

Direito contemporâneo:

estado e sociedade

**Adaylson Wagner
Sousa de Vasconcelos
(Organizador)**

Direito contemporâneo:

estado e sociedade

**Adaylson Wagner
Sousa de Vasconcelos
(Organizador)**

Editora chefe

Prof^a Dr^a Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Camila Alves de Cremo

Ellen Andressa Kubisty

Luiza Alves Batista

Nataly Evilin Gayde

Thamires Camili Gayde

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2023 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

- Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora
Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant'Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Elio Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Profª Drª Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie di Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Jodeylson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Profª Drª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso
Prof. Dr. Julio Cândido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador

- Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia / Universidade de Coimbra
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Direito contemporâneo: estado e sociedade

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Yaiddy Paola Martinez
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
D598	Direito contemporâneo: estado e sociedade / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.
	Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-1693-7 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.937231809
	1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.
	CDD 340
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

Em **DIREITO CONTEMPORÂNEO: ESTADO E SOCIEDADE**, coletânea de vinte e cinco capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam multiculturalismo, direito humano ao desenvolvimento, estado, democracia, dignidade da pessoa humana, educação, migração, mercado, ativismo judicial, mediação, acesso à justiça, enfrentamento à pandemia, construção do comum, cidadania, pessoa com transtorno do espectro autista, diversidade, políticas públicas, direitos sociais, meio rural, princípio da insignificância, direito ambiental, preservação, hidrelétricas, água, produtor rural, sustentabilidade, indústria, mercado ESG, direito penal, criminologia crítica, pobreza, medidas socioeducativas, provas ilícitas, desconsideração da personalidade jurídica, responsabilidade civil, alienação parental, acesso à informação, SGBD e LGPD.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosa leitura!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

CAPÍTULO 1	1
NOTAS SOBRE O MULTICULTURALISMO NA PERSPECTIVA DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO	
Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318091	
CAPÍTULO 2	11
A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, DEMOCRACIA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EDUCAÇÃO HUMANÍSTICA	
Fernando Pommot Berto	
Cláudio Ganda de Souza	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318092	
CAPÍTULO 3	16
A LEI DE MIGRAÇÃO E AS POLÍTICAS EMIGRATÓRIAS PARA OS BRASILEIROS NO EXTERIOR	
Lucas Daian de Almeida Braga	
Rosimeire Cristina Andreotti	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318093	
CAPÍTULO 4	33
MERCADO, ESTADO, SOCIEDADE E ATIVISMO JUDICIAL: AS TENSÕES ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA NO CASO DA PETIÇÃO 3388 JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Antonio Celso Baeta Minhoto	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318094	
CAPÍTULO 5	48
A MEDIAÇÃO COMO UM MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA - UM ESTUDO SOBRE A MEDIAÇÃO E SEUS IMPACTOS NOS TRIBUNAIS	
Regina Celia Pacheco	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318095	
CAPÍTULO 6	69
PROTEÇÃO OU LIBERDADE: OS DILEMAS DO ESTADO NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA	
Marilene Borges de Sousa	
Ana Valéria Matias Cardoso	
William Sousa Vilanova	
Cristina Santos Freitas	
Flávia de Sousa Silva	
Wilsomar Pessoa Nunes	
Antonio de Moura Fé	
Juliana Lima de Carvalho	
Noara Fernanda Oliveira Barbosa Lima	
Francisca Eluar Marinho Silva Soare	

 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318096	
CAPÍTULO 7	75
A CONSTRUÇÃO DO COMUM: A MULTIDÃO GUIADA PELO AMOR	
Guilherme Dorneles da Silva	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318097	
CAPÍTULO 8	89
CONTEÚDOS VIRAIS: INFLUÊNCIA NA EDUCAÇÃO E NA CIDADANIA	
Daniel Henrikhy Ceresoli	
Kaira Talya De Almeida	
Caetano Schmitzhaus De Castilhos	
Érica Belé Costa Dos Santos	
Alessandra Elisa Zorzi	
Aline Moura Da Silva Boanova	
Vitorio Gheno Dervanoski Junior	
Letícia Da Silva Nigris	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318098	
CAPÍTULO 9	108
A GARANTIA DE DIREITOS PARA A PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA) E A EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO NO MUNICÍPIO DE ALTAMIRA/PA DE ACORDO COM A LEI ESTADUAL 9.061/2020	
Claudinéia Terra Vieira	
Janice Silva de Freitas	
Leonaldo Pinto da Cunha	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.9372318099	
CAPÍTULO 10.....	117
O SÍGNO DA DIVERSIDADE: LINHAS SOBRE A FORMAÇÃO DA SIGLA LGBTQIAPN+	
Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180910	
CAPÍTULO 11	128
CONFIGURAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS NO MEIO RURAL BRASILEIRO	
Marilene Borges de Sousa	
Iracilda Alves Braga	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180911	
CAPÍTULO 12.....	138
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O DIREITO AMBIENTAL	
Fernanda Aparecida Astolphi Ribeiro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180912	

CAPÍTULO 13.....	155
ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NO ENTORNO DAS HIDRELÉTRICAS COM BARRAMENTO DE ÁGUA: DIREITOS E OBRIGAÇÕES	
Domingos Benedetti Rodrigues	
Camila Fredi	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180913	
CAPÍTULO 14.....	175
A CONSTITUIÇÃO DE HOLDING PATRIMONIAL PELO PRODUTOR RURAL COMO ESTRATÉGIA TRIBUTÁRIA SUSTENTÁVEL	
Silvana Potrich Cescon	
João Porto Silvério Junior	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180914	
CAPÍTULO 15.....	181
A INCOMPATIBILIDADE DA INDÚSTRIA FAST-FASHION E O MERCADO ESG	
Bruna Luchi Fiorot	
Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180915	
CAPÍTULO 16.....	198
DIREITO PENAL E NOVAS TECNOLOGIAS: ESPAÇOS NOVOS DE ATUAÇÕES COM MANEIRAS INOVADORAS E ATÉ ONDE A LIBERDADE DELAS	
Manuela Rodrigues de Souza	
Heitor Romero Marques	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180916	
CAPÍTULO 17.....	209
CRIMINOLOGIA CRÍTICA, CAPITALISMO E POBREZA: A APOROFobia COMO MECANISMO SELETIVO DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO	
Priscila S. Biandaro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180917	
CAPÍTULO 18.....	225
MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS	
Lillyan Corrêa Ramos	
Leiliane Corrêa Ramos	
Lidyane Corrêa Ramos Fraga	
Letícia Corrêa Ramos Simplício	
Jonas Batista Pereira	
Andrey Lucas da Silva Fraga	
Eduart Franklin Flor Simplício	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180918	
CAPÍTULO 19.....	238
PROVAS ILÍCITAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA	

ANÁLISE DA BUSCA PELA EFICIÊNCIA PROCESSUAL PENAL

Fernanda Maciel de Souza Aranha

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180919>**CAPÍTULO 20 250**

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICO

Quezia Fideles Ferreira

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180920>**CAPÍTULO 21 258**

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA INFIDELIDADE AMOROSA: A PRÁTICA DA TRAIÇÃO DEVE ACARRETAR DIREITO A INDENIZAÇÃO?

Carlos Vinícius Sousa Silva

Daniel Kenyo Monte Lima

Hertz Alexandre Nery De Oliveira

Marília Martins Soares Andrade

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180921>**CAPÍTULO 22 282**

RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ E DO ESTADO DECORRENTE DE ERRO JUDICÍARIO

Lia Rabello Bartolomei

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180922>**CAPÍTULO 23 317**

ALIENAÇÃO PARENTAL E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Heitor Moreira de Oliveira

Laura Antonio de Souza

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180923>**CAPÍTULO 24 330**

A POSTURA DO ESTADO MODERNO FRENTE À LEGISLAÇÃO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA EM CONJUNTO COM O USO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO

Aline Martins Rospa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180924>**CAPÍTULO 25 343**

SGBD (SISTEMA DE GERENCIAMENTO DE BANCO DE DADOS) NA PERPECTIVA DA LGPD (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS)

Josias Fellipe Arnold

Hannelore Nehring

Cláudio Ratke

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.93723180925>**SOBRE O ORGANIZADOR 362****ÍNDICE REMISSIVO 363**

CAPÍTULO 1

NOTAS SOBRE O MULTICULTURALISMO NA PERSPECTIVA DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

Data de aceite: 01/09/2023

Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Pós-doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo - campus Ribeirão Preto. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP - linha de pesquisa em Direito do Estado.

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS - Área de Concentração em Direitos Humanos e Linha de pesquisa em Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável. Especialista em Gestão Pública na Administração Pública pela mesma Universidade, Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em Responsabilidade Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD e Especialista em Educação em Direitos Humanos também pela UFMS. Graduado em Direito pela mesma Universidade. Advogado, Professor e Pesquisador.

RESUMO: Pretende-se, por meio deste resumo, iniciar discussão sobre o direito humano ao desenvolvimento a partir da percepção multicultural e sua implicação em termos de alteridade, sendo esta a problemática. Desenvolve-se por meio de

revisão de bibliografias sobre o tema e análise documental, pelo método dedutivo, a fim de fazer concluir que a implementação do direito humano ao desenvolvimento, para ser eficaz, necessita de técnicas de intervenção que levem em consideração, inicialmente, o outro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Humano ao Desenvolvimento; Alteridade; Multiculturalismo

NOTES ABOUT THE
MULTICULTURALISM FROM THE
PERSPECTIVE OF THE HUMAN
RIGHT TO DEVELOPMENT

ABSTRACT: It is intended, through this summary, to initiate a discussion about the human right to development from the multicultural perception and its implication in terms of otherness, which is the problem. It is developed through a review of bibliographies on the subject and document analysis, using the deductive method, in order to conclude that the implementation of the human right to development, in order to be effective, requires intervention techniques that take into account, initially, the other.

KEYWORDS: Human Right to Development; Otherness; Multiculturalism

INTRODUÇÃO

O tema do desenvolvimento não costuma ser pensado diretamente na perspectiva de um Direito Humano solo, muito embora as Nações Unidas o tenham declarado Direito Humano desde 1986. Isto porque, em geral, há uma ideia de que o desenvolvimento esteja diretamente associado a outro direito humano, e de fato está, mas tal não desonera seu peso individual na terceira dimensão dos Direitos Humanos, pois não há futuro sem desenvolvimento.

Este resumo pretende incitar a discussão de uma das formas de implementação do direito humano ao desenvolvimento a partir de multiculturas, isto é, de que maneira este direito pode abranger toda uma nação plural sem implicar em supressão de culturas e desrespeito à diversidade, problemática esta uma das maiores da teórica dos direitos humanos. Para tanto, realizou-se uma discussão inicial sobre o direito humano ao desenvolvimento em si e algumas referências para sua implementação de forma a reconhecer a alteridade.

A técnica metodológica da pesquisa é a revisão de bibliografia e documentos, sendo o trabalho desenvolvido a partir do método dedutivo.

DESENVOLVIMENTO E PROCESSOS CULTURAIS DIVERSOS

Não é possível falar em desenvolvimento sem considerar todas as especificidades culturais de um determinado local no momento de sua aplicação. Isso porque os vieses econômico, social, cultural e político do direito humano ao desenvolvimento somente são obtidos a partir da análise de cada sociedade de maneira específica e em consideração e respeito à sua identidade cultural. Por essa razão, assim determina o artigo 6º da Declaração sobre o Desenvolvimento transrito:

Artigo 6º [...]

§ 1. Todos os Estados devem cooperar, com vistas a promover, encorajar e fortalecer o respeito universal à observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

§ 2. Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

§ 3. Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O artigo mencionado trata de diversos traços que devem ser reestudados e compreendidos à luz dos conceitos de universalidade e multicultura. Em primeiro lugar, tratar de direitos universais com base na ideia de desenvolvimento remete à característica de universalidade dos direitos humanos contida na Declaração Universal de 1948

(DUDH, art. 1º). Entretanto, sabe-se que a DUDH foi elaborada no pós-guerras em um contexto de direitos predominantemente europeu. É dizer que o documento possui um viés ocidentalizado e, como tal, de acordo com as culturas e projeções das sociedades ocidentais.

Portanto, o direito humano ao desenvolvimento deve ser aplicado de acordo com as especificidades culturais de cada região, isto é, buscando a universalidade, mas considerando o relativismo cultural. Isso porque um embate bastante atual e pertinente, e que toca diretamente no tema do desenvolvimento, está no fato de a Declaração Universal de Direitos Humanos, que de fato é o marco teórico desses direitos, ter sido promulgada sob um contexto específico e ocidentalizado, levando-se em conta, em sua confecção, apenas e tão somente suas realidades.

Assim, no momento da implementação dos direitos humanos dentro dos ordenamentos, não se pode olvidar o desafio do multiculturalismo advindo da conjuntura em que a DUDH foi elaborada, a fim de que os preceitos de um documento ocidentalizado não sejam ordem maior em culturas que adotem costumes diferentes das disposições da declaração. Afinal, o desenvolvimento como direito humano também se consolida com o respeito às variadas formas de cultura. Evidentemente, não se afasta a imensa importância da Declaração Universal, mas esta deve ser compreendida sob um viés realmente global.

Quando Dussel (2016, p. 62) refere-se ao “projeto mundial de libertação da alteridade negada”, está justamente a tratar do movimento de libertação de uma cultura hegemônica e eurocentrada. O autor cria o termo “transmoderna” para referir-se ao tempo em que o que foi relegado pela modernidade passe então a ser considerado, a exemplo das diversidades culturais. A ideia está totalmente vinculada à questão da eurocentralização da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na medida em que elaborada em um contexto europeu hegemônico desenvolvimentista.

Por isso, atualmente o caráter universal da Declaração de 1948 é bastante questionado e até mesmo relativizado para fazer valer a voz daqueles países que não foram representados quando da construção do documento e que, portanto, não puderam fazer valer sua voz e considerar suas culturas na confecção de um documento que pretende regulamentar direitos humanos também em suas comunidades.

Nesta percepção, os direitos humanos, da forma como concebidos pela comunidade internacional, decorreriam não de um processo de globalização contra-hegemônica ou *bottom up*, mas sim de uma espécie de globalização hegemônica ou *top down*, imposto pela sociedade ocidental ao restante do globo, sem considerar, e até mesmo marginalizando, as particularidades de cada cultura (SANTOS, 2003).

Destarte, entre os desafios para a implementação do direito ao desenvolvimento está a consideração de cada cultura de forma a relativizar a ideia de universalidade, a fim de que os direitos humanos não sejam aplicados de forma cega e sem considerar

especificidades regionais que muitas das vezes diferem de uma comunidade para a outra.

Ainda, o artigo aludido aponta a responsabilidade dos Estados na reparação de falhas que obstaculizaram o desenvolvimento do direito cultural, dentre outros. Nesse aspecto, é imperioso que ditos Estados dialoguem com os organismos internacionais e considerem os documentos de direitos humanos à luz de suas características locais e, da mesma forma, dispostos a modificar eventuais contradições entre sua cultura e a ideia universal da dignidade da pessoa humana.

Importante, desta feita, compreender que o conceito de cultura não pode ser cunhado com base em uma visão pessoal, ou seja, sob outro olhar, que sempre será eivado de uma cultura própria e, consequentemente, não considerará os pormenores de cada identidade cultural. Urquiza e Nocera (2018, p. 111) lembram que o conceito mais simples de cultura utilizado de forma unânime entre os antropólogos é o “modo de vida de um povo”.

Krohling (2008, p. 161) conceitua cultura como um sistema coletivo de sentidos, signos, valores, práticas sociais e processos políticos, todos desenvolvidos a partir de uma construção histórica que conduz à interculturalidade, na qual, por sua vez, são a troca e a reciprocidade que propiciam a participação e o convívio de culturas distintas.

No mesmo sentido, Costa e Campello defendem a proteção da identidade cultural de cada localidade, inclusive para combater possíveis hierarquizações que sirvam como pressuposto para interferência em signos culturais distintos.

Depreende-se que as culturas, em suas variadas subdefinições, formadas dentro de uma sociedade merecem proteção e dão ensejo à formação das diversidades, as quais pluralizam dita sociedade para criar o multiculturalismo. Quanto mais são angariados os conceitos e aprofundados os conhecimentos em cada forma cultural, maior será o respeito concedido a cada uma. Ser diferente não é causa para hierarquização em relação ao que se considere “normal” em sociedade, sendo certo que a conceituação das diferenças não deve estar eivada de pejoratividade, para proporcioná-las amplo respeito (2017, p. 150-151).

A identidade cultural é parte integrante na formação de uma sociedade, que sem ela não pode existir. Está justificada segundo uma construção histórica muitas das vezes milenar e, sobretudo, que faz sentido ao menos para parte da comunidade à qual pertence. Por isso, quando da aplicação dos direitos humanos à luz do direito ao desenvolvimento, é imperioso cuidar para que tais direitos, pelo menos inicialmente, não venham a colidir com a identidade cultural, propiciando um diálogo que garanta o respeito a essas culturas e aos mesmos direitos humanos.

Calixto e Carvalho, partindo do conceito de identidades culturais, advertem para a possibilidade de considerá-las de forma fragmentada com apoio em uma visão universalista que não se comporta em todos os seus pormenores.

Ante a fragmentariedade cultural e a percepção de que uma cultura isolada não pode pretender impor-se sobre outras sociedades, surge o embate, no campo dos direitos humanos, acerca da possibilidade de se afirmar

que estes são universais e, em sentido contrário, a imprescindibilidade de rejeição dessa universalidade, perante a magnitude das distinções culturais e a impossibilidade de se afirmar a existência de uma moral universal (2019, p. 26).

Destarte, o conceito de cultura não pode vincular uma ou outra cultura em detrimento de outra, sob pena de incidir no que se chama etnocentrismo, que significa exatamente o olhar a partir de uma experiência pessoal que não corresponde ao caso analisado. Na definição de Carvalho, etnocentrismo significa:

[...] privilegiar um universo de representações propondo-o como modelo e reduzindo à insignificância os demais universos e culturas “diferentes”. De fato, trata-se de uma violência que, historicamente, não só se concretizou por meio da violência física contida nas diversas formas de colonialismos, mas, sobretudo, disfarçadamente por meio daquilo que Pierre Bourdieu chama “violência simbólica”, que é o “colonialismo cognitivo” [...] (1997, p. 181).

Da mesma forma, Neto e Kozicki (2008, p. 78) ilustram a atitude etnocêntrica como a crença de que “nossa cultura é a referência única, em detrimento das demais [...] o etnocentrismo, que parece ter sido recriado nas novas versões extremistas religiosas, culturais, políticas, ideológicas, as quais vêm desafiando nossa sociedade neste início de milênio”.

Portanto, a sensível inserção do direito humano ao desenvolvimento deve levar em conta diversos pormenores associados à cultura, que, por sua vez, precisam ser enxergados por um olhar que compreenda o outro por sua essência e dignidade. Alvarenga e Melo ilustram a situação em que os países se valem de seu desenvolvimento para exercer o domínio cultural sobre aqueles em desenvolvimento aos quais devem auxiliar:

O discurso do desenvolvimento supostamente despolitizado tem servido a interesses político-econômicos específicos. Por isso, propõem-se olhar o desenvolvimento sob um olhar mais crítico, como uma verdadeira forma de colonialismo (em inglês “*coloniality*”). Durante o período colonial o colonialismo era visto como uma forma de desenvolvimento das colônias e do povo colonizado. Hoje em dia, os países dominantes “desenvolvidos” têm utilizado o mesmo discurso contra os países ditos “subdesenvolvidos”, no intuito de ocidentalizar culturas, pessoas, conhecimentos, economias e todos os que se opõe são vistos como “subdesenvolvidos” (2018, p. 189).

A fim de resolver a problemática nascida a partir do etnocentrismo, para a aplicação dos direitos humanos propõe-se também a alteridade, que é o olhar a partir de si que considere o outro em sua plenitude e de acordo com sua própria dignidade, baseando-se na experiência do outro e não no senso comum. Sobre o tema, eis a lição de Haas:

Compreender o “outro” e sua cultura, trata-se de uma complexidade que exige aprendizado social e vontade individual. O fim do preconceito se dará com a prática incessante de reconhecimento do outro como sujeito de direitos, aceitando-o na sua própria originalidade cultural (2017, p. 23).

Segato (2006, p. 228) ensina que a alteridade é “permitir se conhecer por meio do

olhar do outro". Da mesma forma, Costa e Urquiza (2019, p. 168) a definem como a forma de ver o outro como sujeito e com direito a relações igualitárias.

Nesse aspecto, a questão cultural é tão importante aos direitos humanos da atualidade porque pretende fazer valer a universalidade sob uma perspectiva de fato universal, que considere todas as características e práticas de cada nação e, segundo um olhar que leve em conta a dignidade de cada um, aplique direitos humanos onde haja incompletudes ou mesmo onde estejam sendo violados.

Piovesan (2018, p. 123) conclui que a incorporação dos direitos humanos ao direito ao desenvolvimento, na perspectiva das identidades culturais de cada local, faz valer mais a "voz do sul" quando, até então, em muitos outros documentos internacionais, permeou sempre a "voz do norte". É como se houvesse uma correção do caráter ocidentalizado da Declaração Universal, que finalmente passa a valer para todas as nações.

Demais disso, por meio dos observatórios sobre o cumprimento das diretrizes de direitos humanos em cada comunidade, diversas questões possibilitam-se ser sanadas com base em conceitos advindos de preceitos de desenvolvimento, a exemplo de recente relatório elaborado pelas Nações Unidas, o qual aponta considerável crescimento na desigualdade social entre etnias em países desenvolvidos e em desenvolvimento, citando o exemplo dos Estados Unidos.

A desigualdade de renda também está aumentando tanto dentro como entre países, desenvolvidos e em desenvolvimento. Aproximadamente dois terços dos países com dados disponíveis experimentaram um aumento na desigualdade de renda entre 1990 e 2005, apesar do crescimento econômico globalmente robusto. Vários países, de alta e baixa renda, experimentaram um crescimento econômico do desemprego, com o resultado de que os do topo da lista de distribuição de renda se beneficiou muito mais do que aqueles da parte inferior. Por exemplo, nos Estados Unidos, um estudo recente mostra uma crescente diferença de riqueza entre grupos étnicos. De 2005 a 2009, a riqueza mediana ajustada pela inflação caiu 66% entre as famílias hispânicas e 53% entre as famílias afro-americanas, em comparação com apenas 16% entre as famílias brancas¹ (UN, 2012).

Desse relatório deflui-se desigualdade na distribuição de renda e concentração desta em países já desenvolvidos. Ademais, há um problema de igualdade relativa à raça e migração, questões relacionadas ao desenvolvimento humano desses países, seja pela necessidade de implementação de políticas populacionais inclusivas e de legislação de migração, as quais venham a garantir oportunidades de crescimento, seja pela falsa ideia de que uma nação deva progredir em detrimento de outra, especialmente quando se trata de crescimento econômico.

1 Tradução livre de: "Approximately two thirds of countries with available data experienced an increase in income inequality between 1990 and 2005, despite globally robust economic growth. A number of countries, both high and low income, have experienced jobless economic growth, with the result that those at the top end of the income distribution have benefited far more than those at the bottom. For example, in the United States, a recent study shows a growing wealth gap between ethnic groups. From 2005 to 2009, inflation adjusted median wealth fell by 66% among Hispanic households and 53% among African-American households, compared with just 16% among white households".

A oferta de mão de obra barata, em geral advinda de países estrangeiros, é utilizada quando convém pelos países na construção de suas riquezas, e estes, em contrapartida, não garantem acesso a direitos iguais aos imigrantes e a possibilidade de crescimento dentro de suas sociedades. Tal consciência, além de excludente e xenófoba, violadora de direitos humanos que é, atravessa o desenvolvimento humano coletivo necessário ao progresso em compasso com os direitos humanos.

Sobre o assunto, Campello *et al.* advertem para o fenômeno da desapropriação cultural, que ocorre com a massificação das culturas em detrimento de uma ideia de crescimento econômico e globalização, amplamente relacionada com a causa étnica, migratória e ambiental.

Um dos maiores preços a serem pagos pelo desenvolvimento é a desapropriação da identidade cultural, visto que, em todos os lugares do planeta, a integridade cultural e vitalidade dos diversos grupos humanos estão ameaçadas por estratégias de desenvolvimento que acentuam o crescimento econômico ou a eficácia institucional a qualquer preço. Com frequência, os valores culturais dos países subdesenvolvidos são irremediavelmente deteriorados por modelos de mudança social fundamentados na globalização, consumo, competição, aquisição e manipulação das aspirações humanas (2018, p. 11-12).

O crescimento econômico, muitas das vezes, ocorre desalinhado dos preceitos de desenvolvimento como um direito humano, sem considerar especificidades dos grupos humanos com os quais atua. É dizer que o sistema tende a apagar as identidades culturais, seja a pretexto de crescimento, seja efetivamente por desconsiderar a essência humana de determinados grupos que estão à margem da sociedade.

É um desafio à implementação do direito humano ao desenvolvimento a superação da desapropriação cultural ao argumento de um progresso. Não se pode olvidar que identidade e personalidade são aspectos da dignidade da pessoa humana, tão cara aos direitos humanos e que não pode ser desconsiderada na construção de um mundo erigido em bases de direitos humanos. Daqui exsurge a necessidade de pensar o desenvolvimento à luz de uma ótica específica e abrangente em todos os termos, que não desconsidere qualquer aspecto de crescimento em detrimento de outro.

