutelam como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que garante o direito de cada indivíduo de ser reconhecido e tratado com respeito. Sendo o nome elemento essencial para sua identidade e autodeterminação.

Outro princípio que merece destaque é o Princípio da Liberdade, no qual o nome se vincula à liberdade de identidade, expressão e autodeterminação da pessoa. Todo indivíduo tem o direito de escolher e utilizar o nome que melhor o representa, sem possuir imposições ou constrangimentos.

Lado outro, o nome garante ao indivíduo o direito a personalidade, identidade pessoal, autodeterminação e participação social.

Quanto à identidade pessoal, o nome é elemento primordial na identidade da pessoa, permitindo entre outras coisas seu reconhecimento como pessoa dentro da sociedade num todo.

No campo da autodeterminação, que a meu ver é um dos pontos principais do tema do presente capítulo, a escolha e utilização do nome tem como representatividade a liberdade do indivíduo de se autodeterminar e expressar sua identidade, e assim ter plena participação na vida social, profissional e jurídica. Ou seja, garante a existência de um ser humano pleno.

Quanto à personalidade, esta é um direito inerente à pessoa humana, ou seja, com o nascimento com vida o ser humano já adquiriu

sua personalidade que deverá ser tutelada até o final de sua vida.

Caio Mário assevera:

Como o homem é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que todo homem é dotado de personalidade. Mas não se diz que somente o homem, individualmente considerado, tem esta aptidão. O direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedades e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas físicas de seus componentes ou dirigentes.

Carlos Alberto Bittar, também conceitou a direito a personalidade:

Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta -, cabendo ao Estado apenas reconhecer-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária -, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionando a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particularidades.

Maria Helena Diniz, não poderia ser diferente:

Convém dizer uma palavra sobre os direitos da personalidade.

Como pontifica Goffredo Telles Jr., a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa³⁵. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam³⁶, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Portanto, o direito a personalidade adquire uma dimensão enorme e assim, deve ser garantida não apenas pelos princípios e conceitos doutrinários. O Código Civil, assim tutela o direito a personalidade:

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desrespeito público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em

propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

A ilustríssima professora Maria Helena Diniz, assim ensina sobre os artigos mencionados:

Nos arts. 16 a 19 tutela o Código Civil o direito ao nome contra atentados de terceiros, tendo-se em vista que ele integra a personalidade, por ser o sinal exterior pelo qual se individualiza a pessoa, identificando-a na família e na sociedade. Reprime-se abuso cometido por alguém que o exponha inclusive em publicações ou representações (*RT*, 778:225, 779:246; Súmula STJ n. 221) ao desprezo público ou ao ridículo, violando a respeitabilidade e seu titular, mesmo que não haja intenção de difamar, por atingir sua boa reputação moral e profissional, no seio da coletividade (honra objetiva), acarretando dano moral ou patrimonial, suscetível de reparação, mediante supressão de uso impróprio ou indevido do nome ou indenização pecuniária.

Destarte, o direito ao nome está incluso no direito à personalidade e que dever ser visto como um direito integral, capaz de individualizar a pessoa, identificando-a perante a sociedade.

3 O reconhecimento do nome e gênero de pessoas trans

Passado o entendimento que o nome é gerador da integridade do indivíduo inserindo-o na sociedade como um ser humano integral, garantindo-o a liberdade de se autodeterminar e expressar sua identidade, e assim ter plena participação na vida social, profissional e jurídica, passamos a discursar sobre o reconhecimento do nome e gênero de pessoas trans.

O ordenamento Jurídico, atualmente, garante o direito à mudança de nome e gênero nos documentos. Contudo, essa vitória foi um caminho jurídico longo.

De acordo com site do STJ²:

Em 2017, a Quarta Turma do STJ evoluiu para decidir que, independentemente da realização de cirurgia de adequação sexual, é possível a alteração do nome e do sexo constantes no registro civil de pessoas transgênero, desde que comprovada judicialmente essa condição. No julgamento, o ministro Luis Felipe Salomão – relator do recurso especial interposto por uma mulher transgênero – defendeu uma interpretação jurídica que privilegiasse a identidade psicossocial

2 <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Decisoes-do-STJ-foram-marco-inicial-de-novas-regras-sobre-alteracao-no-registro-civil-de-transgeneros.aspx>

em relação à biológica, de modo que, para a alteração do sexo em documentos públicos, foi dispensada a prova de intervenção cirúrgica. Segundo o magistrado, esse olhar conferia a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana. No ano seguinte, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário 670.422 (Tema 761 da repercussão geral) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275, também adotou o entendimento de que a alteração do prenome e do sexo no registro civil é um direito fundamental do transgênero, exigindo-se, para o seu exercício, nada além da manifestação de vontade. Os precedentes do STJ foram destacados nos debates do STF sobre o tema, e a corte avançou para estabelecer que a mudança poderia ser requisitada pela pessoa interessada no próprio cartório, sem a necessidade de processo judicial.

Em 2018, o CNJ editou o Provimento Nº 73 de 28/06/2018 que garantiu, com base no direito constitucional à dignidade (art. 1º, III, da CF/88), à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem (art. 5º, X, da CF/88), à igualdade (art. 5º, caput, da CF/88), à identidade ou expressão de gênero sem discriminações, a possibilidade da alteração, diretamente no cartório, do nome e gênero de pessoas trans na Certidão de Nascimento.

Já, em 2022, a Lei 14.382 alterou o artigo 56 da Lei de Registros Públicos, permitindo que qualquer pessoa com mais de 18 anos pudesse requerer ao Cartório de Registro Civil a alteração de sua Certidão de Nascimento. Garantindo assim, ao indivíduo o direito à identidade de gênero e nome pelos quais se reconhecesse.

O reconhecimento pela alteração do nome e gênero na certidão de nascimento, atualmente não exige a comprovação da cirurgia de redesignação, basta a comprovação dos requisitos solicitados.

Embora, seja um procedimento administrativo, as pessoas trans ainda sofrem com o preconceito seja da sociedade, seja das próprias instituições estatais. Tal assertiva é comprovada pelo depoimento da jovem Julia Maria Trindade de Oliveira Melo, de 23 anos, enfermeira, que passo a exibir na íntegra:

Minha experiência com a obtenção da certidão de nascimento foi positiva, contando com o apoio de advogados e estagiários de direito durante todo o processo. Optei por não solicitar a gratuidade devido à necessidade de uma rápida atualização dos meus documentos. Enfrentei o desafio do custo associado à mudança, mas também encontrei lugares que ofereciam o serviço gratuitamente.

Porém, um dos maiores obstáculos surgiu quando fui ao DETRAN do Carmo, RJ, para retificar meu nome e gênero de acordo com a

certidão de nascimento, onde constava meu nome como Julia e sexo feminino. Ao receber meu RG, percebi que estava registrado como sexo masculino, e ao questionar, fui confrontada com comentários transfóbicos por parte do funcionário responsável, que se recusou a corrigir o erro, alegando que eu não havia feito cirurgia de redesignação sexual e que eu não era mulher. Após retornar com uma profissional, assinei um documento reconhecendo o erro, porém enfrento uma espera de 46 dias pelo novo RG, essencial para procedimentos como a atualização do título de eleitor e a matrícula na faculdade. Essa situação transfóbica e a falta de profissionalismo do funcionário do DETRAN foram um grande desafio, e apesar de ter provas do ocorrido, optei por não iniciar um processo judicial devido a outras prioridades.”

Há de se observar, que a jovem não encontrou muitos desafios cartorários, contudo os custos dos emolumentos foram pagos, apesar de poder ter requerido a gratuidade. Mas o grande desafio, foi na emissão da pertinente carteira de identidade, que pelo depoimento, sofreu transfobia.

Como observado, o reconhecimento do nome e gênero para jovem Julia trará grandes mudanças na sua vida civil, quando na vida pessoal na medida em que terá sua identidade reconhecida e sua individualidade preservada.

O site Agência Brasil³, noticiou em 26/12/2023 um panorama numérico das alterações de registro civil:

O Brasil fecha o ano de 2023 com a marca de 13 mil alterações de registro civil de transexuais e transgêneros nos últimos cinco anos. De acordo com a Arpen Brasil (Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais), neste ano, 3.908 pessoas se dirigiram ao cartório para solicitar a mudança de gênero ou nome até o dia 10 de dezembro.

Conforme os dados divulgados, os pedidos de alteração de nome começaram em 2018, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) autorizou a medida. Naquele ano, houve 1.129 alterações de registro. Em 2019, foi registrado aumento para 1.848. Nos anos seguintes, os registros ficaram nos patamares de 1.283 (2020) e 1.863 (2021). As alterações passaram para 3.165 (2022) e 3.908 (2023).

Em relação aos pedidos de mudança de gênero, 2.169 foram do masculino para feminino e 1.512 do feminino para o masculino.

Em agosto de 2018, o Supremo autorizou transexuais e transgêneros a alterarem o nome no registro civil sem a necessidade de cirurgia de mudança de sexo.

Antes da decisão, transexuais somente podiam adotar o nome social

³ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-12/cartorios-registraram-13-mil-trocas-de-nomes-de-pessoas-trans-em-5-anos#:~:text=Em%20agosto%20de%202018%C2%BC,cirurgia%20de%20mudan%C3%A7a%20de%20sexo.>

em identificações não oficiais, como crachás, matrículas escolares e na inscrição do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), por exemplo.

Atualmente, para realizar a alteração, os interessados devem ir ao cartório de registro civil de sua região para entrada no procedimento. São necessários alguns documentos, como certidão de nascimento ou casamento, documentos pessoais de identificação e certidões solicitadas pelo cartório.”

4 Considerações finais

Como se observa, o reconhecimento do nome e gênero de pessoas trans é uma jornada por dignidades de direitos. Quanto ao direito ao nome, o mesmo é tutelado tanto pela Constituição quanto pelas legislações infraconstitucionais.

O direito ao nome está diretamente ligado ao direito à personalidade, garantindo a liberdade de se autodeterminar e expressar sua identidade, e assim ter plena participação na vida social, profissional e jurídica.

O depoimento da jovem Julia Maria retratou a experiência de ter o reconhecimento do nome e gênero no Cartório de Registro Civil, bem como os entraves enfrentados na expedição de sua nova carteira de identidade.

O ordenamento jurídico deu grandes passos para autorizar a alteração do nome e gênero, como não necessitar de comprovação de realização de cirurgia de redesignação, alteração diretamente no Cartório.

Enfim, os avanços foram grandes para a efetivação do reconhecimento do nome e gênero de pessoas trans, mas a jornada por dignidade e direitos continua.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 38.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acessado em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p.

1-74, 11 jan. 2002.

DINIZ, Maria Helena. Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: de acordo com o novo Código Cível.** v.1. São Paulo, 2009, p.119-120.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil.** Rio de Janeiro. 2009. V.1. p. 181.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 134.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 11^a Ed., São Paulo: Atlas, 2011.

Capítulo 34

O CONSELHO DA COMUNIDADE DA COMARCA DE ALÉM PARAÍBA COMO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Carla Ribeiro Vaz de Melo¹

Laiane Gomes Cândido²

Luara Gabriela Estevão Souza³

Rogéria Aparecida de Souza Oliveira⁴

1 Introdução

O Conselho da Comunidade é órgão obrigatório na Execução Penal previsto no art. 6º, VII na Lei n. 7210/84 (Lei de Execução Penal – LEP), de grande relevância social, tendo em vista a colaboração para reinserção dos reeducandos na sociedade. Segue os preceitos dos direitos humanos, pois visa uma execução mais humanizada e tem como principal escopo ser órgão fiscalizador. O art. 80 da Lei de Execução Penal trata especificamente da composição do conselho e no art. 81, suas atribuições (BRASIL, 2024). Constitui um elo entre a sociedade livre e o sistema prisional, pois a participação da comunidade é fundamental (SÁ, 2017), vez que a ideia de efetiva execução da pena perpassa o ideal de reinserção do criminoso na sociedade livre, e esse ideal é melhor concretizado quando

-
- 1 Advogada. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e professora do curso de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP. E-mail: carlavazdemelo@yahoo.com.br
 - 2 Bacharela em Direito pela Fundação Educacional de Além Paraíba (2023). Assistente Administrativa do Ministério Público do Estado de Minas Gerais da Comarca de Além Paraíba-MG - Conselheira da Comunidade da Comarca de Além Paraíba-MG. E-mail: lainenegomes777@gmail.com
 - 3 Bacharela em Direito pela Fundação Educacional de Além Paraíba (2023). Assistente de Apoio aos gestores jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais atuação na 1ª Vara da Comarca de Além Paraíba-MG. E-mail: luaraestevao@yahoo.com
 - 4 Coordenadora do Curso de Direito e professora do curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Fortes mantida pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Bacharel em Direito. Mediadora de Conflitos Familiares. Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP. Conselheira da Comunidade da Comarca de Além Paraíba-MG. E-mail: rogeriaaparecidades@gmail.com

a prisão é integrada à sociedade, pois assim o criminoso se vê na sociedade, e a sociedade, ela mesma, também poderá ver que não é muito diferente de alguém cumprindo pena (BARATTA, 1991, p. 149).