Silva *et al.* sugerem o termo “sustentabilidade cultural” como algo que “implica no cumprimento da ideia de pluralismo, respeitando as diferenças e os valores culturais entre os povos, e exige ações ponderadas e respeitosas às tradições sem abdicar das inovações” (2015, p. 7). O conceito em questão vem ao encontro da visão mais atual sobre o direito humano ao desenvolvimento, a julgar por sua perspectiva à luz do desenvolvimento sustentável, o qual pretende efetivar direitos humanos em termos sociais, econômicos e ambientais sem desconsiderar identidades culturais.

CONCLUSÃO

O Direito Humano ao Desenvolvimento envolve todas as nuances de uma sociedade e, por isso, necessita ser considerado em sua implementação a partir da cultura de cada povo. Este trabalho se debruçou nesta problemática e, durante seu curso, a partir da própria Declaração do Direito Humano ao Desenvolvimento, apresentou técnicas e formas metodológicas de abordagem e implementação do referido direito.

É de suma importância garantir o avanço global como um todo e o desenvolvimento posto como direito é fundamental para tanto. O que se espera é a utilização de técnicas de efetiva consideração do multiculturalismo, modificando a lógica do “eu para o outro” e o viés colonizatório tão problematizado atualmente em termos de aplicabilidade dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rodrigo; MELO, Marcela Fernandes Muniz de. Uma teoria crítica para o desenvolvimento à luz dos direitos humanos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 21, n. 8, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Welington/Downloads/3905-15358-2-PB.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2020.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Universalidade dos direitos humanos e diversidade cultural: o diálogo intercultural como meio de preservação da identidade e autonomia dos povos indígenas. **Revista Debate**, n. 52, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8879>. Acesso em: 23 fev. 2020.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A valorização da identidade cultural como desafio à concretização do desenvolvimento. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, n. 8, p. 3-19, 2018. Disponível em: http://www.msp.pmp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.02.pdf. Acesso em: 27 set. 2019.

CARVALHO, José Carlos de Paula. Etnocentrismo: inconsciente, imaginário e preconceito no universo das organizações educativas. **Revista Debates**, 1997. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32831997000200014&script=sci_arttext. Acesso em: 27 fev. 2020.

COSTA, Luiz Rosado; URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera. Migrantes indocumentados, direitos humanos e alteridade. **Argumenta Journal Law**, v. 30, 2019. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1518>. Acesso em: 10 mar. 2020.

COSTA, Welington Oliveira de Souza dos Anjos; CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. Cultura e multiculturalismo: identidade LGBT, transexuais e questões de gênero. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 146-163, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2003/1284>. Acesso em: 17 ago. 2017.

COSTA, Welington Oliveira de Souza dos Anjos; CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. Direitos humanos e solidariedade: a campanha *Stop the Transpathologization*. **Revista Jurídica Direito & Paz**, 2020, ano XIV, n. 43. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1123/539>. Acesso em: 3 jan. 2021.

DECLARAÇÃO SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 31, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922016000100051. Acesso em: 10 fev. 2020.

HAAS, Ingrid Freire. Os direitos humanos e os desafios da diversidade cultural: a (in)tolerância diante do diferente. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 12, n. 26, 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/Welington/Downloads/1604-7193-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Welington/Downloads/1604-7193-1-PB%20(1).pdf). Acesso em: 15 mar. 2020.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, v. 37 n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007.

HOFFMANN, Roman; MUTTARAK, Raya. Greening through schooling: understanding the link between education and pro-environmental behavior in the Philippines. **Environmental Research Letters**, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 1-15, 14 jan. 2020. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/ab5ea0/pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

HOSEINI, Naderossadat Daneshvar. Gender inequality and sustainable development. **Oida International Journal of Sustainable Development**, Ontario, v. 7, n. 7, p. 65-74, out. 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504217. Acesso em: 16 ago. 2020.

KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, 2008. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/56/53>. Acesso em: 25 fev. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia de direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão de direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, abr. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100008. Acesso em: 30 mai. 2023.

SILVA, Denival Francisco da; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CARVALHO, Sonia Aparecida de. Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, UFSM, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/304198489_DIREITOS_HUMANOS_DESENVOLVIMENTO_SUSTENTAVEL_E_SUSTENTABILIDADE. Acesso em: 15 jan. 2023.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 9 set. 2017.

URQUIZA, Antonio Hilário Aguilera; NOCERA, Renata Pereira. Do multiculturalismo e o meio ambiente: uma análise da abordagem intercultural no sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos. **Revista Direitos Culturais**, v. 13, n. 1, 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2796/0>. Acesso em: 10 mar. 2020.

CAPÍTULO 2

A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, DEMOCRACIA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EDUCAÇÃO HUMANÍSTICA

Data de submissão: 08/08/2023

Data de aceite: 01/09/2023

Fernando Pommot Berto

Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade de Católica (PUC-SP)
São Paulo – SP
<http://lattes.cnpq.br/6025341167287394>

Cláudio Ganda de Souza

Professor da Faculdade de Direito – PUC-
SP - Departamento I - Teoria Geral do
Direito e Filosofia/Orientador
São Paulo – SP
<http://lattes.cnpq.br/5045952739823956>

composta majoritariamente de obras da Filosofia do Direito, mas também contendo a presença de diversas formas de materiais, de diferentes áreas do conhecimento, na medida que se demonstram pertinentes. As análises feitas são predominantemente qualitativas no decorrer da pesquisa, sem prejuízo de outras formas metodológicas em momentos determinados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Filosofia; Humanismo

RESUMO: A pesquisa aborda a relação entre os quatro núcleos temáticos compreendidos no título, ou seja, “Estado”, “Democracia”, “Dignidade da Pessoa Humana” e a “Educação Humanística”. O objetivo é investigar e compreender a forma que se dá tal relação, assim como se obter uma análise reflexiva do cenário brasileiro dentro do escopo da temática. Para isso, foi realizado um estudo aprofundado do desenvolvimento histórico e filosófico, conduzido principalmente sob a ótica da Filosofia do Direito, dos elementos chaves trazidos, das ligações envolvidas, e do panorama nacional. Se efetuou uma leitura reflexiva da bibliografia selecionada,

THE RELATION BETWEEN STATE, DEMOCRACY, HUMAN DIGNITY AND A HUMANISTIC EDUCATION

ABSTRACT: This research covers the relation between the four themes contemplated in the title, “State”, “Democracy”, “Human Dignity” and “Humanistic Education”. The objective is to investigate and comprehend how is that relation, as well as obtaining a reflective analysis of the Brazilian scenario within the scope of the thematic. To do so, a deep study of the historic and philosophical development, primarily under the lens of philosophy of law, of the main elements covered, of the connections involved and of the national scenario was realized. A reflective reading of the selected

bibliography, but also containing other forms of material, from different areas of knowledge, as it demonstrated relevant. The analyses were predominantly qualitative during the research, but also contemplating other forms of methodology during certain moments.

KEYWORDS: Law, Philosophy, Humanism

1 | INTRODUÇÃO

É comum em discursos políticos ou em certos programas jornalísticos o uso das palavras “Estado”, “Democracia”, “Dignidade”, e “Educação” sem uma devida sistematização, fundamentação ou contextualização. Especialmente nas últimas três décadas, houve uma intensificação de uma ideia simplificada de que educação é a chave para resolver todos os problemas de um país [1]. Poderia se questionar, nessa linha, o que se quer dizer por educação, e de que forma isso seria o grande diferencial para solucionar as mais diversas dificuldades presentes em certa sociedade.

Não obstante a importância da educação, é evidente que uma colocação abstrata que ressalta um elemento educacional desacompanhada de um pensamento sistemático e fundamentado pouco contribui ou até mesmo atrapalha qualquer esforço que visa de alguma forma compreender e/ou melhorar a sociedade.

Uma série de elementos demonstram sinais de que a educação é ao mesmo tempo algo que tem a potencialidade de promover a democracia, a dignidade humana e um Estado que se estruture com base nesses valores, como é o resultado da forma como essas ideias se encontram materializadas em determinado contexto, considerando a regulação estatal e as características socioeconômicas presentes. A leitura de uma série de autores de diferentes abordagens como Norberto Bobbio, Eduardo Bittar, Guilherme Assis de Almeida, Michael J. Sandel, Paulo Freire e Marilena Chauí levam a tal entendimento.

Essa linha de pensamento leva ao questionamento se existe alguma forma de educação específica que deva ser considerada para que se tenha organização social baseada na democracia e dignidade humana, devidamente regulada pelo Estado. Com o desenrolar da pesquisa, aponta-se que é necessária uma adoção de uma educação aqui entendida como humanística, voltada ao ser humano em toda sua integralidade e como finalidade em si mesmo.

Ademais, essa lógica de raciocínio leva a aparecerem indícios de que a democracia é ao mesmo tempo uma base como um resultado da ideia dignidade da pessoa humana, e vice-versa. Considerando todo o contexto, comprehende-se de que os núcleos temáticos que compõem o título da pesquisa estão inseridos em uma relação de interdependência e circularidade. Investigar e compreender tal relação é o objetivo principal do trabalho.

2 | METODOLOGIA

A metodologia abordada consiste primordialmente em uma leitura reflexiva da

bibliografia selecionada. A maior parte se dá por livros de Filosofia do Direito, Filosofia e/ou dos temas relacionados, como educação. Também há artigos acadêmicos, relatórios de órgãos internacionais, e materiais jornalísticos.

Não obstante a prevalência de alguns autores, não se adotou um único método de determinado autor como base metodológica para a pesquisa, mas foram compiladas e sistematizadas diferentes linhas teóricas numa construção específica e adequada para os contornos da pesquisa.

3 I RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pesquisa realizada levou a um conjunto de resultados. Primeiramente, se compreendeu que temáticas aqui abordadas não devem ser tidas como fundamentadas por correntes jusnaturalistas ou idealistas, mas sim compreendidas no âmbito de um contexto histórico e na medida que os diferentes pensamentos filosóficos tiveram uma materialidade histórica, afastando-se de uma concepção abstrata ou purista. Nesse sentido, os temas tratados não são conceitos fechados, e sim direcionamentos cujas dimensões estão em constante construção no processo histórico.

Ademais, os temas aqui abordados não podem ser compreendidos de maneira verticalizada. Nesse sentido, não é a educação que leva a democracia ou a dignidade humana, ou a um Estado de determinada forma. Todos os núcleos temáticos, em sua materialidade, são ao mesmo tempo construtores e produtos uns dos outros, de forma que qualquer análise realizada que se dá de maneira não sistemática não terá capacidade de compreender a complexidade da relação tratada na pesquisa.

Para que haja uma comunidade política complexa que se baseie nos valores de democracia e dignidade humana, regulada pelo Estado, é necessária uma educação que irá contribuir para a promoção de tais valores e tal forma de organização. Essa educação necessariamente será humanística, no sentido que possui como finalidade o indivíduo em si mesmo, em todas as dimensões que envolvem a sua vida.

Da mesma forma, uma sociedade que não possui consolidados e materializados os valores da democracia e da dignidade da pessoa humana, com um Estado estruturado nesse sentido, inevitavelmente vai levar a uma educação que não será humanística, e que reproduzirá aquilo que estiver posto como poder dominante, político e/ou econômico.

Se considerar um cenário em que a educação não é humanística, e não há uma absorção dos valores de democracia e dignidade humana nas estruturas sociais e pelo próprio Estado, isso irá se reproduzir até que seja contestado pela pressão popular em um movimento reivindicatório mobilizado, sendo a forma possível de quebrar tal ciclo.

4 | CONCLUSÕES

A conclusão da presente pesquisa se baseia na constatação de historicidade e permanente construção dos núcleos temáticos envolvidos e de suas relações. Ainda, comprehende-se que há uma relação de circularidade e interdependência entre os núcleos chaves trazidos.

Ademais, é possível afirmar nesse contexto uma sociedade efetivamente baseada na democracia e dignidade da pessoa humana, regulada pelo Estado, necessariamente dependerá de uma educação humanística, assim como irá resultar na constituição de tal forma educacional, em um movimento circular. Por fim, considerando o próprio teor da pesquisa e o reconhecimento da historicidade e de que as transformações dos movimentos circulares trazidos se dão de maneira coletiva sob um a forma de uma mobilização, se conclui que seria impossível nesse momento e de maneira individual esgotar o tema, que estará em permanente desenvolvimento de forma plural.

5 | CITACÕES

[1] SANDEL, Michael J. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* – 5^a ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021. Página 128

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Mediação e Reconhecimento da Pessoa**. -- São Paulo. Editora CLA Cultural, 2019.

ALONI, Nimrod. **Os quatro enfoques da educação humanística**. UNIFAP Artigo disponível em: <https://www2.unifap.br/borges/files/2011/02/Educação- Human%C3%ADstica.pdf>.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Filosofia, Direito e Estado Democrático de Direito**. RIDB, ano 1 (2012), nº 10, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Educação para a democracia**. Lua Nova, São Paulo , n. 38, p. 223-237, 1996.

BITTAR, Eduardo & ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CABRAL, Guilherme Perez. **Educação para a democracia no Brasil**. Fundamentação Filosófica a partir de John Dewey e Jürgen Habermas. – 1.ed São Paulo: Alameda, 2017.

CHAUI, Marilena. **Em defesa da educação pública, gratuita e democrática**/ Marilena Chaui organização de Homero Santiago. – 1. Ed – Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018. – (escritos de Marilena Chaui).

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. Ed. – São Paulo: Saraiva educação, 2019.

CURY, CARLOS ROBERTO JAMIL. **A Qualidade da Educação Brasileira como Direito**. Educ. Soc., Campinas, v. 35, nº. 129, p. 1053-1066, out.-dez., 2014.

FREIRE, Paulo. **Direitos Humanos e educação libertadora. Gestão democrática da educação pública na Cidade de São Paulo**. Organização e notas Ana Maria Araújo Freire, Erasto Fortes Mendonça – 3^a ed – São Paulo: Paz e Terra

IRIBURE JR, Hamilton da Cunha. **Direito à Educação: Uma Questão de Justiça Social**. Revista Direito e Desenvolvimento, v. 7, n.2, p. 77-95.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: o que é o iluminismo**, in A paz perpétua e outros opúsculos, Lisboa, Edições 70, 1990.

LAVAL, Christian. **A Escola não é uma empresa. O neoliberalismo em ataque ao ensino público**. -1. Ed. – São Paulo : Boitempo, 2019.]

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2009 - Ed. 5 (digital).

PUGLIESI, Márcio. **O Ensino do Direito como Prática Transformadora**. São Paulo Sapere Aude Grupo Editorial. 2014.

PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e Direito: uma abordagem sistêmico-construcionista: tomo 1; tomo 2** / Márcio Pugliesi. – São Paulo: Aquariana, 2021

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** – 5^a ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SANDEL, Michael. J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Tradução de Clóvis Marques. – 6^a ed. – Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2014.

WEBER, Thadeu. **Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant**. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, no 9, out/dez 2009.

CAPÍTULO 3

A LEI DE MIGRAÇÃO E AS POLÍTICAS EMIGRATÓRIAS PARA OS BRASILEIROS NO EXTERIOR

Data de aceite: 01/09/2023

Lucas Daian de Almeida Braga

<http://lattes.cnpq.br/8532364581327162>

Rosimeire Cristina Andreotti

<https://lattes.cnpq.br/4272235741194883>

RESUMO: Esta pesquisa tratou de investigar as políticas migratórias direcionadas aos emigrantes brasileiros no exterior previstas na Lei nº. 13.445/2017, e no âmbito dessa abordagem analisar a Lei de Migração juntamente com o Ministério das Relações Exteriores, de modo a entender como efetivamente ocorre a prestabilidade destas políticas. O estudo se utilizou de uma abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica em virtude de se usar a fundamentação teórica para respaldar a investigação, observando como a nova política migratória brasileira se posiciona em relação à população de nacionais no exterior. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, por se tratar de um estudo geral, especificado a uma parcela dos brasileiros em território estrangeiro. Os ilustres autores que entremeiam e fundamentam este artigo são Santos (2015), Feldman-Bianco (2016) e Guerra (2017). Neste trabalho pode se concluir que o Título VII da Lei de Migração

possui políticas emigratórias adequadas para os emigrantes, contudo, a aplicabilidade não se faz da maneira adequada, devendo o Ministério das Relações Exteriores, através dos consulados, buscar meios de agrupar as informações sobre os emigrantes que adentrem em diversos Estados, e por meio disso promover uma assistência adequada a estes.

PALAVRA-CHAVE: Lei nº 13.445/2017. Emigrante. Ministério das Relações Exteriores.

ABSTRACT: This research tried to investigate the migration policies directed to Brazilian emigrants abroad provided for in Law nº. 13,445/2017, and within the scope of this approach, analyze the Migration Law together with the Ministry of Foreign Affairs, in order to understand how effectively these policies are rendered effective. The study used a qualitative approach and bibliographical research due to using the theoretical foundation to support the investigation, observing how the new Brazilian migration policy is positioned in relation to the population of nationals abroad. The research method used was deductive, as it is a general study, specified to a portion of Brazilians in foreign

territory. The distinguished authors who interweave and support this article are Santos (2015), Feldman-Bianco (2016) and Guerra (2017). In this work, it can be concluded that Title VII of the Migration Law has adequate emigration policies for emigrants, however, the applicability is not done properly, and the Ministry of Foreign Affairs, through consulates, must seek ways to group information about emigrants who enter different States, and thereby promote adequate assistance to them.

KEYWORDS: Law n°. 13,445/2017. Emigrant. Ministry of Foreign Affairs.

1 | INTRODUÇÃO

O avanço das relações internacionais entre os Estados juntamente com o progresso tecnológico que permitiu maior mobilidade das pessoas, gerou a necessidade de se regulamentar a situação migratória, não só do estrangeiro que chega em território nacional, mas também do nacional que deixa seu país de origem.

Tal é a importância dessa regulamentação, em relação ao nacional em território estrangeiro que, segundo dados da Polícia Federal, apresentado pela CNN Brasil Business em 03 de setembro de 2021, o número de brasileiros no exterior chegou a 4,2 milhões.

A vista disso, o Estado Brasileiro editou a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração) que, ao reconfigurar a política migratória nacional, dedicou o Capítulo VII desse diploma para tratar do emigrante brasileiro.

Com as novas garantias a direitos humanos, exigiu-se à aplicação de políticas migratórias adequadas, que tem o intuito de proporcionar o bem-estar e a vida digna dos emigrantes. E é para promover esses direitos, que atua o Ministério das relações exteriores – MRE, mais conhecido como Itamaraty. O Ministério das Relações Exteriores é um órgão governamental que atua nas relações do Brasil com os demais países, buscando garantir a dignidade humana dos brasileiros que residem no exterior.

Entretanto, existe um vácuo gigantesco para que haja o completo aparato do brasileiro emigrante, o qual seja, a imigração ilegal.

Portanto, este trabalho trouxe como tema proposto A Lei de Migração e as políticas emigratórias para os brasileiros no exterior, e buscar-se-á responder a seguinte indagação: De que maneira o Brasil efetivamente ampara seus nacionais no exterior?

Este trabalho teve como objetivo maior analisar se a política emigratória brasileira, por meio do que dispõe a Lei de Migração, bem como da estrutura oferecida pelo Ministério das Relações Exteriores, efetivamente atendem os brasileiros no exterior. Esta pesquisa justifica-se, diante da impescindibilidade de compreender a aplicação da lei retrocitada, vez que há um crescente número de indivíduos brasileiros vivendo no exterior.

Concernente a metodologia, quanto a natureza, este trabalho tratou de uma pesquisa básica, já que teve o escopo de analisar a aplicação da Lei de Migração e a atuação do Ministério das Relações Exteriores. Quanto a forma de abordagem, retrata-se a uma pesquisa qualitativa, vez que não seria satisfatório trabalhar com a análise quantitativa

de dados, em razão de serem assuntos sociais que vão além da verificação de gráficos, dados ou números. Quanto aos objetivos, utilizou-se a pesquisa exploratória, vez que esta permitiu uma maior compreensão sobre o tema ao leitor, já que o intuito era a familiarização entre a Lei de Migração e a sua aplicabilidade em relação aos emigrantes brasileiros.

Sobre o procedimento técnico, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, em virtude de ser o ponto de partida para a fundamentação teórica de todo e qualquer estudo se respaldando em periódicos, livros, artigos, ensaios, doutrinas e na própria legislação publicados e disponibilizados na rede mundial de computadores.

Quanto ao método de abordagem, usou-se o dedutivo, pois tratou de uma pesquisa da lei brasileira (premissa maior) a ser aplicada a indivíduos emigrantes (premissa menor). Sobre o método de procedimento, utilizou-se o monográfico, pelo ensejo da complexidade de imprescindibilidade da problemática tratada.

Os ilustres autores que entremeiam e fundamentam este artigo são Santos (2015), Feldman-Bianco (2016) e Guerra (2017).

A priori, este artigo inicia com a contextualização dos direitos dos emigrantes que está previsto na Lei de Migração n. 13.445/2017, trazendo ao conhecimento do leitor como este direito foi visto pelo mundo, os acontecimentos que geraram o anseio para proporcionar uma vida digna ao emigrante.

Nesta perspectiva, este trabalho também salienta sobre o órgão público competente a dar suporte ao emigrante brasileiro, fala-se aqui do Ministério das Relações Exteriores – Itamaraty. Em seguida, trata-se da situação do brasileiro no mundo “além” da letra da lei, como este indivíduo vive e se o Itamaraty está conseguindo promover uma vida digna a este emigrante brasileiro.

Neste diapasão, este artigo se faz de suma relevância, cuja matéria trata de um ser humano, brasileiro, com direitos e deveres para com seu país, tendo o emigrante brasileiro direito de viver de forma digna, já que mesmo residindo fora de sua nação, este ainda tem os seus deveres políticos cobrados. Por tanto, nada mais justo e digno que a este indivíduo seja resguardado os seus direitos na forma da lei estudada.

2 | O EMIGRANTE BRASILEIRO

O Brasil nos séculos XIX e XX era considerado um país predominantemente de destino, pelo fato de acolher imigrantes. Não era visto como um país de origem de emigrantes. Contudo, esta situação mudou na década de 1970, quando cidadãos brasileiros migraram para o Paraguai em busca de terras e melhores condições de vida.

Segundo a escritora Maria Rita Fontes Faria:

A partir da década de 80, o aumento das facilidades de informação e transporte intercontinental, associados ao processo de globalização, conjugou-se a quadro doméstico de estagnação econômica e desemprego, o que acabou por desencadear o início de correntes emigratórias que se prolongam até os

dias atuais (FARIA, 2015, p. 66).

Em contínua busca de melhorias e uma vida digna, na década de 80, os brasileiros começaram a migrar para outros países, como o Estados Unidos da América, pois com a advento da globalização, alastramento tecnológico e o transporte intercontinental, se tornou possível esta migração.

Entretanto, mesmo não residindo em seu país de origem, estes emigrantes tinham os deveres para com sua pátria. E assim como dever, também tinham seus direitos. Por meio disso, manifestações começam a acontecer, com o intuito de sensibilizar a nação a atender aos emigrantes, porque estes estavam sendo alvos de discriminações. Aos anos 2005 e 2008 aconteceu marcos importantes para que a reivindicação dos direitos dos emigrantes acontecesse. Em 2005 um brasileiro morreu, sendo vítima de agressão e, em 2008, ocorreu sucessivas retenções de brasileiros nos aeroportos espanhóis.

Segundo a professora antropóloga Dr. Bela Feldman-Bianco:

O ano de 2005 se transformou em outro marco da questão emigratória, demandando a atenção do Estado brasileiro. No mês de julho, o dramático assassinato do brasileiro Jean Charles de Menezes pela polícia de Londres, por ter sido confundido com um suposto terrorista árabe, teve grande repercussão no Brasil, trazendo à tona a vulnerabilidade dos migrantes brasileiros em situação indocumentada e a necessidade de acompanhamento permanente da política externa brasileira com respeito aos direitos humanos. (FELDMAN-BIANCO, 2016, p. 55).

O caso Jean Charles de Menezes, assassinado em uma estação de trem, teve uma repercussão enorme, perdurando ainda aos dias atuais, em razão da inconformidade da família de como o caso foi tratado e também pelo fato de não haver condenação dos policiais responsáveis.

A BBC NEWS Brasil menciona em sua reportagem, trazida por Luis Barrucho:

Jean Charles foi seguido até a estação de metrô de Stockwell, imobilizado e baleado sete vezes na cabeça e no ombro, em 22 de julho de 2005 [...]. Os policiais responsáveis pela operação pensaram se tratar de Hussain Osman, suspeito dos ataques a bomba fracassados do dia anterior no transporte público de Londres [...]. Jean Charles trabalhava como eletricista em Londres, onde chegou em 2002 com um visto de estudante [...]. Embora tenha dito que a morte poderia ter sido evitada, o Crown Prosecution Service (CPS, ou o Ministério Público britânico) disse que não havia evidências suficientes para uma chance de condenação superior a 50%. Por isso, nenhuma pessoa foi condenada individualmente pela morte. A Polícia Metropolitana foi multada em £ 175 mil libras por violar as leis de saúde e segurança. (BBC NEWS, 2020).

Quanto aos brasileiros retidos nos aeroportos espanhóis, no ano de 2008, a justificativa que informada a estes emigrantes era a de falta de documentação necessária para adentrar no território espanhol. Contudo, estes brasileiros começaram a sofrerem maus tratados e a não poderem se alimentar. Em represália a tal atitude, o Brasil começou

a não permitir a entrada de espanhóis em seu território, com a justificativa de falta de documentação necessária, também. Uma matéria publicada pela TVI notícias menciona:

As pessoas chegam aos países e volta para trás, com autênticas manobras de retaliação após um primeiro incidente surgido a 5 de Março, quando dois jovens pesquisadores brasileiros, que tentavam participar num congresso de Sociologia em Lisboa, foram impedidos de entrar em espaço espanhol quando aterraram no aeroporto de Barajas, em Madrid [...], juntamente com um grupo de outros 30 brasileiros, queixando-se ainda de terem ficado praticamente dois dias sem se poderem alimentar ou fazer um telefonema. Em todos os casos, as autoridades espanholas alegaram que os pesquisadores não tinham a documentação necessária, o que «causou profundo desagrado» no ministro das Relações Exteriores brasileiro [...]. As represálias começaram a acontecer de imediato e desde o início de Março já terão ficado retidos em aeroportos brasileiros cerca de vinte espanhóis, que terão sido repatriados para o seu país. (TVI, 2008).

Antes da promulgação da Lei n. 13.445/2017, a figura do emigrante não era vista, e por isso, não havia este termo na legislação. Aspirava-se apenas os interesses econômicos e sociais dos residentes na nação brasileira, descartando os residentes no exterior.

O doutrinador Dr. Sidney Guerra menciona acerca da Lei nº. 6.815, de 19 de agosto de 1980 – Estatuto do Estrangeiro:

Não se pode olvidar que à época que o estatuto foi concebido, a prioridade consagrada na legislação encontrava-se alicerçada em questões relativas à segurança nacional, aos interesses socioeconômicos do Brasil e ao trabalhador nacional [...]. No caso da nova legislação, o legislador preferiu adotar a figura do migrante e do visitante, em conformidade com a política consagrada na atualidade em prol dos direitos humanos. De certo modo, o termo empregado na lei 13.445/2017 faz com que o indivíduo, que não seja nacional do Estado, não se sinta estranho e preterido no local que se encontra, como se um forasteiro fosse. (GUERRA, 2017, p. 1722-1723).

Diante do considerado como prioridade pelo Estatuto do Estrangeiro, os migrantes não tinham seus direitos resguardados, contrário se faz na legislação vigente, pois o cenário mundial requer ainda mais a aplicação dos Direitos Humanos.

Em se tratando de Direitos Humanos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata em seu escopo como direito fundamental o artigo 5º, *caput*, que aduz:

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. (BRASIL, 1988).

O artigo supramencionado reflete sobre a paridade entre brasileiros e estrangeiros, bem como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diante disso, com a crescente aclamação por Direitos Humanos e consequentemente após a mudança do cenário nacional brasileiro, com a implementação do Estado Democrático de Direito e o crescente fluxo migratório, via-se necessidade de mudanças na legislação.

Mudanças essas com o intuito de promover a equidade de direitos entre os nacionais estrangeiros e os emigrantes brasileiros, afim de que estes tenham uma vida digna.

3 I A POLÍTICA EMIGRATÓRIA BRASILEIRA

As políticas emigratórias adotadas por um país têm o cunho de atender aos cidadãos brasileiros residentes fora de sua nação. O autor André Luiz Siciliano trata em seu trabalho sobre o conceito e origem das políticas emigratórias, com citado a seguir:

Políticas emigratórias são as medidas adotadas pelo governo para cuidar de seus cidadãos que migram para outros países. Essas medidas podem se referir ao agenciamento de emprego no exterior, à facilitação de remessa de valores ao país de origem, à instalação de representações consulares para permitir aos emigrantes exercerem sua cidadania mesmo do exterior, dentre outras. (SICILIANO, 2013, pg. 21).

Portanto, entende-se que as políticas emigratórias estão vinculadas aos países emissores de migrantes, o que permite ao Estado, como nação, levar o suporte onde estiver presente seus cidadãos, fazendo com que o emigrante não necessite ir até o governo, o governo que irá até ele.

Não é possível taxar os elementos para criação de uma política emigratória, em razão de que cada governo ter suas diretrizes governamentais, além do mais, as situações dos emigrantes variam de acordo com as necessidades.

O autor André Luiz Siciliano menciona em seu trabalho de mestrado pela universidade de São Paulo:

[...] que, como política pública, a políticas migratória possui um aspecto coercitivo oficializado que os cidadãos aceitam como legitimo (DIAS & MATOS, 2012), de forma que é imperativo que estejam consubstanciadas em instrumentos normativos. " (SICILIANO, 2017, pg. 26).

A política emigratória possui uma sistemática de aplicabilidade e normatividade, vislumbra-se aqui o Ministério das Relações Exteriores como órgão responsável por aplicar as políticas emigratórias, e não menos importante, a Lei de Migração nº 13.445/2017, cuja norma é responsável por atribuir os principais pontos sobre as políticas emigratórias em seu escopo, não sendo um rol taxativo. Contudo, serão tratados cada tema deste em tópicos apartados a seguir.

3.1 Ministério das Relações Exteriores – Itamaraty

O Ministério das Relações Exteriores, mais conhecido como Itamaraty, é o órgão da administração pública federal competente para cuidar das relações internacionais do Brasil com os demais países e pela participação brasileira em organizações internacionais.

Analogamente o MRE é comumente chamado de Itamaraty em razão do prédio em que se encontra este órgão governamental, por meio deste hábito criou-se a cultura desta

denominação. Conforme informações prestadas pelos sites do Governo Federal, o MRE já existia antes do Estado Democrático de Direito.

As origens do Ministério das Relações Exteriores remontam a 1821, quando houve a separação entre a Secretaria de Negócios Estrangeiros e a Secretaria de Guerra. Após a Proclamação da República, em 1889, a Secretaria de Negócios Estrangeiros foi denominada 'Ministério das Relações Exteriores'. (FEDERAL, 2021).

Outrossim o MRE desenvolveu-se de diversas formas, estabelecendo a sua estrutura e o quadro demonstrativo de cargos por meio do Decreto nº 9.683, de 9 de janeiro de 2019. Este Decreto contém 9 artigos, e os anexos I e II apresentam o funcionamento e as funções do Ministério das Relações Exteriores. Segundo Eduardo dos Santos (2015, pg. 71), entre as prioridades da nossa diplomacia consular, destaca-se as seguintes:

Assistir às comunidades brasileiras em países sul-americanos, sobretudo as mais carentes e em situação mais vulnerável. Apoiar as comunidades de maior dimensão (EUA, cerca de um milhão de brasileiros), de maior diversidade (Europa, aproximadamente 600 mil) e de maior singularidade (Japão, por volta de 190 mil). [...] Aprimorar a interlocução entre o Governo Brasileiro e seus nacionais no exterior por meio das "Conferências Brasileiros no Mundo", do "Conselho de Representantes de Brasileiros no Exterior" e dos "Conselhos de Cidadãos e de Cidadania". Coordenar-se com outros órgãos governamentais e outras instituições, com vistas ao atendimento das reivindicações dos Brasileiros no exterior. [...] Estabelecer ou fortalecer mecanismos de consultas e coordenação com outros países, especialmente sobre temas relacionados a comunidades nacionais, circulação de pessoas, serviços consulares e utilização de novas tecnologias nas áreas consular e migratória. (SANTOS, 2015).

Dante das diversas funções elencados no Decreto nº 9.683, este rol não é taxativo, podendo o MRE, por meio de seus consulados, prestar outras atividades de auxílio ou assistência a emigrantes, além do que, existem variados acordos de cooperação entre nações sobre o quesito imigração, como Brasil e Itália, Brasil e Portugal, entre outros.

O MRE é composto por 132 Embaixadas, 51 Consulados-Gerais, 11 Consulados, 8 Vice-Consulados, 11 Missões ou Delegações e 3 Escritórios, havendo subdivisões de servidores do Serviço Exterior Brasileiro: Diplomata; Embaixador, Cônsul-geral, Chanceler e Cônsul Honorário, cada um com sua respectiva função e atividade.

Neste momento, vale ressaltar a diferença entre Embaixadas e Consulados, pois eles geralmente são confundidos, porém, são distintos. Embaixadas são responsáveis pelas relações interacionais do Brasil com os demais Estados. Já os consulados têm a função de oferecer proteção aos nacionais residentes no exterior. São nos consulados que os emigrantes devem buscar solução para seus conflitos.

O embaixador é o chefe nomeado para a missão diplomática, é o cargo diplomático de grau mais elevado, cuja função é a de informar o país de origem sobre acontecimentos nas demais nações. O embaixador também tem como função a busca por melhorias na

imagem internacional do seu país e tem a prerrogativa de promover relações com intuito de aprimorar vínculos econômicos, culturais e científicos, etc. Já o diplomata é o responsável por representar o país de origem diante de outras nações. Tem a função de negociar acordos, impulsionar novas relações culturais e econômicas, e assim como o embaixador, busca aperfeiçoar a imagem internacional do país, etc. Quanto ao chanceler, este é o título conferido ao Ministro das Relações Exteriores. Em suma, são a estes atribuído a função de representar o país sobre as questões públicas e políticas no exterior.

Cônsul-Geral é o título conferido ao diplomata que chefia um Consulado-Geral. O cônsul tem a função de gerir os interesses privados dos seus nacionais, ou seja, serviços notariais (registro de nascimentos, óbito, procurações, contratos, etc.) ou promoção de auxílios aos nacionais em estado de vulnerabilidade. Insta salientar ainda sobre o cônsul honorário, que não é servidor público [...]

[...] sua nomeação se faz a título honorífico. Trata-se de um cidadão brasileiro ou estrangeiro, com bom perfil local ou regional, que se mostra disposto e capacitado a agir, na sociedade estrangeira em que está inserido, em favor dos interesses do Estado brasileiro e de seus nacionais. Não recebe qualquer remuneração ou desembolso de despesas, e não dispõe de repartição nos moldes de uma repartição consular brasileira para os auxílios que presta. Trata-se de um serviço voluntário para auxiliar a comunidade brasileira residente e, em casos de emergência, os viajantes brasileiros que ali se encontram (FEDERAL, 2021).

O MRE, com essa gama de servidores, está imbuído de gerir políticas migratórias para os brasileiros emigrantes, mas, isso não quer dizer que terá um Consulado em cada País, por exemplo, a Embaixada do Brasil em Camberra, representa o Brasil na Austrália e também nas Ilhas Salomão, Papua Nova Guiné, Vanuatu, Fiji e Nauru.

Conforme dados do Governo Federal, são atendidos em média 15 mil brasileiros e estrangeiros pela Rede Consular, atendimentos estes feitos por e-mail, telefone, fax e também presencialmente. Além do mais, estes Consulados devem prestar informações para regularização documental; oferecer palestras para que o emigrante não fique lesado sobre seus direitos, principalmente no âmbito trabalhista; proporcionar atendimento jurídico a emigrantes que sofram maus tratos; amparo a brasileiros presos no exterior; entre outras assistências.

3.2 Lei de Migração n. 13.445/2017

A Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração) entrou em vigor em novembro de 2017, revogando a Lei n. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), sendo esse estatuto previsto sob o regime militar. Diante disso, é cristalino que a nova lei promulgada trouxe aspectos igualitários e humanitários sobre os tratamentos dos migrantes, já que o cenário já se fazia outro.

A Lei de Migração trata de direitos e dos deveres do migrante e do visitante no Brasil; regula a entrada e a permanência de estrangeiros e prevê normas de proteção ao

brasileiro no exterior. Estabelece também alterações na nomenclatura, substituindo a figura do estrangeiro para a do migrante, conforme aduz o artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - (VETADO);

II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior; (BRASIL, 2017).

Grande inovação trouxe a nova lei ao tratar do emigrante, assim como as demais nomenclaturas no inteiro teor no artigo 1º garantindo, portanto, direitos e até mesmo proporcionando tratamento humanitário para os migrantes.

Diante de tais implementações que a Lei de Migração trouxe, insta salientar, em especial, o texto normativo presente no Capítulo VII – Do Emigrante, compreendido em duas seções que trata Das Políticas Públicas para os Emigrantes e Dos Direitos do Emigrante, dos artigos 77 a 80.

3.2.1 Das Políticas Públicas para os Emigrantes

Em se tratando de emigrante, a Lei n. 13.445/2017 em seu artigo 77 e demais incisos, sucintamente, elucida que terão direitos aplicados através de políticas emigratórias, sendo elas: a proteção e assistência consular; condições de vida digna; oportunidade de estudos e pesquisas sobre os emigrantes; atuação diplomática em defesa de direitos do emigrante.

“Proteção e prestação de assistência consular” e “promoção de condições de vida digna” – incisos I e II – (BRASIL, 2017). Os consulados prestarão serviços aos indivíduos da pátria que lhes representa, por meio de mediações para resolução de problemas dos emigrantes, bem como promover um aporte a vida digna dos emigrantes, através de intermédio a procura de emprego, assistência jurídica, e até mesmo ajuda em questões de morte e crimes ocorridos a emigrantes brasileiros.

“Promoção de estudos e pesquisas sobre os emigrantes e as comunidades de brasileiros no exterior, a fim de subsidiar a formulação de políticas públicas” – inciso III – (BRASIL, 2017). Os consulados promoverão o saber sobre a comunidade emigrante também integra a dignidade destes indivíduos, permitindo que o emigrante conheça a situação dos demais brasileiros que vivem fora de sua pátria, promovendo um pensar crítico, o qual ensejará a criação de novas políticas emigratórias que envolverá novos emigrantes.

“Atuação diplomática, nos âmbitos bilateral, regional, multilateral, em defesa dos direitos do emigrante brasileiro, conforme o direito internacional” – inciso IV – (BRASIL, 2017). Os representantes diplomáticos far-se-ão presentes nos diversos âmbitos para

promover a defesa dos emigrantes, realizando os levantamentos de questões suscitadas pelos brasileiros em decorrência das dificuldades vislumbradas. A revista GAZETA menciona em reportagem a atuação do Itamaraty em busca de brasileiros desaparecidos em Bahamas, no ano de 2016:

O Ministério das Relações Exteriores encerrou a busca pelos brasileiros que desapareceram nas Bahamas em novembro do ano passado. Um grupo de 19 integrantes (entre brasileiros, dominicanos e cubanos) desapareceu depois de uma tentativa de travessia marítima ilegal das Bahamas para os Estados Unidos. Um ano depois, o caso continua sem resposta definitiva.

Em audiência pública realizada nesta terça-feira, 5, na Câmara dos Deputados, a diretora do Departamento Consular e de Brasileiro no Exterior, Maria Luiza da Silva, afirmou que a conclusão das investigações depende de órgãos estrangeiros, que em algum momento também vão considerar as buscas como encerradas. (GAZETA, 2017).

O acontecido em Bahamas, como mencionado, afeta diretamente cidadãos brasileiros, já que havia nacionais no ocorrido. Portanto, a atuação do MRE é imprescindível para que o povo brasileiro não fique desamparado.

“Ação governamental integrada, com a participação de órgãos do governo [...], visando a assistir as comunidades brasileiras no exterior” – inciso V – (BRASIL, 2017). Os consulados juntamente com os emigrantes podem promover ações para que atinjam toda a comunidade brasileira no exterior, garantido a vida digna, mencionada no inciso II. Em matéria publicada no site do Governo Federal, ocorreu no dia 01 de março de 2022 um encontro entre a ministra da Mulher e com brasileiros membros da sociedade civil da região da suíça:

Em encontro com brasileiros membros da sociedade civil na região da Suíça nesta terça-feira (1º), em Genebra, a ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damares Alves, defendeu uma maior integração entre as ações praticadas pelo terceiro setor e o governo brasileiro. O encontro foi promovido pelo Consulado Brasileiro de Genebra. Em três horas de evento, a gestora ouviu cerca de 20 representantes de organizações que apoiam imigrantes brasileiros e ajudam a promover a cultura junto à comunidade daquele país. Todos apresentaram projetos que podem ser apoiados ou replicados no Brasil. (FEDERAL, 2022).

A integralidade entre a sociedade e os órgãos do governo responsáveis pela aplicação das políticas públicas emigratórias é de grande valia, pois, com o trabalho em conjunto, é possível garantir que os governos saibam os anseios destes indivíduos.

“Esforço permanente de desburocratização, atualização e modernização do sistema de atendimento, com o objetivo de aprimorar a assistência ao emigrante” – inciso VI – (BRASIL, 2017). Mesmo diante das dificuldades das migrações ilegais, os consulados devem prestar a assistência devida também a estas pessoas, promovendo um acesso completo, menos burocrático e facilitado para que estes consigam viver dignamente. Devendo também buscar novas tecnologias para melhorar o atendimento aos emigrantes,

conseguindo assim uma integralidade assistencialista. Um exemplo disto é a forma das eleições, já que todo cidadão brasileiro, acima de 18 anos, tem a obrigatoriedade de votar, independente de residente no Brasil ou não.

Qualquer cidadão brasileiro acima de 18 anos que resida fora do país deve cumprir com suas obrigações eleitorais, isto é, deve votar no exterior. Esta regra é opcional apenas para maiores de 16 anos e menores de 18, assim como residentes com mais de 70 anos e analfabetos. [...] Aos indivíduos que possuem domicílio eleitoral no exterior (Zona Eleitoral ZZ), o voto é exigido apenas nas eleições para Presidente e Vice-Presidente da República.

[...] O Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal é o responsável por organizar a votação fora do território nacional, contando com o apoio da Rede Consular brasileira de cada país. As Repartições Consulares (ou Missões Diplomáticas) irão informar aos eleitores sobre como votar no exterior, no que se refere ao horário e local da votação. Também é possível ter acesso a essa informação através do portal do TSE, na aba “Local de votação”. (EURO DICAS, 2022).

As eleições é um marco importantíssimo para o brasileiro expressar seu direito de voto, em razão disto, os emigrantes brasileiros são obrigados a votar, independentemente de sua localização. Contudo, diferente dos residentes no Brasil, o voto será exigido somente nas eleições para Presidente e Vice-Presidente da República.

Apontados as políticas públicas para os emigrantes, passasse agora a discussão dos Direitos dos Emigrantes, elencados nos art. 78, 79 e 80.

3.2.2 Dos Direitos dos Emigrantes

Em se tratando dos direitos dos emigrantes, os artigos 78, 79 e 80 da Lei de Migração regulam situações específicas, cujo problema era ignorado pela legislação anterior. Em suma, trata-se do retorno dos emigrantes ao país de origem, assistencialismo preferencial ao emigrante em razão de ameaça à paz social e a ordem pública e direitos trabalhistas em trabalhos como tripulante em embarcações ou armadoras estrangeiras.

O artigo 78 trata dos direitos do brasileiro que deseja retornar a seu país de origem e garante ao emigrante a isenção de taxas de importação e aduaneiras, permitindo que ele transporte seus bens, novos e usados, compatíveis com as circunstâncias da viagem, desde que, estes bens não culminem em cunho comerciais e industriais.

Art. 78. Todo emigrante que decida retornar ao Brasil com ânimo de residência poderá introduzir no País, com isenção de direitos de importação e de taxas aduaneiras, os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, puder destinar para seu uso ou consumo pessoal e profissional, sempre que, por sua quantidade, natureza ou variedade, não permitam presumir importação ou exportação com fins comerciais ou industriais. (BRASIL, 2017).

A revista VEJA no ano de 2012, publicou uma matéria informando dados do último censo do IBGE de 2010, dos números de brasileiros que retornaram ao Brasil entre 2000

e 2010.

O número de brasileiros que viviam no exterior e decidiram retornar ao país praticamente duplicou na última década, ao passar de 87.900 em 2000 a 174.597 em 2010, segundo dados do Censo de 2010 [...]. Os brasileiros representam 65% dos 268.468 imigrantes internacionais recebidos pelo país em 2010, contra 61,2% em 2000, de acordo com os índices divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. (VEJA, 2012).

Observa-se que o último censo o IBGE foi no ano de 2010, sendo que a Lei de Migração é do ano de 2017. Portanto, o brasileiro que retornam a seu país de origem possui o benefício mencionado no art. 78 da Lei nº. 13.445/2017.

Já o artigo 79, trata da assistência preferencial ao emigrante que sofre de ameaça à paz social ou de calamidade de grande proporção, tendo estes direitos ao atendimento emergencial, como são os casos de assistência jurídica em mortes de emigrantes brasileiros, retorno ao país de origem em razão de vivência em calamidade e precariedade, entre outros.

Art. 79. Em caso de ameaça à paz social e à ordem pública por grave ou iminente instabilidade institucional ou de calamidade de grande proporção na natureza, deverá ser prestada especial assistência ao emigrante pelas representações brasileiras no exterior. (BRASIL, 2017).

As ações de retorno de brasileiros residentes na China no auge da pandemia são formas de aplicabilidade direta do art. 79.

Os ministérios da Defesa e das Relações Exteriores afirmaram em nota, neste domingo (2), que o governo trará de volta todos os brasileiros que se encontram em Wuhan – a cidade mais afetada pela epidemia de coronavírus na China – e que manifestem desejo de retornar. No comunicado, as pastas afirmam que o governo “adota todas as medidas necessárias”. (G1, 2020).

As ações dos Ministérios da Defesa e das Relações Exteriores que promoveu o retorno de brasileiros em época de pandemia é, diretamente, uma forma de vislumbrar os direitos previstos no artigo 79.

Outra forma de aplicabilidade dessa política pública aos dias atuais são os resgates a brasileiros que residiam a Ucrânia, país que está em eminente guerra com a Rússia.

O KC-390 saiu de Brasília no dia 7, uma segunda, e fez três escalas técnicas: uma em Recife, outra na Ilha do Sal (Cabo Verde) e a última em Lisboa (Portugal). Nesta quarta, chegou a Varsóvia, na Polônia. A aeronave levou doações para a Ucrânia e foi resgatar brasileiros que fogem do conflito. Além de repatriar 40 brasileiros que moram na Ucrânia, o governo vai resgatar 23 ucranianos e um polonês, que já conseguiram visto humanitário para desembarcar em solo brasileiro. Também serão trazidos seis cachorros, pertencentes às famílias - os donos foram dispensados pelo governo brasileiro de apresentar um certificado veterinário internacional. (VEJA, 2022).

O artigo 79 também trata das hipóteses de guerra, em razão disso, a disponibilidade de meios para buscar seus nacionais em locais de guerra é, diretamente, outra forma de

vislumbrar a garantia dos direitos previstos na legislação.

Em relação ao artigo 80, este trata dos direitos trabalhistas em situações específicas de trabalho como tripulante em embarcações ou armadoras estrangeiras, fazendo com que o indivíduo tenha condições trabalhistas humanísticas, e não permitindo o abuso contra estes. Promove também paridade de direitos, já que permite os benefícios de apólice mais favorável.

Art. 80. O tripulante brasileiro contratado por embarcação ou armadora estrangeira, de cabotagem ou a longo curso e com sede ou filial no Brasil, que explore economicamente o mar territorial e a costa brasileira terá direito a seguro a cargo do contratante, válido para todo o período da contratação, conforme o disposto no Registro de Embarcações Brasileiras (REB), contra acidente de trabalho, invalidez total ou parcial e morte, sem prejuízo de benefícios de apólice mais favorável vigente no exterior. (BRASIL, 2017).

Estes direitos resguardados são apenas uma abertura inicial aos diversos temas que podem ser levantados por eles, partindo disso, um maior arcabouço de direitos adquiridos pelo emigrante.

Estas políticas migratórias mencionadas deverão ser aplicadas pelos consulados no exterior, que ficam aos cuidados do Ministério de Relações Exteriores (Itamaraty), que dada a sua importância, convém ser tratado na sequência.

4 | OS DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA EMIGRATÓRIA BRASILEIRA

Os brasileiros saem do seu país de origem em busca de melhores condições de vida, em busca da tão sonhada estabilidade financeira. Normalmente, os casos de brasileiros que conseguem o visto residentes/permanente podem variar entre transferências para cargo de trabalho no exterior, estudantes bolsistas para pesquisas acadêmicas, dupla nacionalidade, e também a possibilidade de “green card” (US Permanent Resident Card é um visto permanente de imigração concedido pelas autoridades daquele país).

O número total de brasileiros no exterior é incerto, em razão de existir uma gama de indivíduos instalados de forma irregular. Mas, em se tratando dos brasileiros regulares, tem-se em média 4,2 milhões segundo dados da Polícia Federal, apresentado pela CNN Brasil Business.

Existe acordo entre países para reduzir a imigração ilegal, como o acordo de mobilidade entre os países do CPLP (Comunidade de Países de Língua Portuguesa) - Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste, facilitando a entrada de brasileiros no exterior. Porém, esses brasileiros serão contabilizados somente quando procuram o consulado para adquirir conhecimento do que fazer. Infelizmente, não é o que ocorre. A busca pelos consulados não é prioridade, e por isso, a contabilidade não apresenta números exatos. Insta salientar,

que o banco de dados não é compartilhado, portanto não há efetividade do trabalho dos consulados.

Muitos dos brasileiros desconhecem a existência de órgãos consulares que trabalham para o auxílio dos residentes fora de sua pátria. Em razão disso, deixam de buscar o assistencialismo proporcionado pela legislação e aplicado pelo MRE, representado pelos seus consulados espalhados pelo mundo.

Os brasileiros em situação precária no exterior, cujo sonho não pode ser realizado, e acabam buscando ajuda nos consulados para que possam retornar ao Brasil. Estes consulados prestam a assistência adequada através da Defensoria Pública da União, mas há investigações para que fique claro a condição precária destes imigrantes. Além disso, investigam a família, para comprovar que ela também não tem possibilidade de custear a volta de seu ente querido.

Além do mais, em caso de morte de brasileiros no exterior, os consulados prestam assistência jurídica para que seja feito a emissão da certidão de óbito, inventário e também, em caso de menores de idade, promovem a volta destes para uma possível guarda desses menores. Entretanto, toda essa assistência será prestada com a devida investigação sobre o custeio desses procedimentos.