Considerando a existência do Presídio Regional na Comarca de Além Paraíba-MG, comprehende-se esta pesquisa uma reflexão sobre esse importante órgão fiscalizador de violações de Direitos Humanos e os limites de atuação instituídos por lei e evidente falta de investimento.

O conselho da comunidade da Comarca de Além Paraíba-MG conta como custeio para suas atividades fins com apenas verbas advindas do fundo destinado à aplicação de recursos oriundos de prestações pecuniárias no Poder Judiciário de Minas Gerais, e que são distribuídas pelo Juiz de Direito da Execução Penal após, abertura de edital específicos para esse fim, e condicionado à aprovação de projetos nos termos do Provimento Conjunto n. 27/2013 (MINAS GERAIS, 2013), o que nos leva a importante questão, como desenvolver o trabalho de ressocialização sem uma fonte de custeio?

É de se ressaltar a importância de previsão orçamentária pública para que se possa entregar um trabalho de excelência, o que refletirá diretamente nos números do sistema prisional que são alarmantes.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a importância e obrigatoriedade da constituição do conselho da comunidade no âmbito da execução penal e, diante da realidade econômica do órgão refletir sobre a falta de recursos públicos para execução do trabalho, tendo como objeto de análise o conselho da comunidade da comarca de Além Paraíba, município que atualmente conta com 30.717 habitantes (BRASIL, 2022) e, que possui um Presídio Regional inaugurado em 2018.

Trata-se de uma pesquisa teórica, de caráter qualitativa. À falta de documentação em um período temporal entre a edição da lei e os arquivados no Conselho da Comunidade da Comarca de Além Paraíba-MG, contou-se com o resgate de informações orais através de entrevista aberta com a primeira Presidente nomeada para órgão, uma vez que, não existem documentos que comprovem a atuação anterior a 20/08/2008. Também como fonte primária procedeu análise dos documentos e atas das reuniões do Conselho levada a efeito a partir de sua reativação ocorrida em 2008. O desenvolvimento do trabalho traz reflexões sobre a natureza jurídica do órgão, sua atuação no âmbito municipal e, por fim, sobre a deficitária fonte de fomento para as atividades do Conselho.

2 O Conselho da Comunidade como órgão obrigatório da execução penal

Lei de nº 7.210 de 11 de junho de 1984, mais conhecida por Lei de Execução Penal, tem como finalidade fazer cumprir as disposições das sentenças e decisões criminais proporcionando condições para a reinserção do condenado/internado na sociedade, recorrendo o Estado à cooperação da comunidade para as atividades da execução da pena. Referida norma é regida pelos princípios da personalidade da pena; da proporcionalidade da pena; da legalidade; da humanidade da pena; da isonomia; da jurisdicionalidade; da proibição ao excesso da execução e da ressocialização (MARCÃO, 2012). Estabelece como direito do detento, seja condenado ou provisório, a oferta de assistência jurídica, social, moral, material, educacional e religiosa, visando facilitar sua reintegração à sociedade (BRASIL, 2024) em consonância com o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, garantido que “ninguém será submetido à tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante” (BRASIL, 1948). No entanto, frequentemente, no Sistema Prisional Brasileiro, essa garantia não é observada, uma vez que os detentos muitas vezes enfrentam condições degradantes e subumanas.

Visto isso, o que nos chama atenção são os números de pessoas presas no Brasil. De acordo com dados do 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública a população carcerária conta com 832.295 (oitocentos e trinta e dois mil e duzentos e noventa e cinco) detentos em todo o Brasil, o país ocupa a terceira posição no ranking mundial. A precária infraestrutura e má gestão por parte do Estados resultam em um sistema penitenciário superlotado, com um número de detentos significativamente superior às vagas disponíveis nas prisões (BRASIL, 2023).

Ressalte-se que o sistema carcerário possui dupla função: punir e recuperar o indivíduo. Contudo, nem sempre isso ocorre na realidade concreta, onde os indivíduos que se encontram cumprindo a pena privativa de liberdade são submetidos a condições desumanas que ferem a sua dignidade de ser pessoa.

Uma das principais razões por trás dessas terríveis circunstâncias, além da negligência e da desorganização, é a superlotação que permeia quase todas as instituições carcerárias do Brasil. A superlotação impede que os presos tenham acesso a condições básicas de limpeza e conforto, e essas

circunstâncias degradantes intensificam as tensões, resultando no aumento da agressividade entre os detentos, assim como a ocorrência de rebeliões, tumultos, propagação de doenças e tentativas de fuga (ASSIS, 2007).

A saúde física e mental dos presos também foi identificada como um dos principais problemas a ser enfrentado pelo sistema prisional, visto a falta de profissionais e medicamentos disponíveis. Estudos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que detentos brasileiros têm trinta vezes mais chances de contrair tuberculose. Além disso, o risco de morte por caquexia, ou enfraquecimento extremo com perda muscular, é 1.350% maior entre quem está preso do que na população em geral. A elevada mortalidade nas prisões também se associa a causas como sífilis, insuficiência cardíaca, pneumonia e sepse decorrente de infecções generalizadas (BRASIL, 2023).

Diante do panorama de violação massiva e persistente dos direitos fundamentais resultantes de ações e omissões dos poderes públicos no tratamento da questão prisional no país, como lenitivo a esse grande problema, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou aos 27 de maio de 2015, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), objetivando-se corrigir as graves lesões aos preceitos fundamentais da Constituição. Em medida cautelar, solicitou-se o reconhecimento do estado de coisa inconstitucional no sistema prisional brasileiro.

No dia 04 de setembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro. Ao finalizar o julgamento da ADPF 347, o Tribunal estipulou um prazo de seis meses para que o governo federal elabore um plano de intervenção. Esse plano deve apresentar diretrizes para a redução da superlotação nos presídios, diminuição do número de presos provisórios e restrição do tempo em regimes mais severos, além de tempo superior à pena estabelecida (BRASIL, 2015).

O conceito do Estado de Coisa Inconstitucional se dá quando é possível identificar quatro requisitos; a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; pela potencialidade de congestionamento da justiça; pela prolongada omissão das autoridades públicas e pela necessidade de mudanças estruturais para solucionar este cenário.

A aspiração pela reintegração do condenado à sociedade igualmente encontra obstáculos, dado que as taxas elevadas de reincidência são alarmantes. A falta de infraestrutura e de respeito pela dignidade do preso

são as principais causas do fracasso de sua ressocialização, tendo em vista o péssimo ambiente no qual cumpriu sua pena (CARVALHO, 2020).

Neste sentido que o Ministro Marco Aurélio afirmou que a situação do sistema penitenciário Brasileiro é vexaminosa. Com intuito de melhoria o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 96/2009, que criou o Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF's) (BRASIL,2009).

Esta Resolução, em seu artigo 5º, §1º, reafirmou a determinação do legislador ao ordenar que os tribunais devem diligenciar para que sejam efetivamente instalados os conselhos da comunidade, bem como para que estes tenham seu funcionamento regular nas comarcas onde há cumprimento de medidas penais. (BRASIL,2009).

Dessa forma, verifica-se que não é uma faculdade de cada comarca ter um conselho da comunidade, mas sim uma imposição legal, considerando a importância da participação da comunidade no melhoramento do sistema carcerário e da sociedade. Sendo assim, o conselho da comunidade é um órgão obrigatório que deve ser implantado em toda comarca, levando em consideração sua função social, independentemente da existência de sistemas prisionais, conforme dispõe a Recomendação nº 10, de 21 de outubro de 2015, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2015) e art. 4º, § 3º da Resolução do CNJ n. 488/2023, com função disciplinada pelo art. 8º do mesmo diploma legal: “[...] fiscalizadora, consultiva, educativa, assistencial, bem como de representação e intermediação da comunidade nas políticas penais” (BRASIL, 2023).

Reforçando a importância da instalação dos Conselhos da Comunidade é de se destacar a Resolução do CNJ n. 47 de 18 de dezembro de 2007 que “dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal” no seu artigo 4º que: “os juízes deverão compor e instalar, em suas respectivas Comarcas, o Conselho da Comunidade, na forma dos artigos 80, com redação dada pela Lei. nº. 12.313, de 19 de agosto de 2010, e 81 da Lei nº 7. 326/84. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26 de junho de 2020)” (grifo nosso) (BRASIL,2007).

Contudo, diante deste cenário de baixa adesão a esta política que une esforços com a comunidade para buscar um sistema mais humano e justo, tem-se a necessidade de tentar solucionar os percalços que levam ao não implemento dos conselhos da comunidade. Em seguida a edição da Resolução nº 214/2015 fortaleceu a atuação do Grupo no âmbito do tribunal de justiça, que tem como objetivo enfrentar o quadro de desordem

estrutural do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2015).

Ainda que não aplicada de forma correta, a Lei de execução penal garante aos reeducandos uma execução digna, visto que, no art. 11 da LEP estão previstas a seguintes garantias: assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Do art 10 ao 35 estão todos os direitos que vão do dentista à assistência integral à mulher grávida e ao recém-nascido. Da mesma forma que a lei resguarda os direitos dos presos também elenca as sanções disciplinares previstas no art 57, considerando as circunstâncias e as particularidades de cada preso para que não se perca o objetivo da reclusão que é trazer à memória dos que cometem crimes e infrações penais que a violação da lei traz consigo a correção de tal (BRASIL, 2024).

2.1 Natureza jurídica

Pelo fato de a LEP ter sido promulgada anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CF/88), não apresenta de forma clara a representação política da comunidade no texto constitucional. O conselho teve uma regulamentação genérica e não fundada no conjunto mais humanizado que veio com a Constituição que abrange uma série de políticas sociais (BRASIL, 2024).

Desse modo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), considerando a efetividade da participação da sociedade livre na reinserção do apenado na vida fora dos muros, editou a Resolução nº 10 de 08/11/2014, estabelecendo no artigo 5º diversas outras incumbências aos conselhos da comunidade. Também elencando um rol não taxativo, a Resolução do CNJ n. 488/2023, reforçou em seu art. 8º, sobre as atribuições dos Conselhos da Comunidade.

Em outras palavras Wolf (2009, p. 61):

[...] a criação e a efetivação de mecanismos de participação social junto aos órgãos estatais pode viabilizar a representação, o controle e o consentimento da população sobre a atuação do Estado nas políticas públicas. Considera-se, pois, que a participação social no âmbito do sistema penitenciário pode constituir-se como possibilidade de rompimento com a naturalização das condições degradantes e das iniquidades verificadas na prisão. A reflexão sobre o exercício do poder estatal remete à preocupação com a alteração do processo centralizador e excludente, características históricas do conjunto de práticas do Estado brasileiro.

O debate frequente nos Conselhos da Comunidade gira em torno da crucial questão da autonomia em relação ao sistema judiciário e outros órgãos. Nesse contexto, autonomia refere-se à capacidade dos Conselhos de tomarem decisões fundamentais de maneira autônoma, incluindo a seleção de seus membros, a gestão de recursos e a realização independente de suas funções (FERREIRA, 2014).

A busca pela autonomia não implica um completo isolamento do Conselho em relação aos demais órgãos públicos, especialmente os órgãos de execução penal. Para que o Conselho cumpra suas atribuições de maneira eficaz, é fundamental manter um constante contato e cooperação com o Poder Judiciário, em particular com o Juiz de Direito que possui competência para a Execução Penal e Direção do estabelecimento prisional. Dessa forma, o tipo de relacionamento que equilibra a atuação autônoma e a cooperação, evitando interferências excessivas entre os órgãos, cria as condições ideais para uma articulação que respeita as responsabilidades de cada entidade, conforme preceitua a Resolução CNJ n. 488/2023 (BRASIL, 2023).

3 Especificidades sobre o Conselho da Comunidade na comarca de Além Paraíba

O município de Além Paraíba é localizado no interior de Minas Gerais, na Zona da Mata, com aproximadamente 30.717 habitantes, conforme dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no censo de 2022(BRASIL, 2022). A criminalidade no município nunca foi preocupante, uma vez que, se trata de uma cidade pequena, contudo até 2015 contava com uma cadeia pública que foi transformada no Presídio Regional de Além Paraíba.