A atuação do consulado não é contumaz, por isso, não é possível dizer que os atributos dados pela legislação são aplicados na íntegra. Nesta perspectiva, ocorrendo a ida do emigrante diretamente ao consulado após adentrar ao país que o acolhe, poderia ser-lhe prestado os devidos esclarecimentos e assistência necessária, promovendo, portanto, a efetivação dos direitos descritos na Lei n. 13.445/2017.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência do aumento da quantia de brasileiros que busca a vida digna fora de sua pátria, fato observável desde o século XX, o Brasil deixou de ser um país destino e tornou-se um país origem de emigrantes, sendo esse fato o reflexo da ascensão da globalização.

Neste contexto, o número de brasileiros emigrantes já se fazia alto, porém, não havia um quantitativo exato, em razão das emigrações ilegais e da falta de comunicabilidade entre as fronteiras e os consulados.

Mediante tal fato, a aplicabilidade de políticas públicas de emigração promovidas pela Lei de Migração em conjunto ao Ministério das Relações Exteriores e consulados, não se torna possível. Em contrapartida, essas políticas emigratórias podem ser suscitadas mediante a busca dos brasileiros aos consulados, o que deveria ocorrer inversamente, já que se fala aqui em ações governamentais em outras delimitações de competência territorial.

Tratado dos aspectos principais, fala-se agora de objetivo maior, sendo ele: e

possível dizer se a política emigratória brasileira, por meio do que dispõe a Lei de Migração, bem como da estrutura oferecida pelo Ministério das Relações Exteriores, efetivamente atendem os brasileiros no exterior?

Neste sentido, em análise realizada sobre as políticas migratórias descritas na lei, pode se depreender que os emigrantes brasileiros têm total aparato legal sobre seus direitos e a quais órgãos devem recorrer para serem atendidos, conforme prevê a legislação vigente. Infere-se que esse vislumbrar de direitos e deveres a emigrantes não tem a devida propagação, ocorrendo o desfecho da falta de informação aos emigrantes.

Todavia, estes indivíduos não conhecem seus direitos como cidadão brasileiro em outra nação e isso ocorre devido o emigrante não possuir total informação ao adentrar território estrangeiro e tão pouco orientação necessária para que possa buscar auxílio nos consulados. Muito destes brasileiros não detém nem a informação sobre a existência de consulados que representam o seu país no exterior.

Insta salientar ainda que, este trabalho promoveu o saber crítico sobre as questões políticas e regimentais do MRE e seus consulados, bem como a problemática vislumbrada por este órgão quanto à aplicação das políticas migratórias. Isso porque, no tocante às dificuldades identificadas por esses órgãos, tem-se a migração ilegal, situação na qual se encontram diversos brasileiros que deixam o Brasil e em razão disso, ocasionam falha na prestação dos serviços previsto na Lei de Migração.

Ademais, constata-se que além da problemática citada, a falta de comunicação entre as fronteiras dos Estados sobre a entrada dos brasileiros em seu território enseja consequências graves, gerando um déficit de agrupamento e compartilhamento de dados e ineficácia da assistência que deveria ser prestada.

Em face da dificuldade auferida, o Ministério das Relações Exteriores e seus consulados continuam promovendo o atendimento aos que chegam até estes órgãos buscando assistência, e é em virtude disso que o MRE, juntamente com os emigrantes devem cooperar em busca de melhorias nas políticas migratórias – art. 77, III, da Lei nº 13.445/2017.

Contudo, é de grande valia que os consulados aprimorem a captação desses emigrantes de forma mais eficaz, permitindo assim que os números de atendimento aumentem e os brasileiros não fiquem à deriva. O resultado da captação pode atingir até mesmo os números de imigrações ilegais, uma vez que os emigrantes serão computados e cotados, formando-se um banco de dados de emigrantes.

Por fim, conclui-se que a lei de migração possui políticas migratórias adequadas, a nível de legislação que vislumbra os direitos humanos, promovendo a garantia legal de direitos aos brasileiros que moram o exterior. Todavia, essas políticas migratórias devem ser efetivadas com veemência, tendo o Ministério das Relações Exteriores o potencial para viabilizar o agrupamento e compartilhamento de informações entre as fronteiras, para que assim seja instruído mais emigrantes, estes possam buscar seus direitos elencados e

diante disso, conseguirem a assistência adequada nos consulados.

REFERÊNCIAS

BARRUCHO, Luis. 15 anos sem Jean Charles de Menezes: 'Minha dor ainda não acabou', diz mãe. **BBC NEWS BRASIL**. Londres, 22 de jul. de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53494916>> Acesso: 20 set. 2022.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF. 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm> Acesso: 15 set. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF, 24 de mai. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm> Acesso em: 15 set. 2021.

DOS SANTOS, Eduardo. **A questão migratória no mundo globalizado. Brasileiros no exterior, a emigração e o retorno**. EJ Peixo do Prado & R. Cohelo (Coords.), Migrações e trabalho, p. 69-78, 2015.

EURODICAS. **Votar no exterior: como votar, transferir título e justificar voto**. 2022. Disponível em: <<https://www.eurodicas.com.br/votar-no-exterior/>> Acesso: 20 mar. 2022.

FARIA, Maria Rita Fontes. **Migrações internacionais no plano multilateral: reflexões para a política externa brasileira**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, p. 66, 2015.

FEDERAL, Governo. Ministra encontra brasileiros residentes na Suíça e pede maior integração com as políticas públicas de governo. **Reunião foi promovida pelo Consulado Brasileiro de Genebra. Gestora ouviu cerca de 20 organizações que apoiam imigrantes brasileiros**. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/marco/ministra-encontra-brasileiros-residentes-na-suica-e-pede-maior-integracao-com-as-politicas-publicas-de-governo>> Acesso: 20 mar. 2022.

FEDERAL, Governo. **Perguntas Frequentes**. 2021. <<https://www.gov.br/mre/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/assistencia-aos-brasileiros-no-exterior#II.12>> Acesso: 15 set. 2021.

FEDERAL, Governo. **Perguntas Frequentes**. 2021. <<https://www.gov.br/mre/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/o-itamaraty-e-as-carreiras-do-servico-exterior#seis>> Acesso: 15 set. 2021.

FELDMAN-BIANCO, Bela. **Memórias de luta: Brasileiros no Exterior (1993-2010)**. REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 24, p. 55, 2016.

G1. Coronavírus: governo diz que trará todos os brasileiros que quiserem sair de Wuhan, na China. Decisão foi anunciada após brasileiros gravarem vídeo para pedir ajuda. Na mensagem, eles dizem que estão dispostos a ficar sob quarentena. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/02/coronavirus-brasil-trara-todos-os-brasileiros-que-quiserem-sair-de-wuhan-na-china-diz-defesa.ghtml>> Acesso: 20 mar. 2022.

GAZETA. Itamaraty encerra busca por brasileiros desaparecidos nas Bahamas. Entre os desaparecidos estão migrantes dos estados de Minas Gerais, Rondônia, do Pará e Tocantins. 2017. Disponível em: <<https://www.gaz.com.br/itamaraty-encerra-busca-por-brasileiros-desaparecidos-nas-bahamas/>> Acesso: 20 mar. 2022.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. Revista de Direito da Cidade, v. 9, n. 4, p. 1722-1723, 2017.

NAKAGAWA, Fernando. Números de brasileiros no exterior cresce e chega a 4,2 milhões. CNN BRASIL. São Paulo, 03 nov. 2021. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/numero-de-brasileiros-no-exterior-cresce-e-chega-a-42-milhoes/#:~:text=O%20n%C3%A9o%20de%20brasileiros%20no%20exterior%20chegou%20a%204%2C2,0%20%20aumento%20foi%20de%2036%25>> Acesso: 15 set. 2021.

NOTÍCIAS, Tvi. Aumenta mal-estar entre Brasil e Espanha. Cidadãos dos dois países continuam a ser retidos nos aeroportos. 2008. Disponível em: <<https://tvi.iol.pt/noticias/internacional/13-03-2008/aumenta-mal-estar-entre-brasil-e-espanha>> Acesso: 20 mar. 2022.

SICILIANO, André Luiz. A política migratória brasileira: limites e desafios. Universidade de São Paulo – Instituto de Relações Internacionais. p. 21-26, 2013.

VEJA. Avião da FAB com brasileiros que estavam na Ucrânia segue para Brasília. Aeronave decolou de Lisboa às 20h30, horário do Brasil. Após uma parada técnica em Cabo Verde, está a caminho da capital federal. 2022. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/aviao-da-fab-com-brasileiros-que-estavam-na-ucrania-segue-para-brasilia/>> Acesso: 20 mar. 2022.

VEJA. Número de brasileiros que retornam do exterior duplicou em uma década. 2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/numero-de-brasileiros-que-retornaram-do-exterior-duplicou-em-uma-decada/>> Acesso: 20 mar. 2022.

CAPÍTULO 4

MERCADO, ESTADO, SOCIEDADE E ATIVISMO JUDICIAL: AS TENSÕES ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA NO CASO DA PETIÇÃO 3388 JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Data de aceite: 01/09/2023

Antonio Celso Baeta Minhoto

Doutor em Direitos Fundamentais e Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP;

Professor permanente do programa de mestrado em Direito da Universidad Libre de Bogotá, Colômbia; Professor convidado das Universidades de Liège e Leuven, Bélgica e Anahuac, Cidade do México, México; Pesquisador do CNPq; Professor Titular de Direito Público da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP – USCS; Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP; advogado atuante em São Paulo. Autor de obras jurídicas

contudo, que a inclusão social não pode ser um valor absoluto, devendo se harmonizar com outros valores igualmente relevantes, sendo que no caso destacamos a livre iniciativa e a atividade empresarial. Ao final, como uma referência analítica, trazemos o caso da Petição 3388 (Reserva Raposa Serra do Sol), demarcada em julgamento do STF.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; minorias; atividade econômica; livre-iniciativa.

MARKET, STATE, SOCIETY AND JUDICIAL ACTIVISM: THE TENSIONS BETWEEN SOCIAL INCLUSION AND FREE INITIATIVE IN THE CASE OF PETITION 3388 IN THE SUPREME FEDERAL COURT

RESUMO: o ativismo judicial, especialmente aquele produzido pelas mais altas cortes em seus países – e no caso do Brasil de forma marcante pelo Supremo Tribunal Federal – é um dos temas mais ricos para um debate contemporâneo dentro do direito, de modo especial quanto à concretização de políticas públicas, bem como a potencial inclusão social que tais políticas acarretem ou possam acarretar. Há que se ponderar,

ABSTRACT: the judicial activism, specially the one that comes from the highest courts all around the world – and, in Brazil's example, in a remarkable way by the Supremo Tribunal Federal –, is certainly one of the richest issues for a contemporary debate inside law studies, specially towards the public policies concretization, as well the social inclusion that its policies could bring. We must consider, in the other hand, that social inclusion couldn't be a absolute value,

ought to be harmonized with other relevant values, and, in this case, we contrasted the free enter enterprise and the business activity. At the end, as a analytical reference, we brought the Petition 3388 (Raposa Serra do Sol Reserve), delimited on a STF judgment.

KEYWORDS: judicial activism; minorities; economical activity; free enterprise.

1 | INTRODUÇÃO

O ativismo judicial vem sendo objeto de discussões não somente no campo jurídico, seu campo de manifestação evidente, mas do mesmo modo em outras áreas, especialmente na política, na sociologia e também na economia, que, neste estudo, será objeto de uma atenção mais detida.

Parece evidente, conquanto se revele útil frisar, que a abordagem econômica aqui pretendida é aquela voltada especificamente ao desenvolvimento econômico, tal como estampado e tratado no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, e não algo mais afeto a uma teoria econômica.

Esse olhar para o desenvolvimento econômico em intercruzamento com o ativismo judicial recebe, ainda mais, a questão das minorias como um tema-base do estudo presente, afinal, o julgamento ocorrido no STF para delimitar a Reserva Raposa Serra do Sol – adotada aqui como base analítica concreta – envolveu de modo direto uma minoria, no caso os indígenas.

Referido julgamento, conquanto aplaudido por muitos como uma suposta demonstração do que se poderia nominar de “bom ativismo”, teve forte impacto sobre a economia local, especialmente com relação a atividade agrícola, cuja localização completa se dava justamente na área demarcada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a ser, de tal julgamento em diante, terra indígena, e local de onde os produtores rurais tiveram que se retirar.

Saber até que ponto o julgamento em foco atingiu os objetivos esperados de uma decisão tão ampla e com consequências tão profundas para a realidade local em que se encontra a reserva, descortinar as características do ativismo judicial e como sua manifestação está se dando em solo brasileiro e, por fim, projetar que tipo de desdobramentos podem ser intuídos do inter-relacionamento de todos esses elementos, é o objetivo central deste estudo.

2 | ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

Pela expressão ativismo judicial se buscou e ainda se busca caracterizar aquela conduta de protagonismo adotada pelo Poder Judiciário quanto à consecução, implementação e concreção de políticas públicas ou mesmo princípios e/ou valores estampados, via de regra, na constituição.

Essa ideia, no entanto, deve ser melhor entendida e, inclusive, ver-se inserida na

questão da teoria da separação dos poderes estatais, a fim de se evitar juízos superficiais ou apressados quanto aos seus caracteres mais destacados.

Como é de conhecimento comum, a separação dos poderes não é um instituto exatamente de criação de Monstesquieu, tal como exposto em sua conhecida obra o “Espírito das Leis”, mas foi ali que a simples noção de repartição do poder estatal ganhou um tratamento mais detido, mais efetivo e até mais dedicado.

O móvel fundamental da separação ou repartição dos poderes estatais é a limitação do poder. Sob a fórmula dos “freios e contra-pesos” (*checks and balances*), ou seja, da mútua fiscalização exercida por um poder em relação ao outro, repousa o que parece ser o real motivo de tal concepção: gerar ou obter uma real limitação do poder estatal.

A obra acima destacada é de 1748 e se voltava, como não poderia ser de outro modo, às condições sócio-políticas dadas àquela altura, fundamentalmente ligadas a uma estrutura de um poder absolutista, no que se refere ao campo político, e ainda buscando um rumo em busca da modernidade, relativamente ao campo social.

Montesquieu sabia – ecoando um sentimento que ia se sedimentando naquele momento – que o poder praticamente ilimitado do rei era conclusivamente um incômodo para uma sociedade que aspirava desenvolvimento e principalmente liberdade e, nesta linha conceitual, projetou a repartição desse poder político como forma de se conceber uma nova estrutura política, bem como social. Separar os poderes estatais, assim, surgiu fundamentalmente como forma de se evitar o arbítrio e limitar esses poderes.

Com o advento da Revolução Industrial (1756-1850, *circa*), mas especialmente com as mudanças sociais, econômicas e políticas consolidadas notadamente do início até meados do século XX, o Estado foi chamado a cumprir funções muito mais diversificadas e complexas em relação àquelas observadas no século XVIII, quando surge a teorização da separação dos poderes.

E neste ponto podemos agregar à limitação do poder também o conceito de um ganho administrativo, de um ganho em termos de eficiência para as ações estatais com a adoção da separação dos poderes.

De fato, parece claro que a segmentação de atividades, em qualquer estrutura administrativa, tem por consequência a especialização de cada setor ou área em relação às atividades típicas ali desenvolvidas, o que redunda num aprofundamento da *expertise* típica de tais funções, seja em relação ao desenvolvimento de métodos e procedimentos próprios, seja no incremento técnico em si, no avanço tecnológico e de conhecimentos relativamente a tais atividades.

Esse ganho administrativo adquiriu especial relevo com a mudança da configuração estatal observada especialmente na primeira metade do século XX. De um Estado absenteísta e imerso num liberalismo de feição ainda bastante ortodoxa, com, ainda mais, poucas ou limitadas funções a desempenhar, o começo do século passado vê surgir um Estado de feição mais social, mais voltado à criação e proteção de direitos coletivos.

Além desses direitos, o Estado surgido dessa inflexão de forças e de eventos históricos – 1ª Guerra Mundial, Revolução Russa, Constituição Mexicana, Constituição de Weimar – também assume um papel muito mais protagônico na atividade econômica, algo a encontrar uma espécie de síntese na política do *New Deal* de Roosevelt, nos EUA.

Esse “novo” Estado, tal como acima exposto, se vê assim às voltas com muitas outras atividades inexistentes ao tempo da teorização primitiva da separação dos poderes. A limitação do poder segue sendo importante neste contexto, mas o ganho de eficiência em termos administrativos, a obtenção de uma burocracia estatal mais eficiente, é um ponto a ser levado em conta, especialmente quando buscamos uma análise mais contemporânea da repartição do poder estatal.

Outro aspecto de relevo, ainda neste contexto de contemporaneidade, é que os elementos acima destacados, limitação do poder e ganho em eficiência administrativa, são como que inspirados por uma ideia que passa a ser um verdadeiro princípio informativo: equilíbrio entre os poderes estatais. Equilíbrio e harmonia.

Sai de cena a separação estanque, a ideia de compartimentos rigidamente separados que, por vezes, lutam para demarcar com a máxima rigidez seus próprios limites, e os limites dos outros poderes, para se adotar uma visão de convívio entre independência e equilíbrio como elementos inerentes a esta segmentação de poderes estatais.

Esta visão, a bem da verdade, nem é exatamente tão contemporânea assim, eis que Carl Schmitt, por exemplo, já a indicava como sendo um elemento vital, anotando que “a constituição inglesa representada por Montesquieu garante a liberdade dos cidadãos não através da separação dos poderes, mas através do equilíbrio dos poderes”¹. E na mesma linha segue Madame de Staël-Holstein²:

O equilíbrio dos poderes não significa o jogo dos contrapesos, que nada mais seria do que um equilíbrio de forças que originaria um conflito ininterrupto entre os poderes para obter a supremacia. Equilibrar os poderes significa a série de combinações que os leva a encontrar um acordo.

O equilíbrio harmônico defendido pelos doutrinadores destacados, bem de se ver, se encontra previsto em nossa Constituição Federal que não apenas contempla a repartição de poderes do Estado, mas expressamente defende que esta seja harmoniosa entre os elementos componentes dessa separação (Executivo, Legislativo e Judiciário), sem prejuízo da independência de cada um deles no desempenho de suas funções (art. 2º, CF).

Não é, portanto, exatamente na avaliação estrita e rigorosa do desempenho das funções tidas como típicas de cada poder estatal que se encontra o âmago ou mesmo a necessidade de tal separação. Nem mesmo na observação detida dos limites de cada poder na articulação das ações que lhe são próprias ou peculiares, mas, ao menos com

1 SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petropolis: Vozes, 1992, p. 85.

2 *Lettres sur les ouvrages et le caractère de Jean-Jacques Rousseau* (1788), apud SCHEFFER, op. cit., p. 86.

muito mais força, é no equilíbrio e no convívio harmônico entre tais poderes que está o real foco de interesse de suas repartições.

O contraponto acima se afigura relevante, pois, se aos juízes e magistrados de um modo geral recomenda-se cautela na condução da prestação jurisdicional, justamente para se evitar “invasões” sobre procedimentos próprios de outros poderes estatais, não menos certo é se observar que estes chamados – freqüentemente de modo desproporcional e bastante adjetivado – “excessos” ou “abusos” do ativismo judicial, nada mais são que atos perfeitamente normais ou pelo menos aceitáveis no contexto contemporâneo de um Estado de Direito, mais ainda quando à sua natureza jurídica (de direito) se agrega o elemento da democracia (democrático de direito).

Contemporaneamente, às muitas atividades que o Estado passa a desempenhar ou aos muitos atos e procedimentos que lhe são titularizados, ainda devemos agregar o exercício de um papel ativo na concreção de direitos fundamentais, de elementos integrantes da democracia, ou a própria democracia como um todo, mas, de modo vital, na consecução de políticas públicas, especialmente aquelas dispostas ou contempladas em normas positivadas.

Insere-se neste último aspecto o âmago do que se poder nominar como sendo um verdadeiro ativismo judicial. Como já se disse acima, não é qualquer ato pretensamente heterônomo praticado pelo Poder Judiciário que poderá ser classificado, e no mais das vezes criticado, como sendo a prática do ativismo judicial, mas fundamentalmente aquele que, descolando-se do ato jurisdicional mais ortodoxo ou clássico, visa o atingimento de um alvo exclusivo ou precipuamente político por meio de um julgamento.

A prestação jurisdicional – especialmente dos tribunais superiores e ainda mais especialmente do Supremo Tribunal Federal – cumpre o papel de dar uma solução definitiva para a lide ali contida, mas, também, e até principalmente em alguns casos, se posiciona como um ator ativo, relevante e eficaz na tarefa de tornar realidade certos valores e princípios públicos contemplados pelo Estado de um modo geral.

Se isso é feito com excesso ou de modo desaconselhável, não apenas pelo excesso, mas por sua própria manifestação, é algo a ser analisado numa abordagem caso a caso, justamente o foco desse nosso estudo, com o estudo, mesmo limitado, de um julgamento referencial produzido pelo STF. Antes, porém, se analisará o ativismo judicial no Brasil de um modo mais amplo, objeto de estudo de nosso próximo tópico.

3 I ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E SEUS REFLEXOS

O transporte de funções entre os poderes não é algo novo e nem deveria causar surpresa, como já se referenciou acima. A questão que parece relevante é observar a intensidade desse fenômeno, especialmente no Brasil.

Assim, e ilustrativamente, a figura da medida provisória, de tão larga utilização

em solo brasileiro, teve clara inspiração no *decreto-legge* italiano onde, sob a égide da constituição de 1947, ainda vigente, segue sendo instituto posto à disposição do presidente da República. Contudo, como ali vigora, desde aquele momento, o regime parlamentarista, observa-se que a amplidão de tal instituto é ali, até de modo natural, muito mais contida.

No Brasil essa amplidão de atuação do executivo tampouco é algo tradicional e linear. Com efeito, somente as constituições de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada por alguns como uma nova constituição, traziam o instrumento da medida provisória, o que foi retomado pela Constituição Federal de 1988.

A exposição acima não é articulada no sentido de se justificar eventuais excessos do STF no exercício de suas funções, uma espécie de paralelo analógico com a atuação do executivo, mas tão-somente mostrar a realidade político-institucional em que o exercício das atividades típicas dos poderes estatais se desenvolve no Brasil. Há, inegavelmente, uma dinâmica toda própria ou peculiar no sentido ora exposto.

A Constituição Federal, como é de conhecimento comum, foi proposta, debatida e finalmente promulgada num ambiente pós-ditadura, num “clima” de recente democratização do país, processo que, muito embora infundável por natureza, no caso brasileiro ainda mostra claras lacunas a reclamar integração.

Em locução que acabou por se consagrar na doutrina, o professor Lenio Streck se refere ao Brasil como exemplo de nação “*de modernidade tardia*”³, ou seja, integrante de um grupo de estados que ainda não completaram a tarefa já concluída por países desenvolvidos de garantir a concretização de direitos fundamentais – destacadamente os individuais de primeira e segunda geração – e implementação definitiva da democracia.

O pré-citado professor defende que, para lidar com essa realidade, devemos ter aqui uma postura ativista de nossos tribunais, com o escopo central de concretizar direitos e políticas públicas, especialmente aquelas dispostas na Constituição Federal, o que atrai naturalmente o STF para um papel de destaque neste sentido.

Como parece ser bastante evidente, a linha adotada acima não é livre de resistências, dentro e fora do Brasil. Talvez o mais destacado crítico dessa postura ativista (e também “substancialista”), seja o filósofo Jürgen Habermas, que, nesta discussão, ficou alinhado ao que se usou nominar de “procedimentalistas”.

Para os “procedimentalistas”, o verdadeiro espaço de construção da democracia é o parlamento, e isso não somente porque sua composição partiu de uma escolha popular, mas também porque se trata de um órgão de proporções muito maiores que uma corte constitucional, composta, normalmente, de alguns poucos juízes ou ministros, e também porque o parlamento, justamente por ser órgão de composição popular, está muito mais permeável às interferências críticas da população, o que não ocorre com uma corte constitucional ou mesmo com a atividade jurisdicional de um modo geral.

Habermas critica duramente o papel desempenhado especialmente pelas cortes

³ STRECK, Lenio. *Novos Estudos Jurídicos*. Volume 8. Nº 2. p.257-301, maio/ago. 2003.

constitucionais na dinâmica político-social, chegando a afirmar que “*ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária*” e mais adiante ainda completa sua crítica vendo na atuação do Judiciário relativamente às grandes questões da cidadania uma “*colonização do mundo da vida*”⁴.

De modo bastante direto, Habermas defende que o tribunal constitucional “*deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedural da Constituição (...) limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito*”⁵.

Em contrapartida, os “procedimentalistas” são criticados por se isolarem demasiadamente numa realidade de nações já desenvolvidas, incluindo aí o campo político e social. Habermas, assim, estaria fazendo uma abordagem excessivamente centrada na realidade européia, notadamente alemã, ignorando outras realidades em que o papel do Judiciário pode ser relevante na construção de uma sociedade mais desenvolvida e avançada em termos humanísticos.

Com relação ao Brasil, já se registrou algumas manifestações importantes de ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, seja em votos de ações ou recursos, seja em manifestações extra-autos. Vejamos:

Justificar-se-á, como procedimento já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (ADPF 45/DF, Relator Min. Celso de Mello)

Enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo (MI 712-8, Rel. Min. Eros Grau, voto de Gilmar Mendes)

Existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrozoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas (Limites ditados pelo voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45)

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pelo própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatários, vierem a comprometer, com a sua omissão,

⁴ HABERMAS, J. *Direito e Democracia – entre faticidade e validade*. vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245 e segs.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 247.

a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional (AI 677.274-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (Min. Celso de Mello, discurso de posse do Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, abril de 2008)

Mas, ainda que o ativismo possa ser visto como uma espécie de necessidade para países como o Brasil, o fato é que a fixação de limites para tal atividade – e o próprio questionamento sobre sua relevância como elemento edificador da democracia brasileira – segue sendo tema candente, imerso em polêmica ainda bastante viva e cujo equacionamento não parece ser nem simples e nem de alcance fácil num horizonte mediano de tempo.

Bem por isso, iremos destacar, logo adiante, caso submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal em que o ativismo judicial se mostrou bastante presente. Trata-se do caso que ficou conhecido como *“Reserva Raposa Serra do Sol”* em que a corte maior do país determinou a demarcação continua de reserva indígena já existente e o fez colocando de lado certos direitos para prestigiar outros.

4 I O CASO DA RESERVA INDÍGENA “RAPOSA SERRA DO SOL”

Raposa Serra do Sol (Raposa) é uma área de terra indígena situada no nordeste do estado brasileiro de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang e a fronteira com a Venezuela, criada a fim de dar assento permanente aos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas⁶.

A Raposa foi demarcada pelo Ministério da Justiça, através da Portaria Nº 820/98, posteriormente modificada pela Portaria 534/2005. A demarcação foi homologada por decreto de 15 de abril de 2005, da Presidência da República⁷.

A reserva destacada é uma das maiores porções de terra indígena do país, com 1.743.089 hectares e 1000 quilômetros de perímetro. Aliás, relevante se registrar que, hoje, quase 27% do território amazônico é ocupado por terras indígenas, sendo que 46,37% de Roraima correspondem a estas áreas⁸.

Formada por imensas planícies, semelhantes às das regiões de cerrado, e por cadeias de montanhas, na fronteira entre Brasil, Venezuela e Guiana, a Raposa acabou

6 Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Raposa_Serra_do_Sol, acesso em 19 de novembro de 2022.

7 Disponível em http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/pf/parana/relatorio_gestao_2008_dpf_pr.pdf/view, acesso em 19 de novembro de 2022.

8 Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031397.pdf>, acesso em 19 de novembro de 2022.

atraíndo produtores rurais que, em decorrência da boa qualidade das terras ali existentes, passaram a se dedicar ao cultivo de arroz.

Esses produtores de arroz teriam chegado à região no início da década de 1970, quando compraram as terras de antigos fazendeiros. Até 2008/2009, eram produzidas ali 160.000 toneladas de grãos por ano, em uma área de aproximadamente 100 mil hectares, na borda sul da reserva Raposa Serra do Sol, às margens do Rio Surumu⁹.

O impacto da produção agrícola na região foi de tal magnitude que o governo estadual de Roraima incentivou a vinda de novos produtores, inclusive com o fornecimento de calcário – para uso na lavoura – a preços subsidiados.

Como resultado dos alegados conflitos constantes entre produtores rurais e índios, foi determinada a desocupação de toda a área da reserva em 2007. Em 2008, contudo, o Estado de Roraima interpôs uma representação no STF (Pet 3388) reivindicando a suspensão da ordem de desocupação. A representação foi acatada por unanimidade no Supremo e a chamada Operação Upatakon III foi suspensa até o julgamento de todos os processos relativos à homologação das terras indígenas.

Em 20 de março de 2009, julgamento do STF, no bojo da já citada Pet 3388, confirmou a homologação contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, determinando a retirada dos não indígenas (produtores rurais) da região. O Relator designado, Ministro Ayres Brito, liderou o entendimento acima destacado e suas considerações acabaram integrando a ementa do julgamento, valendo destacar alguns trechos relevantes:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa pré-existente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste

⁹ ALBANO, Gleidson Pinheiro. *Globalização da Agricultura: uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipanguaçu e Baraúna*. Disponível em https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf, acesso em 19 de novembro de 2022.

mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condivisão empírica de espaços que impossibilita uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

Especificamente com relação aos aspectos de desenvolvimento econômico e impacto da demarcação na realidade produtiva local, o julgamento em foco posicionou-se no sentido de haver aí um “falso dilema” entre desenvolvimento e demarcação de reservas indígenas, ponderando que ao poder público

de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, asseguratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

Por outro lado, registre-se, especificamente quanto ao âmago do julgamento em comento, não existir consenso nem mesmo entre os índios quanto à desocupação dos não-índios, no caso produtores rurais. Aqueles organizados em torno do Conselho Indígena de Roraima apoiam, enquanto outros ligados à Sociedade de Defesa dos Indígenas Unidos do Norte de Roraima (Sodiur) são contrários à saída dos não-índios da região¹⁰.

Estes últimos argumentam que vários índios trabalhavam nas lavouras de arroz e que a relação com os produtores rurais era ao menos estável. Mas, tudo leva a crer que esse grupo não foi ouvido ou não foram consideradas as suas colocações como razões de decidir por parte do Supremo Tribunal Federal.

O que se observa, num olhar crítico, é que o julgamento em foco parece não ter levado em conta alguns aspectos:

A. Não parece ter sido considerado no bojo do julgamento o fato de que muitos produtores rurais ali estavam instalados há muito tempo e o faziam de boa-fé e, ainda mais, apoiados em títulos regulares. Parece ser de pouca juridicidade, ainda mais, contrastar tais títulos com o direito dos índios que seria *meta-jurídico* ou *transcendental*, eis que, se assim fosse, estariam os índios, então, acima das próprias disposições de um Estado Democrático de Direito, compondo um grupo de supostos demiurgo;

B. A ocupação das terras pelos não-índios era com claro viés produtivo, algo

¹⁰ Romero Jucá, senador por Roraima, se pronunciou sobre este aspecto: <http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=369812>, acessado em 10 de setembro de 2022.

que impactava positivamente não somente na atividade econômica do Estado de Roraima, mas na vida de muitos índios, ligados de algum modo a atividade rural desenvolvida naquela região. Tudo leva a crer que estes indivíduos, também índios, simplesmente não foram ouvidos. Neste exato sentido, o voto dissidente do Ministro Marco Aurélio bem consignou: “os dados econômicos apresentados demonstram a importância da área para a economia do Estado, a relevância da presença dos fazendeiros na região.”

C. O mesmo voto do Ministro Marco Aurélio Mello igualmente registrou que nenhum prejuízo experimentariam os índios com a demarcação descontínua de suas terras, eis que já há entre eles uma divisão natural em subgrupos étnicos, compostos por povos com dialeto, hábitos, costumes e cultura diferenciadas entre si.

A demarcação contínua não parece ter representado, pois, qualquer ganho neste sentido. E falar em demarcação contínua para se evitar um “etnocídio” revela abordagem excessivamente subjetiva e até mesmo panfletária, algo inadequado no contexto de um julgamento como esse;

D. O julgamento não revela, como deveria, ter ocorrido aqui uma real ponderação de valores, buscando-se uma solução parcimoniosa que procurasse a harmonização dos interesses em jogo e não a simples adjudicação de um direito em prol de uma parte sem se considerar, com a profundidade devida, os interesses dispostos no entorno da questão.

Desse modo, transparece que o direito à demarcação foi posto acima de quaisquer outras considerações, transmutando-se numa espécie de “superdireito” a ser tutelado a todo e qualquer custo, o que não é recomendável para a solução de um conflito complexo como esse.

E. A Reserva possui mais de 1,7 milhões de hectares, sendo que a área ocupada pelos produtores de arroz alcançava apenas 160.000 hectares, ou seja, menos de 10% da área da Reserva. A simples exposição desse dado parece ser suficiente para autorizar a conclusão que, de fato, faltou equilíbrio e ponderação no julgamento em foco.

Importante registrar aqui, na esteira do acima exposto, as considerações levadas a plenário pelo judicioso voto dissidente do Ministro Marco Aurélio¹¹ que criticou até mesmo a juridicidade da Portaria criadora da reserva em tela, além de objetar pela abertura da instrução processual com garantia do amplo contraditório, assim como ponderou não haver mais espaço para considerar o índio de modo isolado no contexto da sociedade brasileira. Vejamos trechos do voto (grifamos):

Verificam-se, portanto, **irregularidades no tocante ao procedimento administrativo visando a definir as terras indígenas**. Não se sabe ao certo: a) as razões pelas quais o laudo foi subscrito por apenas um integrante do grupo, a Dra. Maria Guiomar de Melo - no voto do relator, está consignada a participação do antropólogo Paulo Santilli); (b) se todos efetivamente tiveram

¹¹ Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/221786/marco-aurelio-mello--o-voto-no-caso-raposa-serra-do-sol>, acesso em 4 de julho de 2023.

ciência de que integravam o grupo; (c) se foram ouvidas todas as etnias interessadas.

Sou favorável à demarcação correta. E esta somente pode ser a resultante de um devido processo legal, **mostrando-se imprópria a prevalência, a ferro e fogo, da óptica do resgate de dívida histórica, simplesmente histórica - e romântica**, portanto, considerado o fato de o Brasil, em algum momento, haver sido habitado exclusivamente por índios. **Os dados econômicos apresentados demonstram a importância da área para a economia do Estado, a relevância da presença dos fazendeiros na região.**

A política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração. Como, então, em pleno século XXI, considerados os avanços culturais de toda ordem, cogitar-se de isolamento da população indígena, procedendo-se à delimitação territorial contínua para afastar-se da área os não-índios? **O retrocesso é flagrante, não se coadunando com os interesses maiores de uma nacionalidade integrada.**

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo já traz em seu bojo as considerações e observações críticas cabíveis neste estudo. Restam algumas poucas observações finais que funcionarão como fecho dessa reflexão.

Pode-se dizer que o Ativismo Judicial foi bem exemplificado neste caso, quando, na busca de efetivar sua função de guardião da Constituição Federal, acabou o STF não “apenas” exercendo funções legislativas, mas verdadeiramente agindo como se agente político integrante do executivo fosse, como se formulador e implementador de políticas públicas fosse, o que está longe de ser atividade típica do Poder Judiciário e está distante até mesmo de ser atividade atípica, indireta ou imprópria.

Nota-se que o chamado ativismo judicial, ao menos no Brasil, vem atrelado fundamentalmente à ideia de uma participação ampla e intensa do Judiciário na consolidação dos valores constitucionais e isso quase sempre para garantir a fruição de direitos pelos grupos minoritários.

Há exemplos candentes relacionados a isso, como o julgamento da união homossexual e também o julgamento da política de cotas pelo viés étnico, o que também envolve os índios como beneficiários. Nestes dois casos, notadamente no segundo, houve intensa consulta prévia ao julgamento, com sessões públicas em que especialistas puderam expor suas posições subsidiando os julgamentos futuros.

No caso da Reserva Raposa Serra do Sol isso não ocorreu e nota-se, pelo teor dos votos e do conteúdo da ementa, que a fundamental ponderação de valores – afinal o direito fundamental dos índios a uma vida digna em sentido lato não está acima do direito de propriedade dos produtores e nem do direito a uma vida digna dos não-índios ali existentes – não marcou presença no julgamento em foco como deveria.

Tributário do constitucionalismo, nossa organização política se dá pelo signo do

poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, tudo emoldurado pelo Estado de Direito como expressão da razão e de um projeto amplo de sociedade, já então inspirada pela democracia.

Essa Democracia e esse Estado de Direito, contudo, devem ser exercitados do modo mais coletivo possível e nas instâncias mais ventiladas à participação popular, o que o Poder Judiciário não tem como abrigar na amplidão devida, eis que, por natureza, deve a atividade jurisdicional primar pela abordagem técnica, desenvolvida por indivíduos com capacitação específica e adequada para a busca do lícito e do correto dentro de um sistema jurídico-normativo posto, sendo tal atividade por natureza contramajoritária.

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra o pensamento das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Vale ressaltar que os juízes devem agir dentro dos ditames constitucionais e das leis infraconstitucionais, deixando de lado a vontade política, e como ator social, o juiz atua em nome da sociedade devendo atuar com harmonia perante a ‘vontade’ social, dentro de limites plausíveis e justificáveis.

Portanto, e para tanto, a questão vital é: o ativismo judicial na intenção de proteger uma minoria, não acaba por criar outra? Com essa problemática levantada quem é a minoria a ser protegida e como ela deve ser protegida? Os produtores rurais ali envolvidos – e seus funcionários, familiares, empresas coligadas – não ficaram numa situação de ainda maior desamparo que os próprios índios?

Nada disso parece ter sido considerado no julgamento em destaque. Como já dito, o princípio a ser observado pelo STF no caso deveria ter sido o da razoabilidade. Os arrozeiros poderiam se encontrar protegidos pela Constituição, notadamente através de uma interpretação com viés econômico do art. 170, CF.

A preservação da área poderia ter preservado os conflitantes. A conservação do meio ambiente bem como a preservação indígena e dos arrozeiros, poderia ter sido feita de uma forma sustentável adequando para ambas às partes, a garantia da terra e do desenvolvimento social daquela região. Tal tese encontra amparo no art. 219 da Constituição Federal que aduz:

O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.

Ocorre que ao privilegiar uma parte, os índios, criou-se um desincentivo para todo um mercado. Por ser uma parte fértil onde o cultivo de arroz se implantou de forma bem sucedida, a decisão pela preservação total da área prejudicou a produção local.

A instabilidade gerada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal são alvos de críticas, pois ressalta a falta de legitimidade democrática da Justiça, mesmo sendo a decisão melhor que a estabelecida pelo legislador. E cria para a população uma perspectiva bastante preocupante: o eventual autoritarismo dos juízes. Uma minoria passaria a ditar

os rumos de várias questões de relevo transcendental para a sociedade. Convém neste contexto lembrar o alerta de Jean-Jacques Rousseau¹²:

Uma das maiores ameaças à soberania popular decorre da incessante ação dos magistrados e suas vontades particulares contra a vontade geral. Para se compreender o processo de consolidação da democracia é necessário, portanto, ir além do estudo da formação da vontade democrática e analisar de que forma os órgãos encarregados de aplicar essa vontade têm cumprido a sua missão

Um dos mais respeitados pesquisadores da atualidade, Daniel Sarmento, chama-nos a atenção para os riscos de um ativismo judicial sem limites. Elogiando a atividade jurisdicional que se propõe mais ampla, Sarmento contra-argumenta que há a “*outra face da moeda*” e essa é a de que muitos juízes “*deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça – passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos*”¹³. E prossegue dito pesquisador:

Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

E outro estudioso e doutrinador, Luis Flávio Gomes, seguindo a mesma linha de Sarmento, ou seja, valorizar o ativismo, mas com uma generosa dose de cautela, igualmente observa que quando “*o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar)*”¹⁴.

O contraponto ora formulado não pode, por outro lado, servir como simples censura a uma atuação mais vigorosa dos tribunais, especialmente o STF que, inegavelmente, vem

12 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: L&PM, 2007, p. 39.

13 SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, p. 144.

14 GOMES, Luiz Flávio. *O STF está Assumindo um “Ativismo Judicial” sem Precedentes?* in Revista eletrônica Universo Jurídico, disponível em www.uj.com.br, acesso em 02.11.2022.

tutelando a regulamentando questões importantíssimas como o aborto de feto anencéfalo, a união homossexual, as cotas étnicas e muitas outras.

Nada obstante, o exercício do poder sempre demanda cuidado e atenção, especialmente por parte dos que o exercem. Lord Acton imortalizou a observação segundo a qual “*o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente*”¹⁵.

O Estado de Direito nasceu sob os auspícios de um objetivo claro: criar uma instituição que permitisse o exercício do poder político de modo limitado, afastando justamente o estado anterior de coisas, ou seja, um exercício de poder político praticamente sem limites e sujeito aos caprichos ou opiniões pessoais de seu titular.

Pode-se, estruturalmente, estar longe dos tempos de um monarca absolutista. Já, porém, a possibilidade de um exercício pontual e episódico de uma parcela desse poder estatal com alguns laivos de excesso ou abuso é algo plenamente viável, ainda que sob a égide um estado democrático de direito e com todas as garantias a ele inerentes em plena articulação e funcionamento.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Gleidson Pinheiro. **Globalização da Agricultura: uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipanguaçu e Baraúna**. Disponível em https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf, acesso em 19 de novembro de 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está Assumindo um “Ativismo Judicial” sem Precedentes?** in Revista eletrônica Universo Jurídico, disponível em www.uj.com.br, acesso em 02.11.2022.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia – entre faticidade e validade**. vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NALINI, José Renato. **Curso de Deontologia da Magistratura**. José Renato Nalini (org), São Paulo: Saraiva, 1992.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a anima: reflexos sobre a prestação jurisdicional**. São Paulo: EDPUC, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: L&PM, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. In **SCHMITT**, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVEIRA, Alípio. **A justiça inglesa hoje**. in RF 160/409.

STRECK, Lenio. **Novos Estudos Jurídicos**. Volume 8. N° 2. p.257-301, maio/ago. 2003.

¹⁵ Disponível em https://www.goodreads.com/author/quotes/969937.John_Emerich_Edward_Dalberg_Acton, acessado em 12 de julho de 2022.

CAPÍTULO 5

A MEDIAÇÃO COMO UM MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA - UM ESTUDO SOBRE A MEDIAÇÃO E SEUS IMPACTOS NOS TRIBUNAIS

Data de aceite: 01/09/2023

Regina Celia Pacheco

Centro Universitário Carioca – Unicarioca
Curso de Bacharelado em Direito
Rio de Janeiro

RESUMO: O presente artigo se propõe ao estudo da mediação como alternativa auxiliar na busca de soluções pacíficas e justas para disputas civis, tornando o processo mais rápido e eficaz, enquanto auxilia na redução da carga processual do Poder Judiciário evidenciando a importância do acesso efetivo à justiça nos termos do artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. O objetivo deste trabalho é apresentar a mediação como forma alternativa de acesso à justiça, no cumprimento do seu papel na medida em que encontra a solução para os litigantes. Neste viés, o presente estudo foi realizado por meio da metodologia bibliográfica e documental, pesquisas em doutrinas, artigos e legislação, análise das informações coletadas, e conclusão pelo método dedutivo, com ênfase no período que sucede a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, com a hipótese de que a mediação se apresenta pouco explorada e pouco desenvolvida dentro

do potencial que pode ser alcançado com o emprego adequado deste instituto, refletindo sobremaneira no acesso à justiça e na redução do número de conflitos judicializados.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Solução pacífica. Modalidades de mediação. Resolução alternativa de conflitos. Acesso à justiça. Impacto da mediação nos tribunais.

1 | INTRODUÇÃO

A prática da mediação não é uma novidade na história da comunicação humana, uma vez que a intervenção de terceiros em conflitos alheios sempre foi presente. Embora a mediação atualmente aplicada apresente diferenças significativas em relação às formas passadas, sua eficácia vem sendo cada vez mais reconhecida no contexto jurídico, sobretudo em um momento de crise no sistema judiciário e crescente acúmulo nos números de processos.

O acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, inclui, não

somente o acesso à justiça, mas o acesso a todos os mecanismos constitucionais que promovem os direitos fundamentais e a todas as formas de resolução de conflitos, sejam elas judiciais ou não judiciais. Facilitar o acesso efetivo à justiça é uma das grandes dificuldades em relação às garantias de todos os direitos humanos.

As vias alternativas de solução de conflitos representam uma opção à jurisdição estatal para as partes envolvidas em litígios. Ao longo do tempo, vários conjuntos de leis têm abordado esses métodos, todavia foi com a introdução do Código de Processo Civil de 2015 que se enfatizou a sua importância e incentivou a sua adoção, visando à pacificação social. Tal abordagem almeja que a solução dos conflitos não seja imposta pelo Estado-Juiz, mas sim alcançada pelas próprias partes, por meio do diálogo e do consenso.

O objetivo deste trabalho é apresentar a mediação como forma alternativa de acesso à justiça, no cumprimento do seu papel na medida em que encontra a solução para os litigantes. Neste viés, o presente estudo foi realizado por meio da metodologia bibliográfica e documental, pesquisas em doutrinas, artigos e legislação, análise das informações coletadas, e conclusão pelo método dedutivo, com ênfase no período que sucede a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, com a hipótese de que a mediação se apresenta pouco explorada e pouco desenvolvida dentro do potencial que pode ser alcançado com o emprego adequado deste instituto, refletindo sobremaneira no acesso à justiça e na redução do número de conflitos judicializados.

A pesquisa será dividida em cinco tópicos, de início a Introdução, passando ao histórico da mediação no Brasil, com breve relato sobre suas origens, as primeiras legislações a abordarem ao tema e sua institucionalização definitiva, subitens, com as principais modalidades de mediação: Mediação Digital, Mediação Comunitária e Constelação Familiar. No terceiro tópico abordamos os principais pontos e princípios convergentes das normas.

No quarto tópico, faremos uma compilação dos dados publicados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça dos anos de 2016, ano de entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, e do ano de 2021, por serem os dados mais recentes, e analisaremos os indicadores de eficiência (ou não) da mediação e seus impactos nos tribunais.

Por fim, quinto tópico, as considerações finais, com análise crítica da realidade em que se encontra a mediação no Brasil e no ordenamento Jurídico, e principais fontes bibliográficas do presente estudo.

2 | HISTÓRICO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Antes da legislação específica sobre mediação, o Poder Judiciário brasileiro já apresentava um certo protagonismo na instituição e aplicação de métodos consensuais de resolução de conflitos, incluindo a mediação.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) relata em seu Guia de Conciliação e Mediação

que a origem dos movimentos em direção à mediação no Brasil remonta à década de 70, quando as políticas de acesso à justiça foram ampliadas. A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), que reconheceu a Conciliação como um meio para a solução de conflitos de menor escala, foi promulgada na década de 90, abrindo caminho para a adoção legislativa da Mediação (BRASIL, 2015a, p. 26-27).

No mesmo sentido, os avanços foram se concretizando com a publicação da Resolução nº. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que contribuiu diretamente para a institucionalização da mediação e conciliação ao disciplinar a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário.

A publicação da Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, instituindo o marco legal para a mediação em território brasileiro, definindo-a em seu artigo primeiro, parágrafo primeiro:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio alternativo de solução de controvérsias entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”

Ainda no ano de 2015, publica-se o novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015, onde podemos destacar uma particular preocupação com os institutos da conciliação e mediação, em seus artigos 165 a 175, Seção V, Dos conciliadores e Mediadores Judiciais. Outrossim, traz expressamente a ideia da inafastabilidade do dever do Estado em promover solução consensual dos conflitos, devendo ser proposto em audiência a conciliação ou mediação, bem como, outros métodos devem ser estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Nesse sentido, o autor Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 53) conceitua: ‘Inserido na expressão acesso à justiça, está consubstanciada uma das funções do próprio Estado, a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas notadamente proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.’

No ano de 2016, a Justiça Federal publicou duas resoluções importantes sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos: a Resolução nº. 398, que dispõe sobre Política Judiciária de Solução Consensual dos Conflitos de Interesses no âmbito da Justiça Federal, e, posteriormente a Resolução nº. 471, que instituiu o Fórum Nacional Previdenciário e da Conciliação.

A crescente e contínua adesão aos métodos consensuais de resolução de conflitos pode ser atribuída, em grande parte, à sobrecarga do sistema judicial, ao alto custo financeiro envolvido e à excessiva formalidade no processo judicial, que pode prejudicar,

em demasiado, o alcance da meta constitucional de acesso à justiça pelo Estado, de acordo com a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário elaborada pelo CNJ.

2.1 Modalidades de mediação

A mediação como técnica utilizada na resolução de conflitos se mostra eficaz em diversos contextos, como relações familiares, questões empresariais, questões civis, escolares e trabalhistas. Esse método se destaca como uma abordagem coerente para solucionar conflitos em que haja relação anterior entre os envolvidos e que envolvam laços afetivos. O mediador é o profissional responsável por conduzir o procedimento de mediação, que pode ser influenciado pelo modelo adotado e pelos objetivos que norteiam a atuação do mediador.

Existem vários modelos internacionais de mediação que influenciam o Brasil, cada um com suas particularidades. O mediador pode utilizar técnicas variadas de acordo com a situação, seu estilo e o perfil das partes, sem utilizar um único modelo em particular. Os diferentes enfoques que embasam a ideia de mediação podem ser entendidos como uma técnica voltada à obtenção do acordo ou como uma técnica que, mesmo sem acordo, faça com que as partes retomem o diálogo e aprendam a se relacionar melhor.

As particularidades do caso concreto são determinantes para a escolha do método de mediação, a forma como será conduzido e por quanto tempo durará o procedimento. Isso ocorre porque cada mediação é única e requer uma abordagem personalizada. A multiplicidade de modelos de mediação e sua influência no desenvolvimento do procedimento indicam a manifestação dos princípios da flexibilidade e da informalidade, que são características importantes desse método.

Dentre os modelos mais debatidos na literatura acadêmica, destacam-se o modelo tradicional Linear de Harvard, popularmente referido como facilitativo; o modelo Transformativo, introduzido por Bush e Folger; o modelo Circular-narrativo, da professora Sara Cobb e, por fim, o modelo avaliativo. Cada um desses modelos possui suas particularidades e é aplicável a diferentes contextos, dependendo das necessidades das partes envolvidas no conflito (Manual de Mediação, 2010).

O modelo Tradicional Linear de Harvard é o mais utilizado no Brasil, teve origem na mediação empresarial sendo introduzido posteriormente nos outros campos do Direito. Este modelo estimula a abordagem cooperativa, evitando que haja competição, uma vez que a abordagem competitiva não facilita a ocorrência de acordos mutuamente satisfatórios.