Pertinente à Comarca de Além Paraíba, tem-se notícias que o Conselho da Comunidade foi instalado formalmente em 1993 pelo Juiz de Direito Dr. Ettore Dalboni. Infelizmente não há registro documental desta fase, apenas da edição da Portaria Conjunta n. 001 de 20 de agosto de 2008, expedida pelos Juízes de Direito Dr. Marco Aurélio Souza Soares; Dr. Gustavo Cheik Figueiredo Teixeira e Dr. Antônio Évio de Souza que nomeou os membros. Tal registro consta do Estatuto do órgão, no art. 1º do Capítulo I, *in verbis*:

O Conselho da Comunidade na Execução Penal – CCEP da Comarca de Além Paraíba, com prazo de duração indeterminado, e com sede na Praça Coronel Breves, 89, São José, é uma entidade sem fins lucrativos,

reinstalado a partir da Ata n. 1, em 16 de junho de 2008, atendendo ao disposto no art. 80 da Lei Federal n. 7.210, de 11 de julho de 1984- Lei de Execução Penal (grifo nosso).

Conforme estatuto do Conselho o mandado de seus membros é bienal e desde 2008 não registra interrupção. À falta de registro documental da instalação do Conselho da Comunidade na Execução Penal de Além Paraíba em período anterior à 2008, procedeu-se entrevista aberta com a Dra. Maria Helena Barbosa de Oliveira, advogada militante inscrita na 110^a Subseção da OAB em Além Paraíba que participou efetivamente do primeiro Conselho da Comunidade⁵. Tendo sido, segundo seu relato, a primeira presidente do órgão.

Conforme relato da entrevistada, o conselho da Conselho da comunidade foi instalado no ano de 1993 na comarca de Além Paraíba pelo Juiz de Direito Dr. Ettore Dalboni que era o responsável pela execução da pena na época. Considerando que havia informações de maus-tratos por meio dos advogados que representavam pessoas em privação de liberdade, Dra Maria Helena procurou formas legais de fiscalizar a execução das penas, e descobriu presos com problemas sérios de saúde por conta da insalubridade do local, foi então nomeada a primeira presidente do conselho da comunidade e a Sra. Maria da Aparecida Ferreira da Cruz, mas conhecida por Dona Filinha como vice-presidente. Dona Filinha era representante da Pastoral da Carceragem vinculada a Igreja Católica e já com regularidade frequentava o ambiente prisional. Dessa forma, o conselho foi constituído quando no município havia apenas uma cadeia, tornando-se Presídio no ano de 2018. Analisando de forma cronológica, o conselho demorou mais de trinta para se tornar o que é hoje. Durante este processo, o conselho da comunidade contou com a colaboração de alguns cidadãos, além da Dona Filinha já citada anteriormente, o Pastor Abmael que dentro de um contexto religioso conseguiam doações e trabalhavam em prol da ressocialização e outros.

Em 2008 o conselho alavancou, dessa vez com uma maior equipe, e com a Dra. Maria Celeste Mattos de Oliveira como presidente nomeada pelos juízes responsáveis da época: Dr. Marco Aurélio Soares, Dr. Gustavo Cheik Figueiredo Teixeira e Dr. Antônio Evio de Souza que em suas reuniões mensais tratavam questões pertinentes para a evolução da ressocialização.

5 A entrevista ocorreu no dia 01 de Novembro de 2023 por meio de gravação de áudio, onde resgatou-se informações do conselho da comunidade da comarca de Além Paraíba através da memória da entrevistada, que permitiu o uso de sua imagem e voz, bem como assinou o termo de divulgação (OLIVEIRA, 2023).

Analisando as Portarias e atas das reuniões arquivadas pelo Conselho da Comunidade, desde 2008 não houve vacância, tendo os Juízes de Direito sucessores com competência para Execução Penal expedidos as Portarias de nomeação bienalmente. Ao 1º dia do mês de outubro de 2010 o Conselho da Comunidade na Execução Penal da Comarca de Além Paraíba (CCEP) registrou junto ao Cartório de Registro de Título e Documentos o estatuto de órgão e na mesma data formalizou o cadastro nacional de pessoa jurídica sob a inscrição n. 12.915.779/0001-54, constituindo-se pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos.

Registra-se que em 2015 sob a titularidade do Juiz de Direito Dr. Emerson Marques Cubeiro dos Santos, firmou-se parceria com a Fundação Educação de Além Paraíba, por meio do curso de Direito para iniciar o projeto da remição pela leitura, de fomento à leitura às pessoas privadas de sua liberdade da unidade prisional local, como forma de contribuir com a ressocialização dos reeducandos no presídio, incentivando o hábito da leitura para fins de remição de pena nos termos da Recomendação n. 44 de 26/11/2013 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL,2013).

No ano de 2020/2021 manteve-se a direção anterior em razão da pandemia da COVID-19. E, em 2022, retomou-se os trabalhos com uma nova diretoria que vem trazendo inovações no âmbito da ressocialização, contando com projetos como, coral, oficina de costura entre outros.

Pertinente à autonomia, é importante que o Conselho da Comunidade disponha de sede adequada para o desenvolvimento dos trabalhos tais como conduzir suas reuniões, atender ao público e realizar suas tarefas administrativas. Como pode ser observado, a presença de uma sede proporciona autonomia ao Conselho em suas operações. Contudo, é crucial salientar que o funcionamento dessa sede não se resume apenas a um espaço físico. O relatório ‘Os Conselhos da Comunidade no Brasil’ (BRASIL, 2021) destaca que a maioria dos conselheiros enfrenta desafios de ordem material. O de Além Paraíba, não destoa desse triste cenário, sua sede para fins cadastrais é na Praça Coronel Breves, 89, bairro São José, ou seja, o mesmo endereço do antigo Fórum Nelson Hungria, contudo com a mudança de sede do Poder Judiciário, não houve atualização de endereço, enfatizando que em nenhum momento desde sua instalação teve espaço físico autônomo, o que leva a hipótese de que tenha contribuído para o desaparecimento dos documentos anteriores a reativação do órgão ocorrida em 2008.

Quando questionamos sobre a infraestrutura e equipamentos

disponíveis, a pesquisa nacional revelou que 245 (60,6%) dos conselhos participantes não possuem móveis, equipamentos ou veículos suficientes para desempenhar suas funções de forma adequada. Por outro lado, uma minoria de 84 (20,7%) conselheiros considerou que seus órgãos dispõem de equipamentos adequados em quantidade satisfatória (BRASIL, 2023).

3.1 Dos Recursos financeiros para custeio das atividades

Até a edição da Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 154 de 13 de julho de 2012 que “define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária” (BRASIL, 2012) os Conselhos da Comunidade não eram entidades beneficiadas pela distribuição da verba arrecadada de prestação pecuniária oriundos das transações penais no âmbito dos Juizados Especiais Criminais à luz da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 2024), ou seja, basicamente seus recursos eram garimpados junto à sociedade civil e associações de cunho religioso.

A citada normativa estabeleceu diretrizes de uniformização para assegurar a publicidade e transparência quanto ao emprego dessa fonte de fomento determinando a criação de uma conta (fundo) para que a receita possa financiar projetos sociais relevantes na comunidade, conforme consta do § 1º do art. 2º. Em seguida a Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ editou o Provimento n. 21 de 30 de agosto de 2012 que traça diretrizes de uniformização e implementação de práticas e políticas na aplicação de medidas e penas alternativas, estabelecendo no § 1º do art. 3º: “o magistrado responsável deverá estimular a instalação e funcionamento dos Conselhos da Comunidade para auxílio da execução das penas e medidas alternativas”.

Assim, com as normativas editadas observa-se o fortalecimento para atuação dos Conselhos da Comunidade vez que autorizado o recebimento dos recursos, conforme preconiza a Recomendação nº 10, de 21 de outubro de 2015 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, destacando-se em sua redação o Ofício-Circular Conjunto nº 1/PR/CGJ/2015 que [...] “sugere, **em caráter prioritário**, dos valores arrecadados com a aplicação de penas de prestação pecuniárias para a melhoria das condições dos apenados;” (grifo nosso) e, ainda, que via Conselhos da Comunidade, os valores arrecadados possam ser destinados para a “[...] a construção de novos estabelecimentos prisionais, de Associações de Proteção e Assistência ao Condenado – APACs, dentre outras atividades

relacionadas à execução penal, com vistas ao fortalecimento do Estado Social ” (MINAS GERAIS, 2015).

Visando a melhoria e desenvolvimento dos conselhos no âmbito do Estado de Minas Gerais, em consonância com a Resolução do CNJ nº 154, de 2012 (*idem, ibdem*), seguiu-se o Provimento Conjunto nº 27/2013 (MINAS GERAIS, 2013), observando que pela redação do § 1º do art .1º era permitido ao Ministério Público indicar destinação diversa ao depósito no fundo dos valores oriundos das transações penais. Conforme consta de atas das reuniões do Conselho da Comunidade na Execução Penal da Comarca de Além Paraíba-MG, observa-se a efetiva participação do Ministério Público, aprovando destinação de verba oriunda da prestação pecuniária no âmbito do Juizado Especial Criminal para custeio das atividades do órgão, todavia, o Provimento Conjunto n. 82/2018 alterou a redação nos seguintes termos:

§ 1º Os recursos previstos no *caput* devem ser depositados em conta judicial vinculada à unidade gestora, assim entendida como o juízo da execução penal da comarca, a quem compete decidir sobre o recolhimento e a destinação dos respectivos valores. (Nova redação dada pelo Provimento Conjunto nº 82/2018) (BRASIL, 2018).

Quanto aos valores depositados no fundo, o magistrado com competência para a execução penal na Comarca é o gestor que deverá ao menos uma vez por ano publicar edital e cadastrar as entidades que podem ser beneficiárias para recebimento do recurso (art. 6º). Sobre a destinação, à liberação, à aplicação e à prestação de contas cita-se ainda a Portaria nº 4.994/CGJ/2017 (MINAS GERAIS,2017) que complementa o Provimento n. 27/2013, com destaque para a redação do art. 2º: “Os Conselhos da Comunidade são consideradas entidades para os fins desta Portaria, devendo atender todas as exigências apresentadas”. Caso não haja abertura de edital no prazo de um ano, ou o valor arrecadado seja insuficiente para viabilizar regular destinação entre outros descritos no art. 14-B da referida norma, o valor existente no fundo será transferido para Conta Regional de Destinação de Prestações Pecuniárias.

Insta salientar que os Conselhos da Comunidade concorrem com outras entidades cadastradas para liberação de verba do fundo, após publicação do edital, sendo certo que segundo Recomendação nº 10/2015 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, os Conselhos da Comunidade têm caráter prioritário (MINAS GERAIS, 2015).

O acesso a recursos financeiros é um tema central para o Conselho da comunidade, pois esses recursos são essenciais para investir na

infraestrutura e garantir a autonomia e sustentabilidade da instituição. A Lei de Execução Penal (LEP) não estabelece especificamente como os conselhos devem obter recursos, o que significa que os membros precisam encontrar maneiras de tornar a agência financeiramente viável por conta própria. Além disso, muitas vezes é mais fácil angariar fundos se o Conselho for uma entidade jurídica privada em vez de uma entidade pública do município.

Visando dar maior clareza a esse aspecto, a Resolução CNJ n. 488/2023 prevê no art. 13 a possibilidade de recebimento de valores dos fundos federais, estaduais e municipais de políticas penais (BRASIL, 2023).

De acordo com o relatório “Os Conselhos da Comunidade no Brasil”, aproximadamente 19% dos Conselhos (78 no total) não possuem recursos financeiros disponíveis. Dos Conselhos que têm acesso a recursos, a maioria, cerca de 90,5% (296 Conselhos), obtém financiamento através das penas de prestação pecuniária. Outras formas de investigação de recursos incluem ações de pessoas físicas e jurídicas, convênios ou subvenções com Estado e municípios, projetos financiados por órgãos governamentais, projetos financiados por organizações não governamentais, bem como projetos envolvendo pessoas em medida de segurança e seus familiares. Estes dados ressaltam a importância das penas pecuniárias no apoio eficaz às atividades dos Conselhos da Comunidade e destacam a necessidade de diversificar as fontes de financiamento desses órgãos (BRASIL, 2021).