A Mediação Transformativa, criado por Robert A. Barush Bush e Joseph F. Folger, enfatiza os interesses e necessidades das partes envolvidas na resolução de conflitos. Ao contrário do modelo harvardiano, que se concentra na obtenção de um acordo, o objetivo deste modelo é refazer os laços afetivos e buscar o acordo como consequência. No modelo de Mediação Transformativa, o mediador não intervém diretamente e permite que as partes

dialoguem autonomamente para encontrar uma solução satisfatória para todos, o que é chamado de *empowerment* ou empoderamento das partes. O conflito é abordado como um todo, considerando aspectos emocionais, afetivos, financeiros, psicológicos e legais (FALECK: TARTUCE, 2016).

Por outro lado, o circular narrativo, permite que as partes discorram sobre as visões que têm do conflito objetivando um entendimento satisfatório, posteriormente.

No entanto, no método avaliativo é permitido ao mediador, ao final das exposições, auferir seu próprio entendimento e disponibilizá-lo na sessão de modo a chegar a um acordo, sendo que este método não é muito utilizado no Brasil, posto que, a própria lei direciona para que o mediador não interfira, opinando; pois assim, retiraria o protagonismo das partes.

2.2 Mediação digital

A Mediação Digital, regulamentada pela Resolução nº 358 de dezembro de 2020, conhecida como Mediação Eletrônica ou Mediação Online, refere-se ao processo de resolução de disputas que ocorre em um ambiente virtual. Nesse contexto, os diálogos e debates são conduzidos no espaço cibernetico proporcionado pelas tecnologias de informação e comunicação.

Em 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Emenda 2, a qual promoveu atualizações nas políticas de resolução de conflitos no sistema judiciário, estabelecidas pela Resolução nº 125/2010. Essa emenda introduziu o Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais e permitiu a implementação do Sistema de Mediação Digital, que dispõe de plataforma adequada para realização de audiências, com foco em solução consensual de conflitos.

O desafio que a modalidade enfrenta está diretamente ligado ao acesso da população à Internet, visto que o Brasil ainda encontra dificuldades na universalidade do acesso e disponibilidade a todos os brasileiros. Isso posto, voltamos a discutir a isonomia na implementação do procedimento eletrônico, e trazemos à baila KASEMIRSKI (2022, p. 12): “Nesse sentido, se o sistema de mediação virtual não “promove” isonomia, na medida em que parte da população não tem acesso à Internet por razões econômicas e sociais, por outro também não “viola” a isonomia constitucional na medida em que não retira direitos ou promove tratamento discriminatório ao sujeito”.

As plataformas digitais de mediação são inseridas em um contexto social caracterizado por desigualdades e lacunas, sendo consideradas apenas uma alternativa e complemento. Portanto, é importante ressaltar que essas plataformas não podem substituir completamente os métodos físicos e convencionais de mediação e acesso à justiça. Deve ser encarada como mais um meio auxiliar no acesso universal do cidadão à justiça.

2.3 Mediação comunitária

A Mediação Comunitária, segundo Ana Luiza Godoy (2008), simboliza a coesão e a solidariedade no amplo contexto social, com o objetivo de promover a efetividade da democracia e o acesso universal à justiça. Através da mediação comunitária, as comunidades mais desfavorecidas são reunidas com o propósito de resolver e prevenir seus conflitos, buscando alcançar a paz social com base na solidariedade humana. Essa forma de mediação é realizada em áreas periféricas, onde a violação dos direitos constitucionais é evidente, o que a torna um meio ainda mais eficaz para transformar a realidade.

Alguns pontos devem ser observados na mediação comunitária, a ausência de organizações estatais das áreas denominadas comunidades afastam não só geograficamente o cidadão local, mas também do convívio participativo com os órgãos jurisdicionais. Trazer a presença do judiciário às comunidades periféricas, sobretudo na solução alternativa de conflitos, com a mediação comunitária, e um mediador que entenda o *modus operandi* social dessas áreas é contribuir para o sucesso na instituição da mediação comunitária, e é nesse sentido que se tem buscado a implementação da modalidade.

A mediação comunitária desempenha um papel vital na construção de comunidades mais pacíficas, resilientes e participativas. Ao capacitar as próprias comunidades a lidarem com seus conflitos, promove a resolução, a prevenção de novos conflitos e o fortalecimento dos laços comunitários. Outrossim, contribui para a redução da carga do sistema judicial e o fomento da coesão social.

2.4 Constelação familiar

A Constelação Familiar, criada por Bert Hellinger, é uma abordagem terapêutica que visa compreender e solucionar conflitos familiares por meio de uma perspectiva sistêmica. Ela reconhece que os problemas e desafios enfrentados pelas famílias não são apenas individuais, não obstante estão enraizados em dinâmicas e padrões complexos que abrangem várias gerações.

Uma das principais importâncias da constelação familiar é proporcionar uma visão mais ampla e profunda das relações familiares. Ela permite que os participantes visualizem as conexões invisíveis entre os membros da família, incluindo padrões de comportamento, lealdades inconscientes, segredos e traumas não resolvidos. Ao identificar essas dinâmicas ocultas, a constelação familiar possibilita uma compreensão mais clara dos conflitos e das razões por trás deles, com foco sistemático na família, conforme HELLINGER (2010, p. 47).

Os sistemas familiares têm uma força tão grande, vínculos tão profundos e algo tão comovente para todos os seus membros — independentemente de como se comportem com relação a eles —, que eu confio totalmente neles. A família dá a vida ao indivíduo. Dela provém todas as suas possibilidades e limitações. Graças à família, ele nasce no seio de um determinado povo, numa determinada região e é vinculado a determinados destinos e tem que arcar com eles.

Outro aspecto importante é que a constelação familiar oferece a oportunidade de buscar soluções e resoluções saudáveis para os conflitos familiares. Ao vivenciar a representação simbólica dos membros da família e suas interações, os participantes podem experimentar novas perspectivas e desenvolver alternativas para lidar com os desafios enfrentados.

Ao combinar a constelação familiar com a mediação, é possível obter benefícios adicionais. A constelação familiar pode fornecer *insights* e revelações importantes sobre os padrões familiares e as dinâmicas subjacentes, que podem ser explorados durante o processo de mediação. Essa compreensão mais profunda pode ajudar as partes a reconhecerem os aspectos emocionais e os fatores relacionais que influenciam o conflito, permitindo uma negociação mais informada e compassiva, conforme orienta Joan Garriga em suas obras.

Ao unir a constelação familiar com a mediação, é possível criar um processo mais abrangente, que aborda tanto as questões práticas quanto as dinâmicas emocionais e relacionais envolvidas nos conflitos familiares. Essa abordagem contribui para uma resolução mais completa e duradoura dos conflitos, promovendo uma maior compreensão, reconciliação e fortalecimento dos laços familiares.

3 I PRINCIPAIS PONTOS E PRINCÍPIOS CONVERGENTES DAS NORMAS

A Lei nº. 13.140/2015 (Lei da Mediação) estabelece princípios no artigo 2º, os quais também são instituídos no artigo 166 do Código de Processo Civil e no artigo 1º do Código de Ética dos Mediadores. Esses princípios incluem a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé.

O princípio da imparcialidade implica que o mediador deve ser um terceiro neutro e independente, sem vínculos com as partes, e deve observar as regras de impedimento e suspeição. Ele também deve ser neutro e não expressar juízo sobre a questão apresentada.

O princípio da isonomia entre as partes exige que o mediador trate as partes de forma igualitária, garantindo oportunidades equilibradas de escuta e fala. Isso pode ser um desafio quando uma parte é mais instruída ou comunicativa do que a outra, mas o mediador deve adotar métodos para permitir que ambas as partes se expressem em igual medida.

Além disso, a mediação deve levar em conta os aspectos emocionais e psicológicos das partes, especialmente em casos de Direito Familiar ou de traumas passados. A presença de advogados é importante para garantir a proteção dos direitos das partes, entretanto se uma parte não tiver assistência legal, o mediador pode suspender a sessão e designar uma nova data para permitir que a parte procure um advogado, como esclarece Samantha Pelajo et al, na obra Mediação de Conflitos, temas atuais:

Importante trazer, por fim, a lembrança de que, de acordo com a Lei de Mediação,

em seu art. 10, as partes podem, mas não devem estar obrigatoriamente acompanhadas de seus advogados na mediação extrajudicial, à diferença da mediação judicial, onde cada parte deve estar acompanhada de advogado. A lei ainda complementa, informando no parágrafo único do art. 10, que caso alguma das partes esteja desacompanhada de advogado, a sessão será suspensa “até que todas estejam devidamente assistidas”. (PELAJO et al, 2022, p 38)

Cabe ressaltar que, a presença do advogado na sessão de mediação é de suma importância, pois não é pré-requisito para ser mediador, a formação na área jurídica; desta feita, ao final da sessão de mediação, os patronos podem auxiliar na elaboração do termo, em conjunto com o mediador(a), para que a parte legal seja observada.

A oralidade é um princípio que a mediação ocorra através do diálogo entre os sujeitos, sem registro ou gravação do procedimento. Além disso, somente as alegações orais de cada parte são consideradas, não havendo análise de provas ou documentos. Ao final da sessão, é redigido um termo com o acordo ou uma nota informando que não houve acordo, para homologação pelo juízo, em se tratando de mediação judicial; já na extrajudicial, não há necessidade de homologar, pois o acordo já constitui o poder de título executivo.

O princípio da informalidade, previsto no art. 166, § 4º do Código de Processo Civil, refere- se ao procedimento aberto e sem uma sequência rígida de atos a serem praticados. Algumas formalidades dos processos judiciais são dispensadas, como o tratamento de Vossa Excelência ao mediador. No entanto, técnicas, regras e informações pertinentes, como os princípios da confidencialidade e autonomia de vontade, não são dispensados.

A autonomia de vontade das partes é garantida na mediação, permitindo a livre negociação e a recusa ao acordo sem prejuízo. No entanto, o limite é sempre a ordem pública. Por exemplo, a Lei nº. 13.058/2014 tornou a guarda compartilhada obrigatória nos casos de separação dos pais, limitando a autonomia de vontade das partes nesse aspecto.

A busca pelo consenso é um princípio importante na mediação, que busca restabelecer a comunicação entre as partes para desenvolver uma solução para o litígio. Entretanto, isso não implica em obrigatoriedade de acordo, o objetivo é alcançar uma comunicabilidade pacífica ao longo do tempo, que possa levar a um acordo futuro.

O princípio da confidencialidade assegura que todas as informações apresentadas durante o procedimento de consulta serão mantidas em estrita confidencialidade, exceto se houver autorização explícita das partes envolvidas, violação de interesse público ou legislação aplicável. Por fim, o princípio da boa-fé deve ser compreendido em sua acepção mais abrangente, uma vez que é um dos pilares fundamentais da prática de mediação. A fim de garantir uma sessão sem contratemplos, é imperativo que as partes adotem uma abordagem fundamentada em princípios orientadores, demonstrando disposição para resolver os conflitos de forma amigável, sem qualquer intenção de prejudicar a outra parte envolvida.

Para alcançar o êxito na mediação, é fundamental que todos os envolvidos encarem o processo com seriedade e honestidade, mesmo que haja uma cultura litigante estabelecida. É crucial entender que existe um caminho para benefícios mútuos e mais vantajosos, a fim de garantir que os conflitos sejam resolvidos de forma definitiva. Neste sentido convergem toda legislação, resoluções e doutrina, num esforço para que se adote as medidas alternativas em sintonia com as mais nobres fontes do Direito.

A mediação é um processo que permite às partes envolvidas na disputa criarem de forma autônoma a melhor solução para o conflito, em conformidade com os princípios estabelecidos na lei de mediação. Esses princípios são irrenunciáveis e incluem normas e valores que devem ser observados para que a funcionalidade do processo de mediação seja alcançada. A Resolução nº. 125 do CNJ reconhece a importância desses princípios como formadores da consciência dos terceiros facilitadores, representando imperativos de conduta, tais como: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência, autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

4 | A MEDIAÇÃO E SEUS IMPACTOS NOS TRIBUNAIS

A excessiva judicialização de conflitos levou o Poder Judiciário a promover a mediação e outras formas alternativas de solução de litígios de modo a garantir a celeridade, eficiência e eficácia dos tribunais nas atribuições constitucionais de suas funções. Como observatório do judiciário o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publica anualmente o relatório “Justiça em Números” a principal fonte estatística oficial do Poder Judiciário, divulgando o índice de conciliação nos tribunais brasileiros.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é responsável por garantir a transparência e controle na Política Judiciária, Gestão, Prestação de Serviços à População, Moralidade e Eficiência dos Serviços Judiciais. Ele emite atos normativos e recomendações para assegurar a autonomia do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura. O CNJ também é responsável por formular e executar políticas judiciais, programas e projetos que visem à eficiência da justiça brasileira, baseando-se em relatórios estatísticos sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o país.

Tendo em vista o estímulo direto às formas alternativas de solução de litígios com entrada em vigor do Código de Processo Civil em março de 2016, far-se-á a análise do relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do ano de 2017, que apresenta os números e estatísticas do ano anterior, desta forma apresenta-se os números de 2016 que refletem os impactos diretos da mediação nos tribunais no ano em que passa a vigorar o Novo Código de Processo Civil.

Posteriormente, serão relatados os números atuais, disponibilizados pelo Relatório do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2022, e assim verificar avanços e retrocessos

na implementação dos novos institutos preconizados pelo Novo Código de Processo Civil, e seus impactos nos tribunais, durante esse período.

O gráfico abaixo apresenta o número de CEJUSCs implantados nos tribunais estaduais do país, o relatório aponta a existência de 905 Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania em todos o país, no final do ano de 2016, com especial destaque ao Tribunal de Justiça de São Paulo com 191 CEJUSCs.

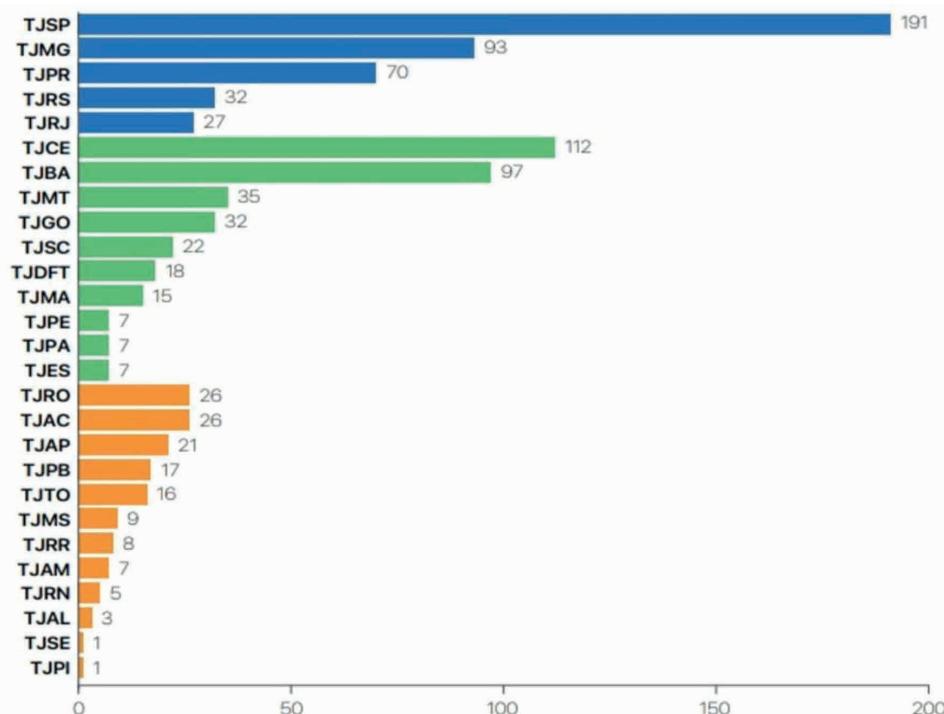


Gráfico 1 - CEJUSCs na Justiça Estadual, por tribunal (ano-base 2016)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 125)

O relatório de 2017 revelou que, no ano-base de 2016, gráfico abaixo, o índice de conciliação na Justiça Estadual foi de 10,9% e na Justiça Federal foi de 4,4%. Ao se analisar a Justiça Estadual, constatou-se que, embora o Tribunal de Justiça de São Paulo apresentasse o maior número de CEJUSCs, obteve o segundo menor índice de conciliação, com 6,4%. O Tribunal de Justiça do Ceará apresentou o maior índice de conciliação, com 25%, enquanto o Tribunal de Justiça do Piauí teve o menor índice, com 5,7%. Em relação à Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal da 5^a Região apresentou o maior índice, com 8,7%, e o Tribunal Regional Federal da 3^a Região teve o menor índice, com 2,1%.

O relatório também evidenciou os índices de conciliação por grau de jurisdição. No gráfico abaixo podemos verificar que na Justiça Estadual, o índice de conciliação foi de

11,9% em 1º grau e de 0,4% em 2º grau. Na Justiça Federal, o índice foi de 5,1% em 1º grau e de 0,6% em 2º grau. Portanto, os índices de conciliação são quase inexistentes em 2º grau, com valores muito baixos tanto na Justiça Estadual quanto na Justiça Federal.

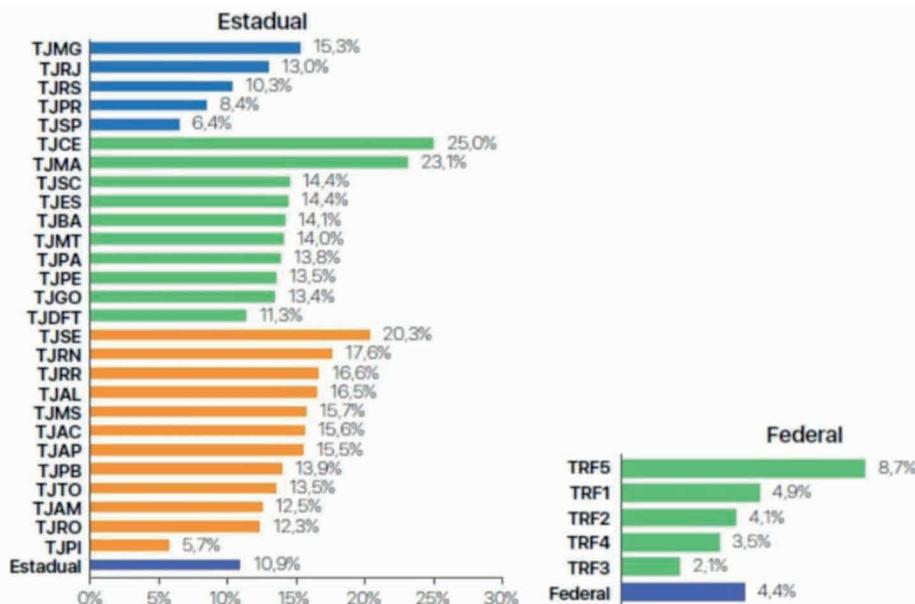


Gráfico 2 - Índice de conciliação por tribunal (2016)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 127)

O relatório de 2017, gráfico abaixo, apresentou dados sobre o índice de conciliação por grau de jurisdição, revelando que na Justiça Estadual o índice foi de 11,9% em 1º grau e de 0,4% em 2º grau. Na Justiça Federal, o índice de conciliação foi de 5,1% em 1º grau e de 0,6% em 2º grau. Dessa forma, é possível perceber que a conciliação é quase inexistente em 2º grau, contando com índices baixíssimos tanto na Justiça Estadual quanto na Justiça Federal. Este deve ser um ponto focal na implementação das soluções alternativas de conflitos que de fato apresentem resultados efetivos, uma vez que os números apresentados se mostraram muito aquém do resultado efetivamente esperado.

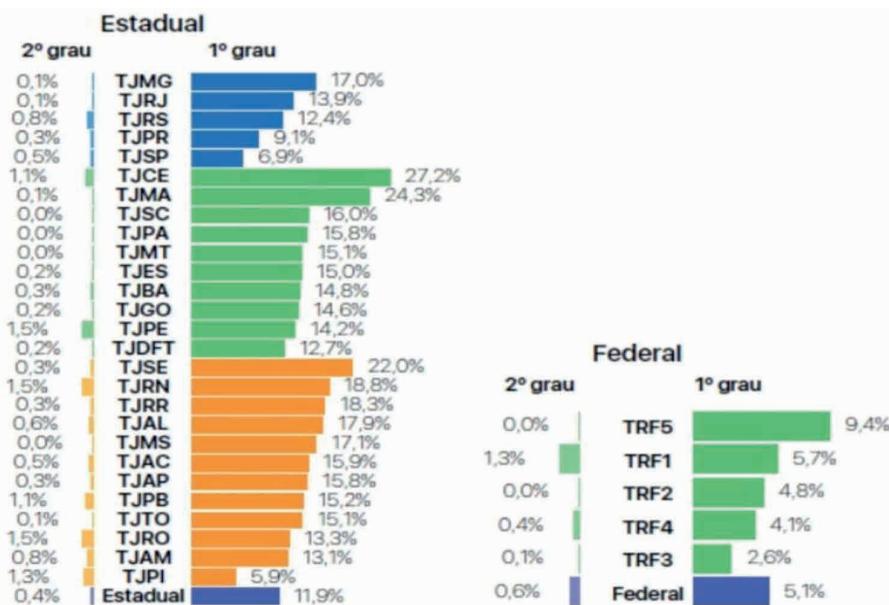


Gráfico 3 - Índice de conciliação por tribunal, grau de jurisdição (2016)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 128)

O Relatório de 2017 apresentou dados sobre o índice de conciliação nas fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau, por tribunal. Na Justiça Estadual, o índice foi de 14,8% na fase de conhecimento e de 4,5% na fase de execução. Enquanto isso, na Justiça Federal, o índice foi de 5,9% na fase de conhecimento e de 8,1% na fase de execução. É importante destacar que há uma diferença significativa entre a Justiça Estadual e Federal, pois na primeira houve mais acordos na fase de conhecimento, enquanto na segunda o maior número de acordos foi obtido na fase de execução, conforme apresentado no Gráfico 4 do relatório.

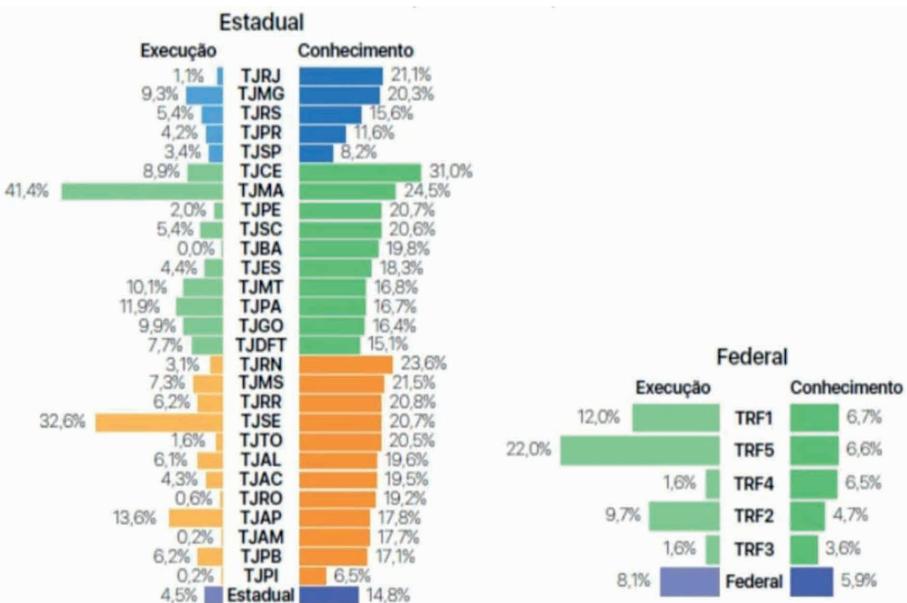


Gráfico 4 - Índice de conciliação nas fases de execução e de conhecimento, no primeiro grau, por tribunal (2016)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 129)

Importante salientar que, dentro do objetivo almejado de redução da excessiva judicialização, celeridade processual, redução nos gastos aferidos nos grandes volumes processuais, entre outros pontos, necessário se faz uma atenção especial a esta fase do processo, tendo em vista o impacto direto no volume de processos dos tribunais, ou seja, findando-se o processo com a homologação do juiz, atendidos integral dos anseios das partes, interrompendo o ciclo processual ordinário.

O gráfico 5 apresenta o percentual de sentenças homologatórias de acordos em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas até o ano de 2021. Observamos uma queda no número total de sentenças homologadas ao longo dos anos que se seguem a partir de 2016, ano de entrada em vigor do marco regulatório. Os dados apresentados no gráfico remetem aos acordos homologados em audiência prévia, esses dados se referem também às mediações efetivamente concluídas com êxito, tendo em vista que o CNJ não disponibiliza dados específicos da mediação, compilando os dados em conjunto e publicando os números gerais de sentenças homologadas.



Gráfico 5 – Índice histórico anual de sentenças homologatórias

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2022, p. 202)

Mesmo com a implementação do novo Código de Processo Civil (CPC) em março de 2016, que tornou a audiência prévia de conciliação e mediação parte fundamental do processo, o número de sentenças homologatórias de acordos cresceu apenas 4,2% em um período de quatro anos. O número de sentenças homologatórias de acordos passou de 2.987.623 em 2015 para 3.114.462 em 2021, disponibilizados pelo Relatório do Conselho Nacional de Justiça dos anos de 2016 a 2022. Em comparação com o ano anterior, houve um aumento de 21% no número de sentenças, número correspondente a 539.898 sentenças. Observamos que o aumento no número de sentenças não acompanhou quantitativamente o crescimento contínuo do volume de processos, reflexo da realidade crescente da judicialização dos conflitos.