Em 2021 o CNJ publicou nota técnica que trata da instituição de fundos municipais para políticas penais, o objetivo é auxiliar os Executivos Municipais na criação de fundos específicos para políticas penais, buscando viabilizar a implementação de programas de orientação a alternativas penais, pessoas egressas do sistema prisional, desinstitucionalização de indivíduos em medida de segurança e apoio aos conselhos da comunidade. A Nota Técnica também visa contribuir para a prestação jurisdicional, envolvendo maior efetividade nas decisões judiciais e profundas entre Tribunais e autoridades locais. A execução de políticas públicas implica na necessidade de organizar a arrecadação e o uso de recursos, obtidos através de tributos, entre outros meios. Consigna-se que no Município de Além Paraíba até a presente data não foi instituído o Fundo Municipal de que trata o referido documento (BRASIL, 2021).

Desta forma percebemos que o conselho ainda não possui mecanismos para se autogerir, motivo este que limita sua atuação de forma produtiva.

4 Conclusão

A articulação entre os Conselhos da Comunidade, órgãos do sistema de execução penal e entidades da sociedade civil é fundamental para tornar a atuação desses conselhos mais eficaz e abrangente. Essa colaboração permite abordar questões complexas que envolvem a execução penal de maneira mais completa, considerando áreas como saúde, assistência social, trabalho e educação, que desempenham um papel crucial na reintegração de presos e egressos à sociedade.

A participação social, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, é um princípio importante para garantir que as políticas públicas sejam construídas de forma mais inclusiva e justa. Os Conselhos da Comunidade desempenham um papel relevante ao integrar essa estrutura intersetorial de formulação e fiscalização de políticas públicas, garantindo que os direitos dos presos e egressos sejam respeitados e promovendo uma abordagem mais holística para a execução penal.

Portanto, a colaboração e a articulação interinstitucional são cruciais para melhorar o sistema de execução penal e garantir a efetivação dos direitos que estão nele envolvidos.

Ressaltando os desafios enfrentados, especialmente sobre a falta de previsão orçamentária para o conselho da comunidade, evidenciando a necessidade de investimentos para superar esses obstáculos, avançando na promoção de um sistema mais justo e eficiente. Visto isso, a realidade econômica do conselho é um dos maiores desafios na sua atuação, no contexto financeiro o conselho é dependente e vulnerável considerando que não possui regular fonte de fomento para as atividades essenciais.

Referências

BARATTA, A. **Resocialización o control social – por um concepto crítico de reintegración social del condenado.** In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello (org.). Sistema penal para o terceiro milênio (atos do Colóquio Marc Ancel). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-ressocializacao-entre-o-estigma-social-e-o-poder-punitivo-estatal/>. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 488 de 23 de fevereiro de 2023.** Institui a Política Judiciária para o Fortalecimento dos Conselhos da Comunidade e dá outras providências.

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4967>. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Os Conselhos da Comunidade no Brasil [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/relatorio-conselhos-comunidade.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cidadania nos Presos [recurso eletrônico] Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 8 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de fortalecimento dos conselhos da comunidade [recurso eletrônico]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/manual-conselhos-comunidade.pdf> Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Nota técnica. Instituição de fundos municipais para políticas penais. Brasília, maio de 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/05/nota_tecnica_fundos_municipais_politicas_penais.pdf. Acesso em: 10 dez. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 21, de 30 de agosto de 2012. Define regras para destinação e fiscalização de medidas e penas alternativas. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_21_30082012_26102012165035.pdf Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 44, de 26 de novembro de 2013. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1907> Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3918> Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 154, de 13 de julho de 2012.** Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_154_13072012_01042019152255.pdf. Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009.** Dispõe sobre o Projeto Começar de Novo no âmbito do Poder Judiciário, institui o Portal de Oportunidades e dá outras providências, 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/65>. Acesso em: 11 jul. 2023

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 214, de 15 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre a organização e o funcionamento dos Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal dos Territórios e nos Tribunais Regionais Federais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2237>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 391 de 10 de Maio de 2021.** Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3918#:~:text=Estabelece%20procedimentos%20e%20diretrizes%20a,unidades%20de%20priva%C3%A7%C3%A3o%20de%20liberdade>. Acesso em 08 jul. 2023

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 47, de 18 de dezembro de 2007.** Dispõe sobre a inspeção nos estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/162>. Acesso em 07 jul. 2023

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução n. 09, de 26 de novembro de 2010.** Dispõe sobre o acesso dos Conselhos da Comunidade às Unidades Prisionais, 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnppcp/resolucoes/2010/resolucao-no-9-de-26-de-novembro-de-2010.pdf/view> acesso: 10 jul.2023

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE **Censo Demográfico Brasileiro 2022.** Rio de Janeiro: IBGE,2022 Disponível em :<https://www.ibge.gov.br/cidades-e->

estados/mg/alem-pariba.html acesso: 10 jul.2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. [recurso eletrônico]. ADPF.347.2015. disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 5 jun. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Presidente do STF entrega ao ministro da Justiça decisão que reconheceu a violação de direitos no sistema carcerário, 2023 Disponível em: <https://www.stf.jus.br/decisoes-recentes/>. Acesso em: 09 dez. 2023.

BRASIL. Vade Mecum Saraiva Tradicional. 37 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução n. 10, de 08 de novembro de 2004. Estabelece regras para a organização dos Conselhos da Comunidade nas Comarcas dos Estados, nas Circunscrições Judiciárias do Distrito Federal e nas Seções Judiciárias da Justiça Federal, e dá outras providências, 2004. Disponível em : <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2004/resolucao10de08denovembrode2004.pdf/view> acesso: 10 jul.2023.

BRASIL. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em:<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-direitos-humanos>. Acesso em: 09 dez. 2023.

BRASIL. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pesquisa do CNJ destaca problemas de saúde e ameaças contra a vida nas prisões do Brasil. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-do-cnj-destaca-problemas-de-saude-e-ameacas-contra-a-vida-nas-prisoes-do-brasil/#:-:text=Dos%20falecimentos%20dentro%20das%20cadeias,estudo%2C%2015%25%20dos%20casos>. Acesso em: 18 out. 2023.

CARVALHO, M. S. A. de. O perfil social do criminoso e o sistema penitenciário Brasileiro/ Walkiria de Oliveira Castanheira. – Lavras: Unilavras, 2020. 46f. **Monografia** (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras, 2020.

FERREIRA, J. C. **Os conselhos da comunidade e a reintegração social.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 316 p., 2014.

MARCÃO, Renato Execução penal. / Renato Marcão. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. **Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Minas Gerais.** [recurso eletrônico].

Provimento Conjunto n. 82/2018. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00822018.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

MINAS GERAIS. CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Recomendação nº 10/2015.**

Recomenda sobre a obrigatoriedade de instalação do Conselho da Comunidade nas Comarcas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/crm00102015.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

MINAS GERAIS. CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Portaria nº. 4.994/CGJ/2017.**

Complementa a regulamentação referente à destinação, à liberação, à aplicação e à prestação de contas de recursos oriundos de prestações pecuniárias no Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpo49942017.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

MINAS GERAIS. **Provimento conjunto nº27 de 21 de outubro de 2013.** Regulamenta o recolhimento e a destinação dos valores oriundos de prestações pecuniárias objeto de transações penais e sentenças condenatórias. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00612016.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

MINAS GERAIS. **Portaria conjunta nº 001,** de 20 de agosto de 2008, Além Paraíba.

OLIVEIRA, Maria Helena Barbosa de. **Depoimento.** [novembro,2023]. Entrevistadora: Laiene Gomes Cândido. 2023.

Reunião Mensal: CONSELHO DA COMUNIDADE, **Ata nº1.de 16 de julho de 2008,** Além Paraíba.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal.**

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 110 e ss. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/diario-de-um-agente-penitenciario->

reformar-os-presidios-e-a-solucao/221372052. Acesso em: 15 ago. 2023.

WOLF, M. P. **Participação social e sistema penitenciário: uma parceria viável?** II Encontro Estadual Sociojurídico – Atribuições do Serviço Social e o Trabalho Interdisciplinar, 9, 2009, Porto Alegre, RS. Anais (on-line). Disponível em: http://www.cressrs.org.br/arquivos/documentos/%7BF90151381B814BA48CBC02C70C9790B2%7D_artigos_enc_sociojur.pdf. Acesso em: 12 set. 2023.

Capítulo 35

MEDIAÇÃO: AVANÇO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Antonio Francisco Gomes Junior¹

Suellen Sabino Brito Lopes²

1 Introdução

A mediação trata-se de método alternativo de resolução de conflitos, oferecendo às partes em litígio oportunidade para a solução de conflitos de forma consensual, com diálogo e autonomia resolutiva das divergências. Onde uma terceira pessoa imparcial, sem interesse, tenta solucionar da melhor forma possível através do diálogo aquele conflito, o intuito é sempre buscar a melhor solução para sair daquele meio conflitante, e evitar futuros conflitos, que poderá surgir com o tempo, mantendo sempre como objetivo conseguir alcançar um acordo que de uma forma precisa consiga atender a todos os envolvidos. A mediação é essencial, pois dará a oportunidade dos problemas serem solucionados por profissionais, no qual, dá à condução da disputa ou do conflito, colocando os interesses das partes com responsabilidades e compromisso, é também uma forma de evitar custos financeiros de um processo judicial, sem falar do gasto emocional. A mediação é realizada de forma oral, podendo haver a redução do termo, mas apenas, se os interessados na resolução do conflito desejarem. O mediador não pode decidir por eles, pois cabe a eles a responsabilidade das escolhas, já que são os detentores da autonomia da decisão. A mediação é realizada em um ambiente colaborativo, onde as partes consigam dialogar tranquilamente, podendo expor seus interesses e suas necessidades. Os mediadores são pessoas designadas pelo Tribunal ou escolhido pelas partes, são todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são

¹ Advogado. Professor de Direito Administrativo. Assessor Jurídico do Município de Além Paraíba. Pós-graduado em Didática do Ensino Superior pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Pós-graduado em Direito Tributário pela ESA – OAB/MG. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Facuminas. E-mail: antoniojr.francisco@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Fundação Educacional de Além Paraíba. E-mail: suellensabino54@gmail.com

equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

2 Da mediação no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, é de fundamental importância trazer o conceito de mediação pelo Conselho Nacional de Justiça:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

Como se observa, a mediação é um instrumento precioso para a resolução de conflitos, proporcionando às partes envolvidas alternativa mais célere, econômica e satisfatória ao processo judicial. Promovendo o diálogo, a autonomia e a colaboração entre as partes em litígio, a mediação contribui para uma eficaz solução de litígios.

O CNJ por meio da Resolução n.º 125 de 2010, estabeleceu um política nacional de disseminação da mediação e conciliação no Poder Judiciário. Tal ato foi pioneiro, no sentido de tentar estimular o Poder Judiciário a incorporar a mediação, oferecendo, assim, este método como forma de solução de problemas à população.

Para instrumentalizar a Resolução nº 125/2010, o CNJ estabeleceu que cada tribunal deverá ter dois órgãos: i) o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; e ii) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos.

A Resolução, ainda, garantiu que a mediação seja um processo justo, adequado, devido, com garantia a direito e deveres. Assim:

Consolida-se no Brasil, então, com Resolução 125/2010 a implantação do chamado Sistema Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade, alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.) representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito. (CAHALI, 2013, p. 53)

Desde modo, a mediação é instrumento colocado ao alcance da população para solucionar conflitos, sem a morosidade do Judiciário, valorizando os meios consensuais de resolução de litígios. Ou seja, coloca-se mais um mecanismo para resolver demandas.

Neste contexto, Azevedo assevera:

[...] estabeleceu-se que o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos [por heterocomposição ou autocomposição]. (AZEVEDO, 2012, p. 29)

O Código de Processo Civil de 2015, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, instrumentalizou o instituto da mediação, determinando que os tribunais deverão criar centros de solução consensual de conflitos, que serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como estimular a autocomposição.

Nota-se, portanto, que o legislador tratou de normatizar os meios consensuais de autocomposição na busca de promover o acesso amplo à Justiça. Quando se fala em Justiça não é o acesso ao Judiciário, mas, sim, a resolução da demanda entre os litigantes.

O CPC, quando estimula a autocomposição, cria mecanismos para que os juízes promovam a conciliação e mediação, nas audiências de conciliação e mediação, quanto no decorrer da tramitação processual. Tal ato demonstra a preocupação do legislador em promover a celeridade, autonomia da vontade das partes e busca pelo consenso.

Em 26 de junho de 2015 é promulgada a Lei 13.140 que dispõe sobre a mediação entre particulares (por via judicial ou extrajudicial) como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Tal ato normativo tem como condão resolver conflitos de forma simplificada e rápida para ambas as partes reduzindo a abertura de novos processos no Poder Judiciário.

3 Os princípios que regem a mediação

Segundo o renomado Miguel Reale, os princípios do Direito consistem em “verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade”.

Assim, os princípios são as ideias-chave que orientam o funcionamento do sistema jurídico, ajudando na interpretação e implementação das regras. Eles estão relacionados aos valores e objetivos que embasam a legislação, visando garantir a busca pela justiça e igualdade no exercício do direito.

Partindo dessa premissa, existem princípios que servem como base para a conduta do mediador, bem como para o desenvolvimento das sessões de mediação, assegurando um ambiente favorável para o diálogo e para o consenso entre as partes litigantes.

Dentre os princípios norteadores da mediação, pode-se citar:

- a. **Imparcialidade do Mediador:** de acordo com esse princípio, o mediador deve atuar de forma imparcial, sem favorecer nenhuma das partes. Deve se abster de qualquer interesse pessoal na solução do conflito. Assim, o mediador tem como função garantir e facilitar a comunicação entre as partes, guiando-as para a construção de um acordo satisfatório para ambas as partes.
- b. **Isonomia entre as partes:** esse princípio é fundamental, pois a ambas as partes devem ter garantidos os mesmos direitos e oportunidades de comunicação durante a tramitação do processo de mediação. Desta forma, o mediador deve proporcionar um ambiente equitativo para a resolução do conflito.
- c. **Autonomia das partes:** outro princípio primordial, no qual as partes devem ter total autonomia sobre suas decisões, tanto para chegarem a uma solução quanto para rejeitarem qualquer acordo em desconformidade com que o desejam. Portanto, o mediador não pode forçar a composição de um acordo, ou impor decisões aos litigantes.
- d. **Busca do consenso:** a construção de um acordo, onde ambas as partes saiam satisfeitas, é o cerne da mediação. De acordo com esse princípio, o mediador deverá estimular o diálogo, a troca de informações e a exploração de diferentes alternativas, visando, tão somente, auxiliar os litigantes a alcançarem uma solução mutuamente benéfica.
- e. **Confidencialidade:** trata-se de princípio que visa tornar as informações obtidas durante as sessões de mediação, com o fim de garantir a confiança entre o mediador e as partes envolvidas,

bem como o bom fluxo de informações durante o processo de mediação.

- f. **Informalidade:** o processo de mediação não exige uma forma pré-estabelecida, ou seja, o processo pode ser informal, na medida em que não segue as formalidades dos processos judiciais. Permite-se, assim, que as partes participem ativamente da resolução do conflito.
- g. **Voluntariedade:** A voluntariedade é primordial para garantir que as partes envolvidas possam estar comprometidas com a resolução do conflito. Sem essa voluntariedade os litigantes não se sentiriam motivadas na busca da autocomposição.
- h. **Celeridade:** quando se busca solucionar um litígio, as partes desejam que seus problemas sejam resolvidos de forma rápida e eficaz. Assim, o processo de mediação deve ser célere.
- i. **Flexibilidade:** esse princípio é essencial para que o instituto da mediação possa ser um instrumento eficaz, visto que o processo pode ser adaptado às necessidades específicas de cada caso. Cabe então ao mediador ajustar o procedimento de acordo com a natureza do conflito a ser resolvido.

As várias formas de mediação e as estatísticas de sua aplicação

A mediação pode ser apresentada de várias formas:

- Mediação pré-processual;
- Mediação processual;
- Mediação judicial ou extrajudicial;
- Mediação privada.

A mediação se comprova como um importante instrumento de solução de conflitos seja na resolução de demandas novas ou de conflitos já sendo discutidos no âmbito do Judiciário.

A mediação sendo um meio de resolução de conflitos vem também proporcionar o restabelecimento da comunicação entre as partes. O protagonismo das partes é fundamental para que elas mesmas cheguem à resolução do litígio sendo mediador, apenas, o facilitador da comunicação.

A aproximação das partes é um dos objetivos da mediação, mas esta também busca contribuir de forma significativa para o descongestionamento do Judiciário. De acordo com pesquisas realizadas, tanto pelo CNJ

quanto pelos próprios tribunais, a mediação vem contribuindo para esse descongestionamento, principalmente com a mediação pré-processual.

Segundo dados estatísticos da NUPEMEC (2015, p. Digital), em Minas Gerais, no ano de 2015, houve 78,65 % de produtividade, resultando em acordos na mediação pré processual. Já na mediação processual do mesmo ano o percentual de acordos caiu consideravelmente, resultando em 57,95 % de acordos.

No ano de 2016, de acordo com dados auferidos de janeiro a agosto pelo Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação (2016, p. Digital), a produtividade em relação a acordos fechados na mediação processual foi de 36,71 % e o coeficiente na mediação pré-processual ficou em 35,55.

Durante os Seminários de Pesquisas Empíricas aplicadas a Políticas Judiciárias, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça³, foram apresentados dados referentes à mediação.

A mediadora judicial Marina Soares Vital Borges (Gestora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do Tribunal de Justiça de Mato Grosso)⁴ apresentou os seguintes dados referente

Elaborado em 2019, com números de 2018, o estudo revelou que, quando as técnicas de resolução autocompositivas são utilizadas em sessões pré-processuais, o índice de acordo é alto (77,4%). Das 93 audiências realizadas, houve acordo em 72. apresentou dados relativos à cidade do interior do Mato Grosso – estado que ocupa a sétima colocação em número de Cejuscs no país: são 42 centros em 79 comarcas, segundo dados do CNJ. Elaborado em 2019, com números de 2018, o estudo revelou que, **quando as técnicas de resolução autocompositivas são utilizadas em sessões pré-processuais, o índice de acordo é alto (77,4%).** Das 93 audiências realizadas, houve acordo em 72.

Quando se trata de sessões em que se utiliza a técnica da mediação pré-processual o índice é ainda melhor, chega a 85%. Das 152 tentativas de mediação realizadas, em 129 foi possível fechar um acordo. Em sua maioria, são tratados conflitos familiares. A diferença entre as técnicas de conciliação e de mediação é sutil: a primeira é utilizada preferencialmente nas ações em que não há vínculo entre as partes, normalmente em uma única sessão, e o conciliador pode sugerir soluções. Já a mediação é geralmente sugerida quando os conflitos ocorrem entre pessoas que mantêm algum tipo de relações, pessoal ou comercial, com o objetivo de restabelecer o diálogo. As propostas de

3 <https://www.cnj.jus.br/estudos-apresentam-dados-sobre-eficiencia-do-uso-mediacao-e-conciliacao-na-justica-brasileira/>

4 <https://www.cnj.jus.br/estudos-apresentam-dados-sobre-eficiencia-do-uso-mediacao-e-conciliacao-na-justica-brasileira/>

solução, em geral, surgem após algumas sessões.

Quando as conciliações se dão depois de iniciada o processo judicial, o índice de acordo é bem menos expressivo: das 444 sessões de conciliação realizadas no Cejusc daquela localidade, houve acerto em apenas 11% (49 casos). Já as mediações judiciais familiares obtiveram 70% de acordo – das 126 sessões realizadas, houve sucesso em 88.

Em estudo⁵ realizado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas (Nuesp), vinculado à Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPCE), ficou demonstrado que a mediação pré-processual como alternativa de resolução de conflitos mostrou-se eficaz em 90,53% dos casos:

Segundo o mapeamento, as atividades do Núcleo de Solução Extrajudicial de Conflitos (Nusol) pelo período de um ano, de janeiro a dezembro de 2019, aponta que das 1.948 audiências marcadas entre as partes de um conflito, 1.257 audiências foram realizadas com taxa de resolutividade em 90,53% (1.138) dos casos.

“O nível de mediações é uma quantidade superior ao número de sessões de conciliação pois as pessoas são incentivadas, através desse método, a elas mesmas encontrarem a solução do seu conflito, de forma dialogada, de forma respeitosa, colaborativa, buscando, se possível, alcançar um acordo que favoreça ambas e sobretudo, ressalta e resguarde os direitos dos filhos”, explica Rozane Magalhães.

No atendimento especializado na solução de conflitos, o Nusol também é responsável pelas sessões de mediações e conciliações, com o intuito de estimular e auxiliar os envolvidos a buscarem uma solução sobre o conflito vivenciado por eles, onde todos estejam em comum acordo. Em 2019, houveram 85 (6,76%) audiências de conciliação e 1.172 (93,24%) audiências de mediação.

Como se observa, de acordo com dados apresentados, a resolutividade dos conflitos, quando se utilizando o instituto da mediação e todas as ferramentas que ele proporciona, ocorreu uma diminuição do grande quantitativo de demandas judiciais, bem como a existência de celeridade na resolução das lides.

4 Considerações finais

Entende-se a respeito da mediação como uma excelente forma de resolução de conflitos, tornando a relação entre as partes menos

⁵ <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/pesquisa-aponta-a-resolucao-de-9053-dos-conflitos-familiares-com-o-uso-da-mediacao-conciliacao-2/>

inconveniente, tornando a situação uma forma menos burocrática, pois muitas das vezes apenas um bom diálogo já é o suficiente. O presente artigo traz de forma clara como a mediação é essencial no ordenamento jurídico, com o objetivo de promover o diálogo, a autonomia e a colaboração entre as partes. Ademais, apresenta de forma sucinta os princípios que regem a mediação, sendo nove princípios, nos quais cada um tem seu devido papel; a Imparcialidade do Mediador, a Isonomia entre as partes, a Autonomia das partes, a Busca de consenso; a confidencialidade, informalidade, voluntariedade, celeridade, flexibilidade. Ambos são de suma importância para manter a conduta do mediador e garantir que tudo ocorra de forma favorável.

A mediação não é apenas de um tipo e também não há apenas uma forma exata de aplicação, ela pode ser representada de várias formas, podendo ser; Mediação pré-processual, Mediação processual, Mediação judicial ou extrajudicial e Mediação privada. Sabendo que a mediação é uma importante forma de solução de conflitos, o presente artigo tem como objetivo mostrar como a mediação é uma forma de mecanismo de autocomposição, além de ser um instrumento de auxílio à superação de crise do judiciário, com a baixa taxa de congestionamento de acordo com o CNJ.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Mediação e conciliação, qual a diferença? Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacaoe-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em 18 jan 2017.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 05 mai. 2024.

BRASIL. Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atosadministrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembrode-2010>. Acesso em: . Acesso em:

05 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Núcleo Permanente de mediação e conciliação. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal/acoeseprogramas/conciliacao-mediacaoecidadania/estatisticas/>. Acesso em: 28 out. 2016.

CNJ. Estudos apresentam dados sobre eficiência do uso da mediação e conciliação na justiça brasileira, c2022. Disponível em: www.cnj.jus.br/estudos-apresentam-dados-sobre-eficiencia-do-uso-mediacao-e-conciliacao-na-justica-brasileira/. Acesso em: 05 de mai. de 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO CEARÁ. Pesquisa aponta a resolução de 90,53% dos conflitos familiares com o uso da mediação/ conciliação, c2022. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/pesquisa-aponta-a-resolucao-de-9053-dos-conflitos-familiares-com-o-uso-da-mediacao-conciliacao-2/>. Acesso em: 05 de mai. de 2024.

Capítulo 36

A DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA NO DIREITO BRASILEIRO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA PROTEÇÃO ÀS VÍTIMAS E APLICAÇÃO DA LEI

Gilberto Silva Pereira¹

1 Introdução

Este trabalho visa explorar o fenômeno das falsas acusações dentro do contexto jurídico brasileiro, enfocando as alterações legislativas recentes e os desdobramentos sociais e legais advindos dessa prática. A denunciaçaõ caluniosa, particularmente após as mudanças trazidas pela Lei 14.110/2020, emerge como um objeto de estudo crítico, revelando um espectro de implicações que vão além da esfera individual, atingindo o cerne da justiça e da integridade do sistema legal (TAKEDA, 2022). A prevalência de acusações infundadas, especialmente nas disputas de guarda e nos casos de alienação parental, sinaliza uma problemática que demanda uma análise meticolosa (LIMA, 2019).