No ano de 2021, verificou-se um aumento para 11,9% de sentenças homologatórias de acordo em relação ao ano anterior, ainda que este valor não tenha alcançado os patamares pré-pandemia causados pela covid-19. Cabe ressaltar que os números obtidos no ano de 2020 sofreram forte impacto, tendo em vista o momento peculiar pandêmico mundial a qual fomos acometidos, com fechamentos de repartições públicas, e realização de audiências remotas por vídeo conferência.

Na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam a 8,1% em 2021, apresentando uma curva de crescimento notável ao longo da série histórica, com um aumento de 4,6 pontos percentuais entre os anos de 2015 e 2021. Esse resultado pode estar relacionado aos incentivos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para realizar conciliações na fase de execução, destacado na XVI Semana Nacional de Conciliação realizada em 2021, o que sobremaneira surtiu efeito. Na fase de conhecimento,

a conciliação foi de 17,4%, um pouco acima (0,8 ponto percentual) do que foi observado em 2020, mantendo o padrão de queda pré-pandêmico.

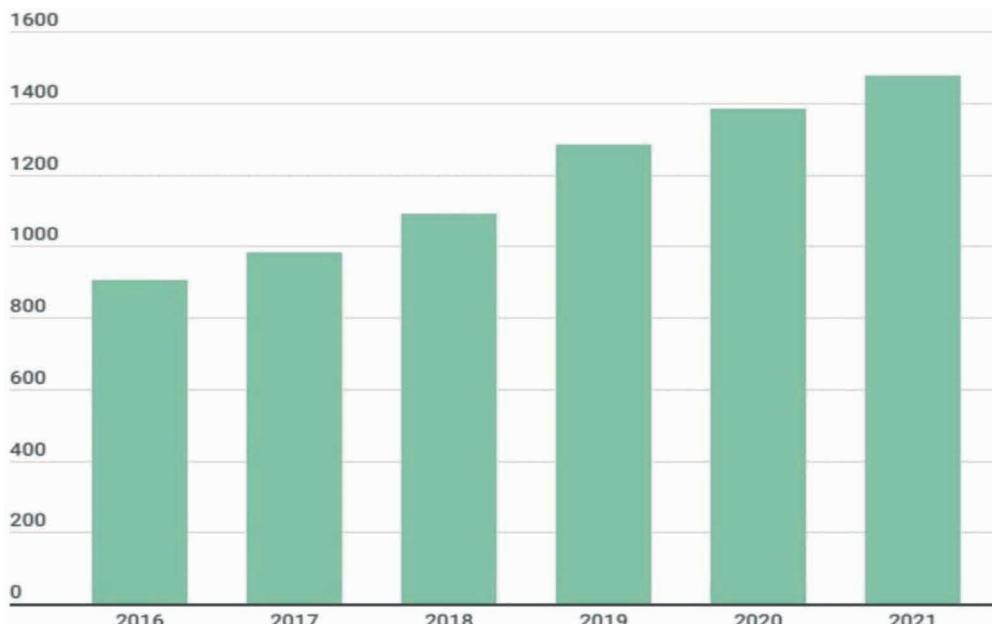


Gráfico 6 – Número de CEJUSCs instalados por ano

Fonte: Elaborado pela autora com base nos dados do CNJ (BRASIL, 2017; BRASIL, 2018; BRASIL, 2019; BRASIL, 2020; BRASIL, 2021; BRASIL, 2022)

De acordo com os dados apresentados no Gráfico 6, verificou-se que em 2016 havia 808 Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) instalados no Poder Judiciário brasileiro (BRASIL, 2018). Ao final de 2020, este número havia aumentado para 1.382 (BRASIL, 2021), indicando a criação de 574 novos Centros ao longo de cinco anos. O ano de 2019 registrou o maior impulso no crescimento, com a criação de 196 novos centros (BRASIL, 2020). No entanto, é importante destacar que o crescimento entre os anos não foi linear. Em 2018, foram criados 106 CEJUSCs (BRASIL, 2019), enquanto em 2017 foram criados 174 (BRASIL, 2018). O crescente número de Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania instalados pelo Poder Judiciário reflete a importância significativa dada ao instituto com vistas a de fato estabelecê-los como meio prioritário na solução dos conflitos em fase pré-processual.

Identificada a eficácia dos métodos consensuais de solução de conflitos, que priorizam a independência das partes e a satisfação mútua, os Centros Judiciais são opções viáveis para proporcionar não apenas a resolução das pretensões buscadas, mas também favorecem a mudança do ponto de vista do litígio, promovendo comportamentos pacificadores e cooperando para o conforto emocional das partes. Além disso, os Centros

Judiciários são menos burocráticos e mais informais, permitindo um tratamento mais humano das questões devido à proximidade com que se trata o impasse, dando às partes a oportunidade de maior expressão e esclarecimento das questões que os afligem. De acordo com Kazuo Watanabe (2017), somente com um movimento organizado, implementado e monitorado, será possível transformar a cultura da sentença, que hoje predomina, em uma cultura de pacificação e solução amigável de conflitos de interesses.

Destaca-se ainda que, segundo o Portal Transparência do CNJ, a prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos foi considerada como um macrodesafio do Poder Judiciário na perspectiva dos processos internos, por meio da Resolução N° 325 de 29/06/2020, que dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026. Além disto, o Conselho instituiu como objetivo estratégico para o período 2021-2026 fortalecer a Política Judiciária de soluções alternativas de conflitos e a judicialização (Portaria CNJ nº 104/2020, artigo 3º, inciso VIII).

Pertinente mencionar que, em que pese não haver dados concretos consolidados sobre a mediação pelo CNJ, pode-se ilustrar alguns elementos disponibilizados durante o Seminário de Pesquisas Empíricas Aplicadas a Políticas Judiciais, realizado em 2022, no qual foi pontuado que os melhores resultados são alcançados quando as audiências de conciliação e mediação são feitas na etapa pré-processual, isto é, em casos que ainda não chegaram à Justiça, dando incentivo aos envolvidos sobre evitar os custos da judicialização e a demora da tramitação.

Um dos CEJUSCs em destaque no seminário em comento foi o Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT), quando a sua coordenadora, mediadora judicial Marina Soares Vital Borges, salientou que em 2019, houve um alto índice de acordos que ficou em torno de 85%, evidenciando que os melhores resultados foram conseguidos na área familiar, conforme estudo apresentado por Regina Bandeira (2022), *ipsis litteris*:

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.

...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.

Já no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), a apresentação girou em torno da área civil, e conforme descreve o mediador Adriano da Costa, para cada 100 tentativas de acordo, apenas três chegam a bom termo.

Nesse ínterim, o juiz Alexandre Lopes de Abreu, do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), especialista em mediação e conciliação destaca, em sua apresentação, a necessidade de se investir e estimular os métodos, dado que: “É um acesso à Justiça, mesmo fora do Judiciário.”

Percebe-se no contexto apresentado, referências para que o CNJ procure conhecer a política adotada no TJMT, de forma a verificar a possibilidade de expandi-la para os demais Centros, visto que as exposições realizadas no Seminário em questão, oferece um norte de estudo sobre o sucesso do TJMT, aliado ao resultado do TJPE não tão satisfatório.

Infere-se, portanto, que caso o haja uma propalacão a respeito do uso da mediação por toda a sociedade, esta será de grande auxílio no desafogamento do Judiciário com consequente celeridade na resolução dos conflitos que lhe são direcionados.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo apresenta os dados, estatísticas, números e os esforços do Poder Judiciário em tornar a mediação medida efetiva como alternativa na solução de conflitos judicializados. Entretanto, apesar dos empenhos em sua definitiva implementação como ferramenta eficaz, os números se mostram aquém da realidade esperada. Os gráficos apresentados revelam o pequeno crescimento na taxa de homologações de sentenças. Ao passo em que o número de processos avança numa taxa de crescimento maior que o número de sentenças homologatórias de acordo. Necessário se faz a contínua implementação e perpetuação das medidas alternativas, como a mediação para a real prestação jurisdicional.

Embora ainda não seja amplamente adotada, a prática da Mediação apresenta potencial para ser mais explorada em Faculdades de Direito, com o devido incentivo do Ministério da Educação. O instituto da Mediação se apresenta num universo interdisciplinar a ser explorado e desenvolvido, pois trazer à baila acadêmica o estudo da mediação, seus modelos, aplicações e formas pode levar a evolução necessária à aplicação do método com o êxito almejado, pavimentando a via na solução de litígios. Por conseguinte, ressalta-se a necessidade de acrescentar ao currículo de Direito uma disciplina específica para tratar de conflitos, considerando a evolução da sociedade e a importância da formação de profissionais aptos a lidar com situações litigiosas.

A evolução e adaptação dos meios aplicáveis da mediação devem seguir em consonância com os avanços e modelos sociais em que se encontram os jurisdicionados. Neste sentido, destacamos a mediação digital, com seu alcance às mais remotas comunidades que dispõe dos serviços de internet e, em contrapartida, a mediação comunitária para os complexos habitacionais que carecem de tecnologia da informação que viabilize o acesso à justiça digital. E em ambos os casos, aplicando ao caso concreto, quando convier, a constelação familiar como meio eficaz de amparo à mediação, proporcionando uma visão mais ampla e profunda das relações.

O estudo sistêmico da mediação como disciplina, permeia diversas áreas do conhecimento acadêmico, principalmente, das Ciências Sociais, tangenciando o conhecimento interdisciplinar na busca da constante evolução e aplicação adequada aos

meios sociais a que forem dirigidas.

Adicionalmente, sugere-se a inclusão de uma disciplina que demonstre aos estudantes do Direito as diversas possibilidades de aplicação dos direitos adquiridos e opções de carreira pouco exploradas pelos estudiosos e pela academia, como forma de ampliar as perspectivas e o conhecimento dos alunos. Essas iniciativas, aliadas, à disseminação dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MASCs) na sociedade, poderiam contribuir para o empoderamento dos indivíduos pela capacitação, e por consequência o aumento na oferta de métodos mais céleres, pacíficos e satisfatórios para todos os envolvidos na solução dos conflitos.

O conflito é um aspecto inerente ao convívio social, tornando-se, portanto, crucial a criação de novos métodos capazes de suprir as demandas judiciais, considerando que a sociedade está em constante mudança. Nessa linha, foi constatado que o sistema tradicional não é a melhor alternativa para casos individuais e de menor complexidade, devido às suas exigências formais e burocráticas. Diante disso, o Direito acompanha essas transições buscando cada vez mais uma prestação jurisdicional eficaz, célere e precisa. Assim, o instituto da mediação foi estabelecido no ordenamento jurídico para ajudar a tratar de litígios passíveis de resoluções consensuais.

Nesse sentido, a mediação propõe uma solução adequada ao conflito que renova a percepção do indivíduo em relação à sua abordagem. Mesmo diante de um litígio, é possível preservar a relação harmoniosa, mantendo a autonomia mútua e promovendo uma resolução mais célere baseada na economia processual. Esse método pacífico envolve um momento criativo em que as partes enredadas analisam a melhor alternativa para resolver o conflito decorrente da relação existente. Assim, o acordo é uma consequência lógica que resulta da boa aplicação dos meios e da cooperação das partes para transformar o conflito.

Na abordagem da mediação é possível observar que se bem conduzido, esse método poderá se tornar eficaz como um meio adequado para tratar conflitos, buscando restaurar o diálogo entre as partes por meio de uma comunicação construtiva, promovendo uma cultura de paz nas relações sociais. É importante compreender que, a mudança de crenças e costumes fora do âmbito judicial é essencial para a assimilação mais profunda e concreta do tema e, assim, ultrapassar a esfera judicial e oportunizar a convivência harmoniosa. A promoção diária da pacificação deve ser buscada, devendo ser cultivada na consciência de cada indivíduo e representa muito mais do que a ausência de conflito. Além de buscar uma sociedade mais pacífica, a mediação também promove sobremodo a redução dos custos processuais, a celeridade e a resolução completa do conflito, não se limitando apenas a um acordo, e promovendo a efetividade jurisdicional. Para que isso ocorra, é necessário que haja um investimento contínuo em estruturas adequadas, com local apropriado para as sessões de mediação, servidores qualificados e suficientes, a participação ativa de magistrados envolvidos com a causa, e demais atores suscitados na legislação e não apenas cumpridores automáticos das normas estabelecidas.

A mediação, mais do que um método de solução de conflitos, vem demonstrando a necessidade de implementação concreta, devendo conscientizar toda a sociedade que o método pode ser eficaz se dispendida a educação e estímulo à população para buscar e ter suas necessidades atendidas através do mesmo. Independentemente de sua aplicação no âmbito judicial ou extrajudicial, a mediação se apresenta como um dos instrumentos jurídicos diretamente aplicável e podendo se tornar um aliado do Poder Judiciário na solução de litígios, que atende aos anseios de uma sociedade carente por justiça de modo efetivo e prático.

Almeja-se que os operadores do Direito invistam, verdadeiramente, na mediação, a partir do estudo acadêmico como disciplina, formando e disseminando a mediação para o meio social a fim de se difundir efetivamente a cultura da solução consensual dos litígios, com as ferramentas adequadas e por consequência reduzir a enorme quantidade de demandas à espera de julgamento nas diversas instâncias judiciais e, assim, proporcionar maior eficácia ao Poder Judiciário e satisfação ao jurisdicionado com a solução definitiva das suas lides.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ítalo Miqueias da Silva. **A história do Direito e seus aspectos sociais tendo em vista a formação do Direito contemporâneo**. Revista Jus Navigandi. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/61138/a-historia-do-direito-e-seus-aspectos-sociais-tendo-em-vista-a-formacao-do-direito-contemporaneo>. Acesso em: 13 março de 2023.

ALVES, T. M.; PINHO, H. D. B. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa**. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 205, p. 55-70, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509924/001024273.pdfsequence=1&isAllowe d=y>. Acesso em: 13 de março de 2023.

BACELLAR, Roberto Portugal. Coleção Saberes do Direito 53, **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANDEIRA, Regina. **Estudos apresentam dados sobre eficiência do uso mediação e conciliação na Justiça**. Agência CNJ de Notícias, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estudos-apresentam-dados-sobre-eficiencia-do-uso-mediacao-e-conciliacao-na-justica-brasileira/>. Acesso em 05 de junho de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Takahashi, Bruno de (org.). **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. 1. ed. Brasília: CNJ, 2019a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2023a.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**: Judiciário manteve serviços com inovação durante a pandemia. Brasília: CNJ, setembro, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em- N%C3%83Bameros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 12 março de 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 12 março de 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 12 março de 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em: 12 março de 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016**. Disponível em: bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/handle/123456789/48. Acesso em: 12 março de 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 104**, de 30 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 12 março de 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 12 março de 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 325**, de 29 de junho de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso em: 10 maio de 2023

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 março de 2023.

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: 13 de março de 2023.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e- modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>. Acesso em: 08 maio de 2023.

GARRIGA, Joan. **Constelações Familiares na Prática: Como Transformar Relações Familiares Problemas em Soluções**. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

GODOY, Ana Luiza. **A mediação como mecanismo de participação social urbana**. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp059623.pdf>. Acesso em: 3 março de 2023.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações Familiares: o Reconhecimento das Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 2010.

KASEMIRSKI, André Pedroso. **Reflexões sobre a mediação familiar digital na plataforma do conselho nacional de justiça**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 17, n. 2, p.10- 32, out. 2022. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2022v17n2p.10. ISSN: 1980-511X

NETO, Adolfo Braga. Mediação de Conflitos no contexto familiar. **REVISTA IOB DE DIREITO DE FAMÍLIA EDIÇÃO 51 – DEZEMBRO/2008**. Disponível em:https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/artigo20Adolfo_mediacao_contexto_familiar_revista_iob_11.pdf. Acesso em: 08 março de 2023.

PELAJO, Samantha; LONGO, Samantha Mendes; NASCIMENTO Dulce; BAYER, Sandra. **Mediação de Conflitos: temas atuais**. Brasília: OAB Editora, 2022. 290 p.

WATANABE, Kazuo. Depoimento. Cadernos FGV – Projetos – **Cadernos Solução de Conflitos**, ABRIL/MAIO 2017, ANO 12 | Nº 30 | ISSN 19844883, p. 29. Disponível em:

CAPÍTULO 6

PROTEÇÃO OU LIBERDADE: OS DILEMAS DO ESTADO NO ENFRENTAMENTO À PANDEMIA

Data da submissão: 07/07/2023

Data de aceite: 01/09/2023

Marilene Borges de Sousa

Bacharel em Serviço Social; Mestranda em Políticas Públicas pelo PPGPP-UFPI.

Ana Valéria Matias Cardoso

Bacharel em Serviço Social; Mestre em Políticas Públicas- UFPI; Doutoranda em Políticas Públicas pelo PPGPP-UFPI.

William Sousa Vilanova

Bacharel em Economia; Mestranda em Políticas Públicas pelo PPGPP-UFPI.

Cristina Santos Freitas

Bacharel em Serviço Social; Especialista em Gestão em Saúde- UESPI.

Flávia de Sousa Silva

Bacharel em Serviço Social; Mestre em Políticas Públicas- UFPI.

Wilsonar Pessoa Nunes

Bacharel em Administração; Mestrando em Políticas Públicas pelo PPGPP-UFPI.

Antonio de Moura Fé

Licenciado em Pedagogia; Mestrando em Políticas Públicas pelo PPGPP-UFPI.

Juliana Lima de Carvalho

Bacharel em Serviço Social; Mestre em Políticas Públicas- UFPI; Doutoranda em Políticas Públicas pelo PPGPP-UFPI.

Noara Fernanda Oliveira Barbosa Lima

Bacharel em Serviço Social; Especialista em Famílias e Políticas Públicas - FSA

Francisca Eluar Marinho Silva Soare

Licenciada em Pedagogia; Mestranda em Sociologia-UFPI.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar os aspectos referentes à Pandemia da Covid-19, uma doença surgida na China. Pra tanto é necessário à discussão entre pandemia, proteção e liberdade e os dilemas do estado no enfrentamento das demandas apresentadas pela sociedade diante do empate. Traz como metodologia a pesquisa bibliográfica pautada nos autores Polanyi (2000), Berlin (1981) e Hirschman (2000). Tem como método a perspectiva crítica dialética na relação entre liberdade, política social e economia na atual conjuntura e, em seguida, discute as possíveis respostas do Estado aos dilemas postos pela sociedade em tempos de Covid-19. Em síntese, não se trata de uma relação de anulação de uma das partes, e sim de como conciliar a relação destas, já que a sociedade interfere nas ações do poder público, e este, por sua

vez, busca intervir nas relações sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade; Estado; Pandemia da covid-19; Proteção Social.

PROTECTION OR FREEDOM: THE DILEMMAS OF THE STATE IN FACING THE PANDEMIC

ABSTRACT: This article aims to analyze aspects related to the Covid-19 Pandemic, a disease that emerged in China. Therefore, it is necessary to discuss the pandemic, protection and freedom and the dilemmas of the state in facing the demands presented by society in the face of a tie. It brings as a methodology the bibliographical research based on the authors Polanyi (2000), Berlin (1981) and Hirschman (2000). Its method is the critical dialectical perspective on the relationship between freedom, social policy and the economy in the current situation, and then discusses the possible responses of the State to the dilemmas posed by society in times of Covid-19. In summary, it is not a matter of annulment of one of the parties, but of how to reconcile their relationship, since society interferes in the actions of the public power, and this, in turn, seeks to intervene in social relations.

KEYWORDS: Freedom; State; Covid-19 Pandemic; Social Protection.

1 | INTRODUÇÃO

O estudo em questão se propõe em analisar aspectos referentes à Pandemia da Covid-19, uma doença surgida na China, em 2019, transmitida por um vírus denominado Novo Coronavírus, transmitido entre humanos através do contato físico, infectando o indivíduo, que, em algumas situações, vem a óbito. Além disso, causa perdas pessoais, familiares, sobretudo sociais e econômicas. São objeto de discussão do presente ensaio os dilemas do Estado em decorrência da pandemia, no que tange à relação entre proteção *versus* liberdade, bem como os fatores que contribuíram para a presença de conflitos em torno das ações do Estado enquanto protetor do indivíduo.

Sabendo da importância da liberdade do indivíduo em sociedade e da necessidade da proteção do mesmo na vida coletiva, questionam-se: o que é liberdade? Até onde se coloca a sua limitação em sociedade? Qual o tipo de proteção a ser garantido pelo Estado? Quais os dilemas a serem postos ao Estado? Quais as estratégias a serem adotadas? Com o intuito de responder às problematizações feitas, recorre-se aos conhecimentos de autores que discutem criticamente o papel do Estado, levando-se em consideração a realidade coletiva e as decisões públicas e privadas vivenciadas a partir da Pandemia da Covid-19 na sociedade contemporânea. Dentre os autores citados para o debate estão: Polanyi (2000), Berlin (1981) e Hirschman (2000).

Em síntese, o artigo tem como objetivo analisar sobre as categorias liberdade e proteção vistas como desafios apresentados pelo Estado ante a sociedade. Parte inicialmente da análise crítica da relação entre liberdade, política social e economia na atual conjuntura e, em seguida, discute as possíveis respostas do Estado aos dilemas

postos pela sociedade em tempos de Covid-19. Em síntese, não se trata de uma relação de anulação de uma das partes, e sim de como conciliar a relação destas, já que a sociedade interfere nas ações do poder público, e este, por sua vez, busca intervir nas relações sociais.

2 | PANDEMIA, PROTEÇÃO E LIBERDADE E OS DILEMAS DO ESTADO: UMA ANÁLISE NA VISÃO DE POLANYI, BERLIN E HIRSCHMAN

Tratar de Pandemia no Brasil é algo complexo quando envolve proteção do Poder Público e liberdade da sociedade, ainda mais quando se trata da pandemia da Covid-19. A realidade social da população brasileira no período pandêmico, somada à lógica do sistema capitalista, assemelha-se àquelas apresentadas por Polanyi (2000) na Inglaterra durante a Revolução Industrial, como exclusão social, violação de direitos, exposição do trabalhador a situação de insalubridade, dentre outras. Em referência ao sistema de proteção social brasileiro na atual conjuntura, o cidadão não pode afirmar que possui garantias e segurança de proteção do poder público em sua totalidade, uma vez que a política social torna-se fragilizada quando é posta em disputa com a política econômica.

Ao abordar as necessidades de proteção contra a contaminação do vírus, como isolamento social, uso de máscara, fechamento do comércio, higienização das mãos com álcool em gel, cancelamento de eventos, observa-se uma contraposição da sociedade e do sistema capitalista, que, por sua vez, contribui para ações de negação às medidas de restrição e de recomendações dos equipamentos de saúde, possibilitando a polarização entre saúde e mercado. Desse modo, tal como propõe Hirschman (2000), acabam favorecendo medidas e soluções estatais baseadas nas paixões do homem, concebendo os sujeitos como de fato eles são levados em consideração suas paixões/reações.

Na pandemia da Covid-19, o Estado é chamado a “descobrir modos de dar forma ao padrão das ações humanas [...] de controlar, pela força, se necessário, as piores manifestações e as mais perigosas consequências das paixões [...]” (HIRSCHMAN, 2000, p. 15). Adotou imposições severas àqueles que violavam as medidas restritivas, período semelhante ao discutido por Polanyi (2000), no século XIX, o qual deixa claro o surgimento de movimentos a favor do liberalismo da economia e outros contramovimentos que apoiavam a proteção social.

Cumpre lembrar, no entanto, que, assim como as medidas de repressão não prevaleceram sobre as paixões no século XVII, conforme apresentado por Hirschman (2000), as ações coercitivas do Estado não foram eficazes ao enfrentamento da pandemia da Covid-19 no Brasil e no mundo. Recorde-se que a população violava as regras de isolamento social através de aglomerações em diversos tipos de eventos, assim contribuindo para a propagação do vírus, negando a proteção do Estado e a liberdade do outro de não contrair a doença. Isso confirma a reflexão aqui posta sobre como lidar com o conflito de valores, por exemplo, entre a liberdade e proteção, impasse que pode ser reposto em

outros formatos, a exemplo do estabelecido em toda sua inteireza com a crise da Covid-19.

Com a ineficiência da repressão e mobilização das paixões, citadas por Hirschman (2000), em detrimento das ações irregulares do poder de Estado, essa alternativa perde força perante a sociedade no século XVII, momento em que o Estado é reconvocado a apresentar alternativas de trabalho em prol da sociedade. Para esse autor, esse é o momento, em que irão prevalecer atitudes de um Estado racional, educador, que oferecia um trabalho educativo voltado à civilização, usando as paixões a favor de todos, ou seja, “a ideia de mobilizar as paixões do homem, [...] trabalhar pelo bem geral” (HIRSCHMAN, 2000, p. 17), garantindo assim uma proteção coletiva e buscando responder aos anseios da sociedade.

Ao tratar do enfrentamento à pandemia, Hischman (2000), acerca da coerção e da repressão das paixões, apresenta algumas alternativas como: uso obrigatório de máscara, distanciamento social nos espaços de ações coletivas, trabalho remoto, fechamento do comércio e paralisação das demais atividades econômicas, isolamento social e lockdown. Já as alternativas relacionadas à racionalidade, para o enfrentamento à pandemia, referentes à civilização apontada nos estudos do autor, foram às campanhas educativas, com vistas a sensibilizar a população sobre a importância da vida e da saúde coletivas.

Além disso, para a flexibilização do retorno às atividades econômicas, de forma segura, os estabelecimentos deveriam oferecer proteção a seu público e seus funcionários. Sendo assim, ao tempo em que os comerciantes ganham a liberdade de reabrir seus estabelecimentos, garantem a liberdade do seu público de adquirir os produtos com proteção.