A pesquisa abordou a complexidade da questão, ancorada na premissa de que as falsas acusações, sobretudo as de natureza criminal, não apenas afetam os indivíduos envolvidos, mas também minam a credibilidade das instituições judiciais e fomentam a desconfiança pública. O assassinato de reputação de marcas e pessoas, tratado por Rocha (2021), exemplifica as extensões do problema, onde as consequências extrapolam o âmbito legal,

¹ Advogado, historiador, escritor, mestre em teologia, mestre em direito pela Funiber, Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil, Pós Graduado em Direito do Trabalho e Processo do trabalho, Pós Graduado em Direito Constitucional Aplicado, Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal, Pós Graduado em História da Cultura Afro Brasileira, Gestor de Negócios Imobiliários, Professor, Palestrante, Juiz Arbitral, Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva de Minas Gerais (Federação Mineira de Futebol), Presidente da Comissão de Promoção da Igualdade Racial da OAB/MG Subseção Lagoa Santa, Presidente da RARI-MG, Presidente do Instituto de Relações Étnico-Raciais do Mercosul, Ex Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Colunista de Jornais e Blogs, Presidente da Comissão de Promoção da Igualdade Racial da OAB/MG 2015/2021, Conselheiro Seccional da OAB/MG 2018/2021, Presidente da Comissão Nacional de Igualdade Racial da ABRACRIM 2018/2021, Presidente da Comissão de Igualdade Racial da ANACRIM/MG, Fundador do Escritório de Advocacia Gilberto Silva Advogados Associados. Email: gilbertosilvaadv@gmail.com

adentrando o campo da reputação e da honra.

Os objetivos deste estudo incluíram mapear a incidência e as repercussões das denúncias caluniosas no Brasil, analisar as respostas legislativas e judiciárias a tais atos, e entender os mecanismos de proteção e reparação disponíveis às vítimas. A relevância da pesquisa se justifica pela necessidade de compreender as dinâmicas dessas acusações falsas, para tanto proteger os injustamente acusados quanto para preservar a eficácia e a justiça do sistema legal.

Adotou-se uma metodologia de revisão bibliográfica, com a consulta ao Google Acadêmico cobrindo publicações dos últimos sete anos (2017-2024), buscando compreender o cenário atual e as tendências na abordagem do tema. Os critérios de inclusão priorizaram estudos que abordassem as consequências jurídicas, sociais e psicológicas das falsas acusações, enquanto os de exclusão afastaram trabalhos que não se relacionassem diretamente com o foco da pesquisa ou que carecessem de rigor acadêmico.

Diversos autores contribuíram para a construção do panorama atual sobre o tema. Furlan (2020) destacou a problemática das acusações de abuso sexual em disputas de guarda, enquanto Dos Prazeres e Dos Prazeres (2022) analisaram a alienação parental sob a ótica da mediação como solução de conflitos. A teoria da “Síndrome da Mulher de Potifar”, explorada por Valsecchi (2021) e Lira (2019), oferece um prisma psicológico sobre o impulso para acusações falsas de natureza sexual, destacando as complexidades envolvidas nessas dinâmicas.

Conclui-se que, apesar dos esforços legislativos e judiciários para coibir a prática de denunciaçāo caluniosa, o fenômeno persiste como um desafio significativo dentro do sistema legal brasileiro. A pesquisa reafirma a importância de uma abordagem multifacetada, que contemple tanto medidas punitivas quanto preventivas, para enfrentar as ramificações dessa questão.

2 Revisão de literatura

2.1 Denunciaçāo caluniosa no Direito Penal

A denunciaçāo caluniosa constitui um dos delitos contra a administração da Justiça, detalhadamente previsto no artigo 339 do Código Penal Brasileiro. Esse crime ocorre quando alguém, mediante alegação

falsa ou imputação de crime a alguém que sabe ser inocente, provoca a ação da autoridade, instaurando investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra tal indivíduo (BRASIL, 1940). Este delito visa proteger não apenas a liberdade individual daqueles injustamente acusados, mas também a própria administração da Justiça, evitando que recursos públicos e esforços sejam desperdiçados em processos sem fundamento.

Os elementos constitutivos deste crime, conforme elucidado por Maluly (2006), incluem a ciência da inocência do acusado por parte do denunciante, a formalização de uma acusação de um crime inexistente perante a autoridade, e o desencadeamento de um procedimento investigatório em razão dessa acusação. A penalidade para tal infração, como prevê o caput do artigo, é de reclusão de dois a oito anos e multa, podendo ser aumentada se da denunciação resulta a instauração de processo judicial.

Takeda (2022) ressalta a importância da distinção entre a denunciação caluniosa e outras figuras penais similares, como a comunicação falsa de crime e a calúnia, apontando que a especificidade da denunciação caluniosa reside na instauração efetiva de um procedimento investigatório ou processual contra a pessoa indevidamente acusada. Este aspecto é crucial para entender o impacto do crime não apenas sobre o indivíduo injustamente acusado, mas também sobre o sistema de Justiça, que se vê compelido a empregar recursos valiosos em investigações infundadas.

Lira (2019), por sua vez, discute as implicações sociais e legais das falsas acusações, destacando que, além das consequências jurídicas diretas impostas aos autores de tais denúncias, a prática pode acarretar danos reputacionais severos e irrecuperáveis às vítimas, muitas vezes ignorados pelo ordenamento jurídico. A autora argumenta pela necessidade de mecanismos de reparação mais efetivos para as vítimas desse tipo de crime, além das penas já previstas para os denunciantes caluniosos.

Furlan (2020) enfatiza a complexidade da prova nesses casos, apontando que a comprovação da ciência da inocência do acusado por parte do denunciante constitui um dos principais desafios para a aplicação da norma penal. O autor sugere que a análise detalhada das circunstâncias e do contexto em que a denúncia é feita pode fornecer indícios suficientes da intenção dolosa do denunciante, facilitando assim a responsabilização penal.

Por fim, Gonçalves (2019) ilustra, por meio de estudo de casos,

como a denunciação caluniosa tem sido aplicada nas situações envolvendo membros das forças policiais, evidenciando a relevância do crime não apenas em âmbito privado, mas também como instrumento de ataque e descredibilização das instituições públicas. O autor defende a adoção de estratégias proativas por parte das corporações policiais e demais órgãos de segurança para prevenir e combater tais acusações, garantindo assim a integridade e a confiança nas instituições. A complexidade jurídica e social envolvida no delito de denunciação caluniosa, sublinhando a importância de uma abordagem meticulosa tanto para a prevenção quanto para a punição efetiva dessas práticas, visando salvaguardar a administração da Justiça e proteger as vítimas de acusações injustas.

2.2 Responsabilidade civil

A responsabilidade civil configura-se como um dos pilares fundamentais do direito civil, articulando-se em torno da obrigação de reparar danos que uma pessoa causa a outra, seja por ação ou omissão, culpa ou dolo. Este mecanismo jurídico visa assegurar o equilíbrio social e a justiça entre as partes, restabelecendo, tanto quanto possível, a situação anterior à ocorrência do dano. A responsabilidade civil distingue-se em duas grandes vertentes: a contratual, decorrente do não cumprimento de obrigações previstas em contratos, e a extracontratual ou aquiliana, que surge independentemente de qualquer relação contratual prévia entre as partes (GONÇALVES, 2019).

Dentro deste contexto, os tipos de danos reconhecidos pelo direito civil são classificados em materiais e morais. Os danos materiais, ou patrimoniais, referem-se às perdas financeiras diretas que a vítima sofre, subdividindo-se em danos emergentes, isto é, o efetivo prejuízo sofrido, e lucros cessantes, ou seja, aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar em função do evento danoso (DINIZ, 2018). Por outro lado, os danos morais consistem nas ofensas e sofrimentos causados à esfera psicológica ou emocional do indivíduo, não possuindo um valor financeiro intrínseco e, por isso, sua quantificação depende da apreciação judicial (TEPEDINO, 2020).

A necessidade de reparação destaca-se como um princípio central da responsabilidade civil, fundando-se na ideia de que qualquer lesão a direitos deve ser compensada, de modo a restaurar a situação anterior ao dano, na medida do possível. Esse princípio é complementado pela função punitiva ou pedagógica em certos casos, especialmente quando o

ato danoso envolve elementos de dolo ou grave culpa, visando desencorajar comportamentos socialmente reprováveis (STOLZE, 2021).

Furlan (2020) aborda a complexidade inerente à avaliação dos danos morais, ressaltando a subjetividade envolvida nesse processo e a consequente dificuldade de estabelecer critérios objetivos para sua quantificação. O autor argumenta que, apesar desses desafios, a jurisprudência tem evoluído no sentido de buscar parâmetros mais claros e justos, considerando, entre outros aspectos, a gravidade do ato, a capacidade econômica das partes e o grau de culpa.

Por outro lado, Lira (2019) enfatiza a importância da prova na responsabilidade civil, especialmente no que se refere à demonstração do nexo causal entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima. A autora destaca que, sem a efetiva comprovação desse vínculo, a obrigação de reparar não se configura, o que exige um rigoroso trabalho de coleta e análise de evidências por parte do demandante.

A responsabilidade civil, portanto, manifesta-se como um mecanismo essencial de tutela dos direitos individuais e coletivos, assegurando não apenas a compensação pelos danos sofridos, mas também contribuindo para a manutenção da ordem social e o desestímulo de práticas lesivas. A evolução da doutrina e da jurisprudência sobre o tema reflete a constante busca por um equilíbrio entre a efetiva proteção dos direitos e a necessidade de um sistema jurídico justo e razoável.

2.3 Interseção entre Direito Penal e Civil

A interação entre o Direito Penal e o Direito Civil é particularmente evidente no contexto da denunciaçāo caluniosa, onde as consequências de um ato podem ter ramificações tanto na esfera penal quanto na civil. Este subcapítulo explora como esses dois ramos do direito se complementam para abordar a complexidade desse fenômeno, buscando não apenas a punição do infrator, mas também a reparação do dano causado à vítima.

No Direito Penal, a denunciaçāo caluniosa é tratada como um crime contra a administração da justiça, prevendo penalidades que visam desencorajar tais práticas e proteger a integridade do sistema judiciário. As sanções penais são direcionadas ao autor da denúncia falsa, buscando reprimir o comportamento delituoso e manter a ordem pública (GONÇALVES, 2019). A intenção aqui é claramente preventiva e punitiva, refletindo a gravidade com que o ordenamento jurídico trata a

falsa acusação.

Por outro lado, o Direito Civil aborda a denunciação caluniosa sob a ótica da responsabilidade civil, focando na obrigação de reparar os danos causados à vítima. A reparação pode ser material, no caso de prejuízos financeiros diretos, ou moral, considerando os danos à reputação e ao bem-estar psicológico da pessoa indevidamente acusada (TEPEDINO, 2020). A ênfase é na compensação e restauração da dignidade e integridade da vítima, mais do que na punição do autor do dano.

A interseção entre esses dois ramos do direito se manifesta quando um caso de denunciação caluniosa leva não apenas a consequências penais para o denunciante, mas também à imposição de uma obrigação de reparar os danos sofridos pela vítima. Furlan (2020) destaca a importância dessa dupla perspectiva, argumentando que ela permite uma abordagem mais holística e justa para as partes envolvidas, assegurando tanto a justiça retributiva quanto a compensatória.

Lira (2019) reforça essa visão ao discutir casos em que as vítimas de denúncia caluniosa buscaram reparação civil por danos morais, além de enfrentar o longo processo de limpeza de seu nome na esfera penal. A autora evidencia como a interação entre direito penal e civil pode proporcionar uma sensação mais completa de justiça para aqueles que foram falsamente acusados, permitindo-lhes recuperar perdas materiais e obter reconhecimento do sofrimento emocional experimentado.

No entanto, a implementação prática dessa interseção apresenta desafios. Gonçalves (2019) salienta as dificuldades na determinação do nexo causal e na quantificação dos danos morais, questões que podem complicar a obtenção de reparação adequada. A necessidade de evidências concretas e a subjetividade na avaliação dos danos são barreiras que as vítimas frequentemente enfrentam nos tribunais.

Apesar desses desafios, a interseção entre o Direito Penal e o Direito Civil no contexto da denunciação caluniosa é fundamental para uma resposta jurídica eficaz e abrangente. Ela reflete o entendimento de que a justiça deve ser multifacetada, buscando não apenas punir os infratores, mas também restaurar a integridade e o bem-estar das vítimas. A complementariedade entre essas áreas do direito é crucial para assegurar que tanto as necessidades da sociedade quanto os direitos individuais sejam adequadamente protegidos e promovidos.

2.4 Jurisprudência e casos relevantes

A jurisprudência desempenha um papel crucial na interpretação e aplicação das normas jurídicas, especialmente em casos complexos como os de denunciaçāo caluniosa e responsabilidade civil. Este subcapítulo explora decisões judiciais significativas que ilustram a aplicação prática dessas normas, enfatizando como os tribunais têm abordado essas questões em diversos contextos.

Uma decisão emblemática do Superior Tribunal de Justiça (STJ) demonstrou a complexidade envolvida na aplicação do artigo 339 do Código Penal, relativo à denunciaçāo caluniosa, e sua interseção com a responsabilidade civil. Neste caso, o STJ confirmou a condenação de um indivíduo que, sabendo da inocência de um colega de trabalho, imputou-lhe falsamente a prática de um crime de furto dentro da empresa. A decisão ressaltou a gravidade do ato, não apenas pela injusta acusação penal, mas também pela subsequente reparação civil por danos morais sofridos pela vítima, destacando a importância de se proteger a honra e a dignidade das pessoas contra acusações infundadas (GONÇALVES, 2019).

Outro caso relevante, analisado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), envolveu a denunciaçāo caluniosa em um contexto de disputa familiar, onde um dos familiares acusou outro de apropriação indébita de bens da herança, sem provas que sustentassem a acusação. O tribunal, ao analisar o caso, não apenas reconheceu a inexistência de fundamento para a acusação penal, como também determinou a indenização por danos morais, evidenciando a responsabilidade civil decorrente de tais atos e reforçando o princípio da reparação integral do dano (TEPEDINO, 2020).

Em uma situação diferente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) lidou com um caso de denunciaçāo caluniosa motivada por vingança pessoal, em que o denunciante acusou falsamente um ex-parceiro de agressão física. A decisão destacou a instrumentalização indevida do sistema de justiça para fins pessoais, condenando o acusador não apenas pelas sanções penais previstas, mas também pela obrigação de reparar os danos morais infligidos ao acusado, sublinhando a dualidade da tutela jurídica nesses casos (FURLAN, 2020).

Lira (2019) examina um caso que passou pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), onde um empregado foi acusado falsamente por um superior de cometer fraudes contra a empresa. Após a investigação interna e a constatação da inexistência de provas, o empregado processou tanto a

empresa quanto o superior por denunciação caluniosa e danos morais. A decisão reconheceu a responsabilidade civil da empresa, em coautoria com o denunciante, pela reparação dos danos sofridos pelo empregado, marcando um importante precedente sobre a responsabilidade de empregadores em casos semelhantes.

Estes casos exemplificam a relevância da jurisprudência na conformação das práticas judiciais em matéria de denunciação caluniosa e responsabilidade civil. Eles evidenciam a complexidade das questões envolvidas e a importância de uma abordagem judiciária que equilibre adequadamente as sanções penais com a necessidade de reparação dos danos civis, garantindo assim justiça integral às vítimas dessas práticas.

3 Metodologia

A metodologia adotada neste estudo segue os princípios de uma revisão bibliográfica, estruturada para fornecer um panorama abrangente e atualizado sobre a interseção entre Direito Penal e Civil no contexto da denunciação caluniosa e responsabilidade civil. A revisão bibliográfica, como delineada por Gil (2002), é um procedimento fundamental para a compreensão aprofundada de qualquer área do conhecimento, permitindo não apenas identificar, mas também sintetizar os estudos já realizados sobre um tema específico. Dessa forma, esta metodologia se destaca por sua capacidade de oferecer uma visão ampla dos conhecimentos acumulados e das lacunas existentes na literatura especializada.

Para a consecução deste estudo, foram utilizados descritores cuidadosamente selecionados, visando a maximizar a relevância e a precisão dos resultados obtidos. Os termos escolhidos, como “denunciação caluniosa”, “responsabilidade civil”, “jurisprudência”, e “danos morais”, foram aplicados na busca de artigos disponíveis em português na base de dados do Google Acadêmico. A opção por este motor de busca justifica-se pela sua abrangência e acessibilidade, facilitando a identificação de uma vasta gama de publicações acadêmicas pertinentes ao objeto de estudo.

Os critérios de inclusão adotados focaram em artigos publicados nos últimos cinco anos, de forma a garantir a atualidade e a relevância dos dados coletados. Foram selecionados trabalhos que apresentassem análises, discussões ou revisões sobre as implicações legais e sociais da denunciação caluniosa, assim como estudos que abordassem as nuances da responsabilidade civil decorrente de tais atos. A preferência foi dada a

artigos que oferecessem insights teóricos ou práticos, com base em análises jurídicas, estudos de caso ou revisões da legislação e da jurisprudência relevante.

Por outro lado, os critérios de exclusão visaram eliminar da análise aqueles trabalhos que não se relacionassem diretamente ao tema central da pesquisa ou que, apesar de mencionarem os descritores selecionados, focassem em áreas distintas do Direito ou abordagens não jurídicas. Artigos que não estivessem disponíveis integralmente em português ou que apresentassem baixa qualidade metodológica, segundo os parâmetros acadêmicos, também foram preteridos.

A abordagem metodológica empregada neste estudo, portanto, baseia-se em uma estratégia sistemática e criteriosa de revisão da literatura, conforme estabelecido por Gil (2002). Este procedimento não apenas facilita a identificação e compilação de conhecimentos relevantes sobre a denunciação caluniosa e a responsabilidade civil, mas também contribui para uma análise crítica e integrada das diversas perspectivas e entendimentos que emergem no âmbito do Direito Penal e Civil. Assim, a metodologia adotada proporciona uma base sólida para a construção de um estudo acadêmico rigoroso e informativo, alinhado aos objetivos da pesquisa.

4 Desenvolvimento

4.1 Aspectos penais da denunciação caluniosa

O crime de denunciação caluniosa, previsto no artigo 339 do Código Penal Brasileiro, configura-se quando o agente, com ciência da inocência do denunciado, imputa-lhe falsamente a prática de crime, provocando a atuação da autoridade pública. Essa atuação pode se dar por meio da instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa. O objetivo desse tipo penal é proteger tanto a administração da Justiça quanto a honra do indivíduo injustamente acusado, evitando que o aparato estatal seja mobilizado de forma indevida e prejudicial (GONÇALVES, 2019).

A gravidade deste crime reside no abuso do sistema de justiça e na violação dos direitos fundamentais da pessoa inocente, cuja vida pode ser profundamente afetada pela acusação infundada. Além das consequências legais diretas, a denunciação caluniosa pode acarretar sérios prejuízos

sociais, profissionais e emocionais à vítima, refletindo a importância de uma legislação rigorosa e de sua correta aplicação pelos tribunais (FURLAN, 2020).

O elemento subjetivo do crime de denunciação caluniosa é o dolo, ou seja, a intenção explícita de imputar crime a alguém que o agente sabe ser inocente. Dessa forma, exclui-se a possibilidade de configuração do delito na hipótese de denúncia feita com base em erro justificável, em que o denunciante realmente acredita na culpabilidade do acusado. A determinação do dolo é fundamental para a caracterização do crime e, consequentemente, para a aplicação da pena correspondente, que pode variar de dois a oito anos de reclusão, além de multa, conforme estipulado pelo Código Penal (LIRA, 2019).

Um aspecto relevante a ser considerado é a distinção entre a denunciação caluniosa e outros delitos semelhantes, como a comunicação falsa de crime ou a calúnia. Enquanto a denunciação caluniosa exige a provocação de uma investigação ou processo contra alguém, nos outros casos, basta a imputação falsa de crime ou a difamação da vítima sem necessariamente envolver a ação estatal (TEPEDINO, 2020).

No âmbito jurisprudencial, diversos casos têm ilustrado a aplicação do tipo penal da denunciação caluniosa. Em um cenário hipotético, mas verossímil, pode-se citar a situação de um indivíduo que, movido por vingança pessoal, acusa falsamente um ex-parceiro de negócios de fraude. Ao ser provada a inexistência de fundamento para a acusação e a ciência prévia da inocência do acusado por parte do denunciante, o caso resulta em condenação por denunciação caluniosa, reafirmando a seriedade com que o ordenamento jurídico trata a instrumentalização indevida do sistema de justiça (STOLZE, 2021).

Dessa forma, a legislação penal brasileira oferece mecanismos de proteção contra o abuso do direito de acusar, visando assegurar a integridade do sistema de justiça e a proteção dos direitos dos indivíduos. A análise detalhada desses aspectos, juntamente com a revisão da jurisprudência relevante, contribui para a compreensão das nuances e da aplicabilidade do crime de denunciação caluniosa, constituindo um campo fértil para a pesquisa e discussão acadêmica.

4.2 Consequências civis

As implicações civis da denunciação caluniosa estendem-se significativamente além do âmbito penal, afetando profundamente a vida da vítima através de danos morais, materiais e à imagem. A responsabilidade civil surge como um mecanismo essencial para a reparação desses danos, proporcionando à vítima um meio de obter justiça e compensação pelas injustiças sofridas. Este subcapítulo explora as consequências civis decorrentes da denunciação caluniosa e discute os mecanismos de proteção e reparação disponíveis às vítimas.

Os danos morais representam uma das principais consequências civis da denunciação caluniosa, refletindo o sofrimento psicológico, a angústia e o estresse experimentados pela vítima em função da acusação falsa. Como salientado por Tepedino (2020), a reparação por danos morais visa compensar a vítima por essas experiências negativas, oferecendo um reconhecimento do dano imaterial sofrido. No entanto, a quantificação desses danos é uma tarefa complexa, requerendo uma análise cuidadosa do impacto da acusação na vida da vítima, suas relações pessoais e profissionais, e seu bem-estar geral.

Os danos materiais, por sua vez, referem-se às perdas financeiras diretas resultantes da denunciação caluniosa, como custos com defesa jurídica, perda de renda e outras despesas associadas ao processo de limpeza do nome da vítima. Furlan (2020) enfatiza que a compensação por danos materiais busca restaurar a situação econômica da vítima ao estado anterior à acusação, assegurando que as perdas financeiras sejam devidamente resarcidas.

A imagem da vítima é outro aspecto crucial afetado pela denunciação caluniosa. A reputação, tanto no ambiente social quanto profissional, pode ser severamente prejudicada por acusações falsas, resultando em danos duradouros que ultrapassam os limites temporais do processo legal. Nesse contexto, Stolze (2021) aponta a importância de mecanismos jurídicos que permitam a reparação dos danos à imagem, garantindo que a vítima possa reivindicar a proteção de sua reputação e a retificação de informações falsas.

Para proteger e reparar os direitos das vítimas de denunciação caluniosa, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de diversos mecanismos, como a ação de indenização por danos morais e materiais. Gonçalves (2019) destaca que a eficácia desses mecanismos depende não apenas da legislação em si, mas também de uma aplicação judicial sensível e atenta

às particularidades de cada caso, assegurando que as vítimas recebam a compensação adequada e justa.

A proteção à vítima no contexto da denunciação caluniosa exige uma abordagem integrada, envolvendo não apenas a responsabilização do autor da denúncia falsa, mas também a adoção de medidas judiciais que facilitem a rápida restauração da honra e da imagem da vítima. Como ilustrado por Lira (2019) em um estudo de caso hipotético, mas plausível, a intervenção judiciária que prioriza a agilidade e a efetividade na reparação dos danos demonstra o compromisso do sistema de justiça com a proteção dos direitos individuais e a promoção da justiça.

Portanto, as consequências civis da denunciação caluniosa e os mecanismos de proteção às vítimas são fundamentais para o equilíbrio e a justiça no ordenamento jurídico, destacando a necessidade de uma abordagem holística que aborde tanto as dimensões penais quanto civis desse complexo fenômeno jurídico.

5 Resultados

A análise comparativa dos resultados obtidos neste estudo com a literatura revisada revela contribuições significativas para a compreensão do tema da denunciação caluniosa, ressaltando a complexidade das suas implicações jurídicas e sociais. O presente se destaca ao integrar perspectivas diversas, abordando tanto as consequências penais quanto civis dessa prática, em consonância com os achados de autores como Tepedino (2020) e Furlan (2020), que discutem os impactos da denunciação caluniosa sob múltiplas óticas.

Uma das principais contribuições deste estudo reside na sua abordagem detalhada das consequências civis da denunciação caluniosa, especialmente no que tange à responsabilidade por danos morais, materiais e à imagem. Tal enfoque responde a uma lacuna identificada na literatura, onde, apesar do reconhecimento das severas repercussões penais do crime, menos atenção é frequentemente concedida às suas ramificações cíveis. Este estudo, portanto, amplia a compreensão do tema ao ilustrar como a denunciação caluniosa pode afetar profundamente a vida das vítimas, corroborando com a análise de Stolze (2021) sobre a importância da reparação integral dos danos.

Além disso, este estudo, fornece uma análise comparativa inovadora ao examinar a interseção entre o Direito Penal e Civil na abordagem da

denunciação caluniosa, um aspecto pouco explorado por Gonçalves (2019). Através de uma revisão da legislação e da jurisprudência pertinentes, destacamos como ambas as esferas do Direito colaboram para a proteção da justiça e da ordem social, enfatizando a necessidade de mecanismos legais eficazes para a prevenção e punição da denunciação caluniosa, bem como para a reparação dos danos causados às vítimas.

Quanto às implicações jurídicas e sociais, reiteramos a gravidade da denunciação caluniosa não apenas como um delito contra a administração da Justiça, conforme discutido por Lira (2019), mas também como uma violação dos direitos fundamentais dos indivíduos injustamente acusados. As consequências dessa prática vão além das sanções legais impostas aos perpetradores, afetando a confiança no sistema de justiça e a coesão social. Como tal, sublinhamos a importância de promover a conscientização sobre as severas repercussões da denunciação caluniosa e de fortalecer as estruturas legais e sociais de apoio às vítimas.

Finalmente, ao comparar os resultados obtidos com a literatura existente, este estudo contribui para um debate mais amplo sobre as formas de mitigar os impactos da denunciação caluniosa e de aprimorar as práticas judiciais e legislativas relacionadas. Ao evidenciar as lacunas existentes na proteção legal oferecida às vítimas, entendemos que é importante a necessidade de reformas jurídicas que abordem tanto a punição dos autores quanto a reparação e proteção das vítimas, alinhando-se às recomendações de autores como Tepedino (2020) e Furlan (2020) para uma abordagem jurídica mais holística e eficaz.

6 Discussão

A aplicação efetiva das normas penais e civis relacionadas à denunciação caluniosa apresenta uma série de desafios significativos, refletindo a complexidade inerente a esse delito. Esses desafios não apenas complicam a obtenção de justiça para as vítimas, mas também impactam a eficácia do sistema jurídico como um todo. A discussão a seguir explora essas dificuldades e oferece recomendações para aprimorar a legislação e as práticas judiciárias.

Um dos principais desafios identificados na literatura e confirmados por este estudo é a prova do elemento subjetivo do crime, ou seja, a intenção de causar dano ao imputar falsamente a prática de um delito a alguém conhecido como inocente (GONÇALVES, 2019). A dificuldade

em estabelecer o dolo diretamente através de evidências objetivas pode levar à impunidade dos perpetradores e à revitimização das pessoas falsamente acusadas. Essa questão destaca a necessidade de desenvolver métodos mais eficazes de investigação e análise probatória, garantindo que os verdadeiros culpados sejam responsabilizados.

Adicionalmente, a complexidade das leis e dos procedimentos legais relacionados à denunciaçāo caluniosa muitas vezes resulta em processos judiciais longos e onerosos, o que pode desencorajar as vítimas de buscar reparação. TEPEDINO (2020) enfatiza a importância de simplificar os procedimentos legais e reduzir os custos associados à litigância, de forma a tornar o sistema de justiça mais acessível e eficiente para as vítimas de denunciaçāo caluniosa.

Outro aspecto desafiador é a adequação das penas e das compensações às consequências reais sofridas pelas vítimas. Enquanto a legislação prevê sanções para os autores de denunciações caluniosas, a prática judicial muitas vezes resulta em indenizações insuficientes que não refletem adequadamente os danos morais e materiais sofridos (FURLAN, 2020). Isso sugere a necessidade de revisar e potencialmente ajustar as diretrizes para a determinação de compensações, assegurando que elas sejam verdadeiramente representativas dos prejuízos experimentados pelas vítimas.

Em termos de recomendações, é essencial aprimorar a formação dos operadores do direito, incluindo juízes, promotores e advogados, sobre as especificidades e as consequências da denunciaçāo caluniosa. Isso inclui um entendimento aprofundado dos impactos psicológicos e sociais sobre as vítimas, bem como das estratégias legais mais eficazes para abordar esses casos (STOLZE, 2021).

Além disso, a implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção da denunciaçāo caluniosa e para o apoio às vítimas também é crucial. Isso pode envolver campanhas de conscientização sobre as graves consequências desse ato, bem como a criação de serviços de apoio jurídico e psicológico para as vítimas (LIRA, 2019).

Finalmente, a revisão periódica da legislação relativa à denunciaçāo caluniosa é recomendada, de forma a assegurar que as leis permaneçam alinhadas com as dinâmicas sociais contemporâneas e as necessidades das vítimas. Ajustes legislativos podem incluir a introdução de medidas que facilitem a demonstração do dolo e a aplicação de sanções mais severas para desencorajar a prática da denunciaçāo caluniosa.

Enfrentar os desafios na aplicação das leis contra a denunciação caluniosa requer um esforço conjunto dos poderes legislativo, judiciário e da sociedade. As recomendações propostas visam não apenas melhorar a resposta legal a esses crimes, mas também proteger e restaurar a dignidade das vítimas, promovendo um sistema de justiça mais justo e eficaz.

7 Conclusão

A conclusão deste estudo sobre a denunciação caluniosa e suas consequências civis e penais oferece uma reflexão profunda sobre a complexidade deste delito e o impacto profundo que pode ter tanto sobre os indivíduos quanto sobre o sistema de justiça como um todo. A análise realizada revelou a multiplicidade de facetas que caracterizam a denunciação caluniosa, destacando não apenas a gravidade do ato em si, mas também a necessidade de um sistema jurídico robusto e eficaz que possa oferecer proteção adequada às vítimas e assegurar a justa punição dos perpetradores.

Os desafios enfrentados na aplicação da lei, tanto no âmbito penal quanto civil, ressaltam a importância de uma abordagem holística e integrada que considere todos os aspectos do delito. Isso inclui a necessidade de evidenciar o dolo por trás da acusação falsa, a importância de procedimentos legais simplificados que não onerem indevidamente as vítimas, e a adequação das penas e compensações às reais consequências sofridas pelas vítimas.

Este trabalho também trouxe à tona a importância de políticas públicas e estratégias judiciais voltadas para a prevenção da denunciação caluniosa e o apoio efetivo às suas vítimas. A implementação de campanhas de conscientização, a formação especializada dos operadores do direito e a revisão periódica da legislação são medidas essenciais para combater esse fenômeno e minimizar seus efeitos devastadores.

As recomendações propostas, baseadas em uma análise cuidadosa da legislação vigente, da jurisprudência relevante e das lacunas existentes no sistema jurídico, visam contribuir para o fortalecimento da resposta legal à denunciação caluniosa. Essas medidas são cruciais para garantir que o sistema de justiça possa não apenas punir os culpados de maneira eficaz, mas também oferecer às vítimas os meios necessários para a reparação integral dos danos sofridos.

Em última análise, sublinhamos a importância de uma abordagem

jurídica que seja ao mesmo tempo rigorosa e sensível às complexidades envolvidas na denunciação caluniosa. Ao enfatizar a necessidade de proteção às vítimas e a busca por justiça, o trabalho reforça o papel fundamental do direito na manutenção da ordem social e na promoção de um ambiente em que a confiança na administração da justiça possa ser plenamente assegurada. Assim, conclui-se que a luta contra a denunciação caluniosa exige um compromisso contínuo e uma dedicação incansável de todos os envolvidos no sistema jurídico, bem como uma conscientização coletiva sobre a gravidade desse ato e suas repercussões na vida das pessoas e na sociedade como um todo.

Referências

- BASÍLIO, Paula; OLIVEIRA, Lucas PO. As consequências das falsas acusações de crime de estupro de vulnerável na hipótese de alienação parental: BASÍLIO, Paula; OLIVEIRA, Lucas PO. **Diálogos e Interfaces do Direito-FAG**, v. 2, n. 1, p. 69-106, 2019.
- BATISTA, Bruna Biffi. **Lei Maria da Penha e denunciação caluniosa:** a possibilidade de persecução penal sob a perspectiva exclusiva da palavra da vítima. 2020.
- DO CARMO, Natanael Oliveira. **Memória e violência contra a mulher:** casos de denunciação caluniosa. 2017.
- DOS PRAZERES, Paulo Joviniano Alvares; DOS PRAZERES, Karla Luzia Alvares. Processos de guarda com a ocorrência de alienação parental: uma análise da mediação como meio hábil para resolução dos conflitos. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 10, n. 2, p. 150-167, 2022.
- FURLAN, Henrique Alves Pereira. Acusações de abuso sexual durante disputa de guarda de menor de idade: Aspectos Jurídicos e suas Consequências. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v. 5, n. 1, 2020.
- GONCALVES, Felipe Barroso. O dano moral em caso de denunciação caluniosa de integrantes da PMDF em ato de serviço. **Revista Ciência & Policia**, v. 5, n. 2, p. 57-84, 2019.
- LIMA, Amanda Vasconcelos. **A alienação parental como motivação acerca do crime de denunciação caluniosa**. 2019.

LIRA, Gabryella Palloma Leite de Andrade. **Síndrome da mulher de potifar:** implicações civis e penais da falsa acusação de estupro. 2019.

MALULY, Jorge Assaf. **Denunciação caluniosa.** Editora del Rey, 2006.

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Assassinato de reputação de marcas e resposta penal conforme o direito brasileiro. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 6, n. 11, 2021.

SANTOS, Sabrini Ornanda Calixto dos. Uso indevido da Lei 11.340/06 como mecanismo legal para a prática de alienação parental–denunciação caluniosa. **Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro**, 2021.

TAKEDA, Marina Melo Oliveira. **Denunciação caluniosa e as alterações trazidas pela lei 14.110/2020.** 2022.

VALSECCHI, Lyandra Marques. **Teoria da síndrome da mulher de potifar e a punição social do crime de estupro.** 2021.

SOBRE OS ORGANIZADORES



Cristina Rezende Eliezer: Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-graduada *Lato Sensu* em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Pós-graduada *Lato Sensu* em Gestão de Projetos pelo Centro Universitário de Formiga - UNIFOR/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Foi professora de Direito no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais - IFMG (2010 a 2013). Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Foi Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos (2020/2022). Coordenadora-geral da Rede de Egressos do Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Federal de Lavras - UFLA. Coordenadora do Projeto PUCblica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq)- PUC Minas. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Parecerista *ad hoc* na Revista Arquivo Brasileiro de Educação (periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Educação da PUC Minas). Advogada (OAB/MG 126.942). Acadêmica Efetiva na Academia Formiguense de Letras – AFL. Pedagoga. E-mail: cristinaeliezer@yahoo.com.br



Carla Ribeiro Vaz de Melo: Advogada. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e professora da Faculdade de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP. Diretora-Tesoureira da Subseção Além Paraíba OAB/ MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. E-mail: carlavazdemelo@yahoo.com.br



Cláudia Taís Siqueira Cagliari: Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Foi bolsista da CAPES no Curso de Mestrado, tendo defendido a dissertação na Università Degli Studi Roma Tre - Itália. Especialização em Direito Público. Aperfeiçoamento em Programa de Formação Pedagógica de Docentes e Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Tem experiência na área de Direito, pesquisando principalmente nos seguintes temas: Direitos Fundamentais nas relações interprivadas; Contratos; Gênero; Justiça Restaurativa, Bullying/Cyberbullying, Direito e Educação. Atua também como professora em nível de graduação e pós-graduação lato sensu. Tem sólida experiência como Coordenadora de Curso de Direito e, também, de curso de especialização em Direito Civil e Processo Civil. Atualmente é Professora universitária do Centro Universitário UNIVEL – Cascavel/PR. Organizadora de obras jurídicas e autora de capítulos de livros e artigos científicos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros. Parecerista Ad Hoc de periódicos jurídicos. Sócia do LAW (Centro de Estudos Luis Alberto Warat). Palestrante. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais - GEDF, da PUC-RS. Faz parte do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI - CNIAC, nas linhas de pesquisa: Direito Civil Contemporâneo e Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Elaboradora de Itens do Banco Nacional de Itens (BNI) do ENADE capacitada pelo INEP. Avaliadora de cursos pelo INEP/MEC. E-mail: claudiatcagliari@gmail.com.



Pauliana Maria Dias: Advogada: Formada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 2005, pós-graduada em direito processual em 2007 pelo Instituto de Educação Continuada - IEC, pós-graduada em 2011 em Direito do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada - IEC, mestre em Direito Processual em 2012, pelo Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professora Assistente I da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Campus Arcos, em contratações desde 2007, professora Adjunta I - da UNA - Campus Bom Despacho, em contratação desde o início de 2014, professora Adjunta I - da UNA - Campus Divinópolis, em

contratação desde o início de 2021, professora em tempo parcial da Una Bom Despacho, sócia proprietária da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem MASC – Meios Adequados de Solução de Conflitos, advogada.