Uma das questões levantadas pela sociedade perante as ações de controle da pandemia, além da dicotomia entre saúde e economia, seria a liberdade do cidadão, que por sua vez estaria sendo privada pelo Estado, sendo este responsável pela proteção dos indivíduos, pela vida em comum. Para responder a essa questão, Berlin (1981), ao tratar da liberdade positiva, remete ao papel do Estado o controle sobre as ações dos indivíduos em sociedade. Para o autor, “é possível e justificável coagir os homens em nome de algum objetivo (digamos justiça ou bem-estar público) que eles mesmos perseguiriam se fossem mais esclarecidos, mas não o fazem pelo fato de serem cegos, ignorantes ou corruptos” (BERLIN, 1981, p. 143).

A partir disso, o coroamento da difusão e da influência da liberdade negativa e dos libertários no Brasil durante a pandemia pode estar na atuação performática do Presidente Bolsonaro, no momento em que o poder executivo não traz planos de prevenção individuais da Covid-19, contribuindo para a repressão dos indivíduos às medidas adotadas. A liberdade negativa relaciona-se à área que o sujeito deve ter ou receber para que ele possa ser ou fazer o que pretende, sem sofrer interferência de outras pessoas (BERLIN, 1981).

Nesse sentido entende-se que a proteção da população na pandemia e as medidas

adotadas pelo poder público foram importantes para o controle e redução do número de óbitos e agravo maior à saúde da população, uma vez que a ausência de esclarecimentos e a falta de boa vontade de alguns de contribuir foram os pontos para o surgimento das medidas adotadas no controle da doença, que colaboraram para o crescimento do dever do Estado na atuação desses papéis de proteção e liberdade, uma vez que, para Polanyi (2000), esses são elementos inversos. Nesses termos, Berlin (1981, p. 137) acentua: “ser livre em minha opinião significa não sofrer interferência dos outros. Quanto mais ampla a área de não interferência, mais ampla minha liberdade”.

Nesse contexto, o Estado é obrigado a intervir oferecendo respostas aos dilemas apresentados à sociedade, advindos do novo coronavírus. Para Polanyi (2000, p. 170), no século XIX o Estado precisou apresentar intervenções no mercado quando o liberalismo econômico alcançou seu ponto crucial nos anos de 1920, e para o autor era necessária à presença de intervenções estatais através de leis que regulassem o mercado, pois “os mercados livres jamais poderiam funcionar deixando apenas que as coisas seguissem o seu curso”. Um dos dilemas cruciais postos ao Estado, com a pandemia, se deu nessa intervenção no mercado, pois os capitalistas recusavam-se a seguir as restrições, alegando que as medidas de proteção do poder público negavam sua liberdade de trabalhar.

Ainda no dizer de Polanyi (2000, p. 174), “nenhum sofrimento particular, nenhuma violação de soberania era considerada um sacrifício demasiado grande”, e a ausência de liberdade econômica, em detrimento da proteção dos indivíduos, assim como da própria economia na pandemia, justifica as alternativas adotadas para responder aos dilemas, apresentados.

A ideologia neoliberal leva às últimas consequências a defesa absoluta da liberdade de mercado e da intervenção mínima do Estado nas atividades econômicas. Mesmo durante a pandemia mais devastadora de Covid-19 do último século, ainda permanece o discurso de “livre-mercado” de seus defensores. E é precisamente disso que se trata: de uma doutrina tida por indiscutível, quaisquer que sejam as circunstâncias.

No momento da pandemia, defender a liberdade de mercado significa defender a liberdade de propagação da pandemia e a “livre e espontânea” curva de mortes. Significa atacar qualquer empenho mais enérgico do Estado para frear a circulação do vírus. Significa também defender que “a roda da economia não pode parar”, mesmo que o resultado dessa (ausência de) política seja o colapso notório do sistema de saúde, com pessoas morrendo por ausência de leitos hospitalares, respiradores e medicamentos.

3 | CONCLUSÃO

As relações sociais tiveram diversas modificações a partir da pandemia de Covid 19, entre instituições e indivíduos, em prejuízo das recomendações de isolamento e distanciamento social. Em decorrência disso, a liberdade do indivíduo torna-se limitada

perante as ações de proteção do Estado. Sendo assim, a pandemia contribui para a expansão dos dilemas e desafios presentes entre Estado e sociedade, quando se trata de liberdade em detrimento da proteção dos indivíduos.

Os conhecimentos dos autores contribuíram para a discussão do papel do Estado como provedor de proteção da sociedade. Em síntese, não se trata de uma relação de anulação de uma das partes, e sim de como conciliar a relação destas, já que a sociedade interfere nas ações do poder público, e este, por sua vez, busca intervir nas relações sociais. Observa-se que Estado e sociedade são entidades complementares: enquanto a sociedade organiza movimentos contra ou a favor das medidas de proteção, o Estado o faz através de decretos e, sendo assim, cada elemento possui sua contribuição nas decisões em prol da liberdade e da proteção da coletividade.

Com o intuito de concluir o referido estudo, faz-se necessário destacar que não há uma “cartilha de respostas” definitivas aos dilemas apresentados ao Estado durante a pandemia da Covid-19 no que diz respeito à proteção e à liberdade. No entanto fatores destacados, como direito à vida e à saúde coletiva, são ações que devem ser fornecidas ao indivíduo pelo Estado, em prol da vivência dos sujeitos de direitos em sociedade.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora da UnB, 1981.

HIRSCHMAN, Albert O. *As Paixões e os interesses*: argumentos políticos para o capitalismo antes do seu triunfo. Tradução: Lúcia Campelo. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*: as origens da nossa época. Tradução: Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAPÍTULO 7

A CONSTRUÇÃO DO COMUM: A MULTIDÃO GUIADA PELO AMOR

Data de aceite: 01/09/2023

Guilherme Dorneles da Silva

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo; Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo e Bacharel em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo

<http://lattes.cnpq.br/9827963922206252>
<https://orcid.org/0000-0001-8388-4646>

Multidão, Metrópole, Amor.

THE CONSTRUCTION OF THE COMMON: THE CROWD GUIDED BY LOVE

ABSTRACT: With the objective of studying the proposal of the common good of Michael Hardt and Antonio Negri, the present work aims to approach some of the main concepts that this idea presents, such as the contrast between the people and the crowd, the difference between the city and the metropolis and love as the driving force of the biopolitical revolution. Thus, from new conceptual outlines and social frameworks to explain the contemporary world and its possibilities of action, it is intended to demonstrate what would be the paths that would lead to the realization of this common good and present it as a possibility of combating certain conditions of social domain.

KEYWORDS: Common good, Crowd, Metropolis, Love.

1 | INTRODUÇÃO

O bem comum como um objetivo moral do direito, ou ainda, como uma

RESUMO: Sobre o objetivo de estudar a proposta do bem comum de Michael Hardt e Antonio Negri, o presente trabalho visa abordar alguns dos principais conceitos que essa ideia apresenta, como por exemplo, o contraste entre o povo e a multidão, a diferença entre a cidade e a metrópole e o amor como a força propulsora da revolução biopolítica. Assim, a partir de novos delineadores conceituais e enquadramentos sociais para explicar o mundo contemporâneo e as suas possibilidades de ação, pretende-se demonstrar quais seriam os caminhos que levariam a realização desse bem comum e apresentá-lo como uma possibilidade de combate a certas condições de domínio social.

PALAVRAS-CHAVE: Bem comum,

construção política¹, é mencionado em diversos momentos no ordenamento jurídico brasileiro, tais como na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e em outros dispositivos ou tratados internacionais dos quais o Brasil firmou acordo, como por exemplo, no pacto de São José da Costa Rica. No entanto, no caso do Brasil, o bem comum é um conceito aberto que orienta de modo geral os códigos e as leis do país. Assim, como não há uma definição oficial sobre o alcance da sua consistência, os seus limites legais não estão positivados em nenhum lugar nas leis ou nos códigos pátrios, cabendo, portanto, à doutrina articular a sua construção, e elaborar no que consiste a sua condição teórica.

Nesse ímpeto, a primeira parte do trabalho tem como propósito abordar aquilo que Michael Hardt e Antonio Negri chamam de multidão. Diferentemente do conceito de povo, comumente formulado como uma massa homogênea, a multidão está comprometida com a realização de planos de vida variáveis, através da manifestação ativa das singularidades², as quais se realizam em processos abertos de uma intersubjetividade que elas mesmas articulam no comum.

No segundo momento, o artigo explora o amor como um processo eminentemente político, que visa articular as singularidades no comum, ou seja, o amor procura consolidar o bem comum como uma realidade dinâmica que não pode ser engessada por modelos de vida automáticos, mas que permanece aberta às mais variadas transformações sociais. Em outras palavras, nesse ponto, procurou-se demonstrar como o amor deve ser o fundamento dos encontros biopolíticos³ no comum.

A terceira parte trata da metrópole como o espaço onde o comum se realiza. Os encontros de subjetividades são produzidos no interior das metrópoles, acarretando tanto externalidades positivas quanto negativas. Assim, entre os seus objetivos está a criação de vínculos pelo comum para a manifestação autêntica dos diferentes modos de ser das pessoas da multidão.

Assim, baseando-se principalmente nas obras de Michael Hardt e Antonio Negri, procurou-se com esse trabalho estudar o conceito de bem comum desses autores e entender quais seriam os caminhos para alcançá-lo.

A pesquisa foi realizada pelo método hipotético dedutivo, aliada a uma investigação qualitativa, a fim de realizar um artigo científico sobre a proposta de construção do comum pelo amor como uma força política.

1 Com objetivo moral e político se está querendo dizer que entre os tantos objetivos que o direito possui, um deles é a construção de um ambiente comum, seguro e harmônico para a aplicação do próprio direito, já que não seria possível desenvolvê-lo satisfatoriamente em um ambiente de constante conflito e insegurança.

2 Por singularidade pode-se entender o modo de ser das pessoas, ou seja, aquele conjunto de características mais particulares, as quais não somente as definem, mas que também atuam como pontos de referência para a construção e a moldagem dos seus processos de identificação na sociedade.

3 Por biopolítica pode-se entender a gestão das singularidades na multidão sobre toda a dinâmica que envolve o desenvolvimento das relações humanas. Essa ideia será mais bem explorada no corpo do texto.

2 | A MULTIDÃO: AQUELES QUE COMPÕEM O COMUM

A bioética, também conhecida por biopolítica do comum, pode ser entendida como uma política da vida nos seus aspectos mais abrangentes e sutis de intersubjetividade, ou seja, ela analisa o processo de formulação do cotidiano e das influências que conectam e distinguem as singularidades nas suas relações no comum.

Pegando como exemplo a educação de forma oficial, é sabido que o Brasil vive uma catástrofe institucional, ficando, nos últimos anos, entre os mais mal colocados segundo o exame do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA)⁴, estando atrás de países como Uganda, Serra Leoa e Paraguai.

Uma das causas desse fenômeno é o chamado analfabetismo funcional, caracterizado pela não compreensão do leitor quanto a mensagem de um texto que ele acabou de ler. Quando a quantidade desses casos cresce a ponto de não poder mais ser ignorada, o problema deixa de ser um assunto privado e se torna uma produção coletiva de uma sociedade que cria os próprios padrões de enfrentamento⁵, nesse caso, na solução da má formação de toda uma classe letrada.

Acontece que na dinâmica do poder, numa perspectiva de manutenção do *status quo*, não é interessante para alguns que certos problemas sejam verdadeiramente abordados e resolvidos, já que uma das formas mais antigas de controle social é o empenho daqueles que detém o poder em conservar a falta de esclarecimento das massas como uma forma de encobrir possíveis traços de identificação entre as pessoas, tornando-as estranhas entre si e menos desafiadoras em serem controladas.

No caso da educação, a própria formulação do problema, o cuidado e a preocupação com a dimensão do comum desaparecem e são transformados em uma questão individual, que responsabiliza, ou mesmo culpa, as próprias pessoas pela sua condição. Assim, ao invés dos afetados por esse fenômeno serem objeto de cuidado e verdadeira atenção, eles são tomados como possíveis alvos experimentais de tecnologias exclusivas⁶ para suprir essa situação, as quais não garantem certeza de que a questão será resolvida ou mesmo abordada de modo mais adequado. Percebe-se isso pela variedade imensa de cursinhos e programas educacionais que prometem suprir as deficiências escolares, e capacitarem os alunos a serem aprovados em exames como o Enem, vestibulares, concursos públicos etc.

No entanto, a falta de um preparo escolar ou mesmo universitário adequados para alcançar os objetivos profissionais esperados, necessitando-se de uma série de cursos preparatórios específicos para suprir essa deficiência, é apenas um aspecto do problema. Outro ponto, ainda mais preocupante é a educação ser tratada exclusivamente com um meio para um determinado fim, ou ainda, como um mal necessário para se conseguir um

4 Ver o sítio eletrônico: www.oecd.org.

5 Não necessariamente uma solução positiva é apresentada, mas muitas vezes forma de camuflar o problema ou até mesmo de se aproveitar dele.

6 São exclusivas pois nem todos tem acesso a elas.

emprego socialmente “descente”, deixando totalmente de lado os aspectos sociais da formação humana, como por exemplo, o desenvolvimento da personalidade nos contextos interpessoais. Acontece que se a educação fosse tratada sobre uma lógica de bem comum, que visasse tal formação e não somente como uma obrigação convencional, as pessoas estariam mais conscientizadas da sua relevância e se portariam com mais atenção para a qualidade do ensino que lhes é oferecida. Consequentemente, grande parte da população estaria mais bem educada do que em uma lógica que trata o ensino e elas próprias como um produto mercadológico.

Entende-se que o mundo vive um momento de transição das formas de produção de capital, em que os resultados da sua força e do seu modo de ação cada vez mais tomam o lugar das relações sociais e das formas de afeto, ou seja, a produção capitalista ultrapassa as fronteiras da economia e torna-se o que pode ser entendido como um processo da biopolítica.

O filósofo austríaco André Gorz, na obra “o imaterial” vai afirmar que a dimensão imaterial dos produtos, como por exemplo, o seu valor simbólico, estético e social, acaba predominando sobre a realidade material, isto é, esse valor social das imagens, das informações, do conhecimento, dos códigos e das relações sociais que os objetos despertam, estão adquirindo mais peso no processo de valorização capitalista do que as próprias mercadorias materiais ou do que os aspectos materiais dessas mercadorias. Há uma afeição simbólica que valoriza não propriamente o produto ou o trabalho a ele empregado, mas aquilo que ele vai despertar em uma rede de convivência. Desse modo:

[...] a dimensão imaterial dos produtos leva vantagem sobre a realidade material deles; seu valor simbólico, estético ou social, prevalece sobre seu valor prático e, está claro, também seu valor de troca, que praticamente apaga. A maior parte dos benefícios é realizada graças à dimensão imaterial das mercadorias.⁷

As pessoas compram as coisas para venderem uma ideia de si mesmas, ou seja, elas se apresentam pelo valor imaterial e simbólico dos bens que dispõem, como se fossem um reflexo ou mesmo uma parte integrante daquele produto.

A divisão entre o trabalho produtivo e o reprodutivo perde o limite da sua demarcação, isto é, as fronteiras entre vida e trabalho, entre tempo de vida e tempo de trabalho, são diluídas “à medida em que essa produção capitalista se volta cada vez mais para a produção de relações sociais e formas de vida, e não só de mercadorias – o que talvez seja até um aspecto secundário nesse movimento”⁸. Isso faz com que as pessoas assumam a sua ocupação como a sua identidade, identificando-se pelo seu ofício, de modo que a vida – entendida aqui como a vida fora do trabalho, como as suas emoções, sensações, planos, sonhos e intercomunicação – acaba sendo engolida pelo trabalho, o qual se transforma

7 GROZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. São Paulo: Anna Blume, 2005. p. 38.

8 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. Rio de Janeiro: Record, 2016. p. 155-156.

“numa força e geração de vida social”⁹.

A produção biopolítica acaba deslocando o eixo econômico da produção das mercadorias e dos produtos para o campo das relações sociais, o que confunde a divisão entre a produção e a reprodução, ou seja, “na esfera biopolítica, a vida é levada a trabalhar para a produção e a produção é levada a trabalhar para a vida”¹⁰.

Segundo Hardt e Negri, Karl Marx teria dado a primeira chave para entender esse processo, porque embora nas sociedades capitalistas, as riquezas surjam como um aglomerado de mercadorias, o capital que Marx alega é um processo de criação de valores, que são ressaltados através da produção de mercadorias, ou seja, o capital é uma relação social, ou ainda, ele é a constante reprodução de uma relação social, que ocorre pela criação de valor excedente ao produto – ainda que dependa dele e de todos os seus processos constitutivos –, sendo a cidade o local onde esse fenômeno todo se desenvolve.

No que se refere à cidade, ela não deve ser entendida apenas como um grande canteiro de obra, isto é, como um ambiente composto por casas, prédios, cabos de comunicação, sistemas de esgoto, e demais projetos de engenharia, mas é sim como um sistema dinâmico que comporta diversas práticas culturais, éticas, morais e religiosas, comunicadas por relações de afeto, processos intelectuais e instituições humanas. Esses e outros elementos são entendidos como características do comum, ou seja, são os elementos que compõem a produção biopolítica das cidades. A cidade é, portanto, a fonte do comum e o ambiente onde ele se realiza na forma de:

[...] espaços institucionais livres das restrições impostas pelos requisitos dos mercados. Quando se fala de um ambiente de informação, do espaço cultural e simbólico que ocupamos como indivíduos e cidadãos, a diversificação das restrições sobre as quais operamos, inclusive a criação de espaços relativamente livres das leis de estruturação de mercados, atinge o cerne da liberdade e da democracia.¹¹

Semelhante ao conceito de povo, a multidão também resulta de um processo de constituição política. Acontece que diferentemente daquele, o qual é formado por um poder hegemônico, como uma unidade que aparente se coloca acima do social e do plural, a multidão consiste em redes de articulações próprias que estruturam o fluxo das dinâmicas sociais. Para Hardt e Negri a multidão é múltipla e é:

[...] composta de inúmeras diferenças internas que nunca poderão ser reduzidas a uma unidade ou identidade única – diferentes culturas, raças, etnias, gêneros e orientações sexuais; diferentes formas de trabalho; diferentes maneiras de viver; diferentes visões de mundo; e diferentes desejos. A multidão é uma multiplicidade de todas essas diferenças singulares.¹²

9 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 157.

10 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 51.

11 BENKLER, Yochai. **A economia política dos commons**. In: SILVEIRA, Sergio Amadeu da (Org.). Comunicação digital e a construção dos commons. São Paulo. Ed. Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 16.

12 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Multidão**: Guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 12.

Assim, enquanto o povo é caracterizado pela indiferença dos seus componentes, submetidos a uma unidade imposta, a multidão é formada pela exposição e pela produção de singularidades. Portanto, a multidão é esse conjunto de multiplicidades e subjetividades de formas de expressões sociais, capaz de se desenvolver autonomamente.

Na biopolítica, a subjetividade é um processo em transformação e constituição permanentes de formas de relacionamento, o que quer dizer que a multidão não se identifica em um sentido ontologicamente fixo e estático, mas sim como um constante acontecer, como algo que está em ininterrupta inovação, ou seja, “[...] a produção biopolítica de ideias, códigos, imagens, afetos e relações sociais, lida diretamente com os elementos constituintes da subjetividade”¹³. São sobre essas relações que a subjetividade nasce e reside, sendo a própria multidão o pivô da sua autotransformação coletiva. No entendimento de Brown e Szeman, a multidão se fundamenta na:

[...] concepção de democracia solidamente ancorada na insistência de uma expansão do que é comum a todos. Tal como a entendemos, a multidão exerce a função de organização social mediadora entre aquele conceito ainda por demais abstrato (democracia global) e a prática política. O modo de organização endógeno da multidão é a rede distribuída.¹⁴

Mesmo sendo composta por diferentes elementos, inclusive antagônicos, a multidão consegue encontrar um modo de se organizar e de se comunicar para a produção do comum. Em outras palavras, a multidão está empenhada com a realização de diferentes modos de vida pelas variáveis formas de expressões de singularidades, as quais se constituem pelos processos relacionais abertos que elas mesmas movimentam. Por isso, a multidão deve ser entendida como um projeto de organização política, composto por comunicação e compartilhamento, através da colaboração dos envolvidos, já que o “[...] comum necessita que haja uma comunidade disposta a atuar como guardiã rigorosa do recurso em concreto”¹⁵.

A produção da diversidade biopolítica “[...] ocorre e só pode ocorrer no terreno do comum”¹⁶, visto que os seus elementos constitutivos – aquele conjunto de ideias, imagens e códigos – surgem dessa rede de cooperação por conta da atividade de quem as produz. Em outros termos, fala-se de uma produção colaborativa baseada em bens comuns, a qual pode ser entendida como:

[...] qualquer processo no qual indivíduos podem livremente e abertamente contribuir com um comum (de conhecimento, códigos ou design), necessariamente acoplados a formas de governança participativa (desde que não haja relação de dependência entre os contribuintes livres); e assim

13 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 200.

14 BROWN, Nicholas e SZEMAN, Imre. O que é a multidão? Questões para Michael Hardt e Antonio Negri. **Revista Novos Estudos**. V 2, n 75, julho de 2006, p 93 – 108. p. 98.

15 BOLLIER, David. **Pensar desde los comunes**: una breve introducción. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016. p. 31. Do original: “Un común tiene límites, reglas, normas sociales y sanciones contra los oportunistas. Un común necesita que haya una comunidad dispuesta a actuar cual guardián riguroso del recurso en concreto”.

16 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 201.

criar um comum de conhecimento que está aberto a novas contribuições.¹⁷

Isso indica a capacidade da multidão de produção política, indo de encontro à tese de que somente a partir da unificação e da hegemonia – atribuídas ao povo ou mesmo ao próprio Estado – é que se poderia ter iniciativa política.

A multidão pode, portanto, se organizar por intermédio dos conflitos e também da cooperação das individualidades dentro do comum, afinal o que as singularidades compartilham “[...] não é uma ideia abstrata de humanidade, mas suas relações concretas e específicas no ambivalente e conflituoso processo de sua constituição”¹⁸.

No entanto, isso requer que haja uma seleção das suas formas benéficas, justamente para afastar as práticas que lhe são prejudiciais. Para tanto, a própria multidão deve ser o movimento do comum, abrindo novos caminhos de produção de identidade, ou seja, “[...] trata-se de instituir politicamente a sociedade, criando em todos os setores instituições de autogoverno cuja finalidade – para além de sua racionalidade – será a produção do comum”¹⁹.

Segundo Dardot e Laval, o comum se articula em três dimensões, sendo elas o princípio político, a *práxis* instituente e o governo. No primeiro caso, entende-se que “o comum exige que a participação [coletiva] numa mesma atividade seja o fundamento da obrigação política, de modo que a coatividade seja o fundamento da coobrigação”²⁰. O comum, portanto, não deve ser tomado como um esquema universal pré-ordenado, mas como o:

[...] produto de uma construção política coletiva com base na qual é possível criar instituições (sociais, políticas, econômicas e jurídicas) do comum que façam oposição entre o novo direito de uso e o direito de propriedade, e estabeleça aquilo que não pode ser apropriado privadamente.²¹

Para a efetivação desse princípio político é necessário reestruturar as relações sociais através da supramencionada *práxis* instituente, como orientadora daquilo que realiza o comum. Assim, juntamente com a realização do comum no campo jurídico – pela elaboração de um direito que veda o que lhe é hostil – é preciso que haja igual dedicação no campo social, econômico e demais segmentos que compõem a cidade, também denominada metrópole, como será visto adiante.

No campo econômico, Hardt e Negri acreditam que o comum deve ser realizado por aquilo que eles chamam de empresa comum e pela emancipação do trabalho, pois “somente

17 BAUWENS, Miche. **Commons based peer production**: an introduction. Heinrich-Böll-Stiftung, 2014. Do original: “[...] any process whereby individuals can freely and openly contribute to a common pool (of knowledge, code, and design), necessarily coupled to forms of participatory governance (since there is no relation of dependence between free contributors); and thereby create a common pool of knowledge that is itself open to new contributions.”

18 ROGGERO, G. **Cinco teses sobre o comum**. Lugar Comum, n. 42, 2014, pp. 11-30. p. 17.

19 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI**. Barcelona: Gedisa, 2016. p. 523. Do original: “[...] se trata de instituir políticamente una sociedad, creando en todos los sectores instituciones de autogobierno cuyo desgaste, además de su racionalidad, será la producción de lo común”.

20 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 616.

21 QUEIROZ, Felipe. A revolução do comum. Trab. Educ. Saúde, n 18, v 3, 2020, Rio de Janeiro, 2020. p. 1.

será possível liberar o trabalho do domínio do capital se a empresa se tornar uma instituição da sociedade democrática e deixar de ser uma ilha de autocracia patronal e acionária”²². No entanto, isso não implica na total cisão das relações sociais de produção como foi proposto pelo marxismo clássico, pois a criação do comum não seria simplesmente o abandono da propriedade privada, mas a soberania da empresa comum no meio econômico.

Com isso, a revolução do comum, para os autores supracitados deve ser entendida como um processo democrático, coletivo e amplamente inclusivo, realizado por esquemas de comunicação e mantido pelo próprio governo do comum, ou seja, a revolução aqui nada mais é do que uma transformação em determinadas instituições sociais. É um processo que se desenrola gradativamente através de conquistas políticas por inclusão e participação.

3 I GUIADOS PELO AMOR: A FORÇA CONSTITUTIVA DO COMUM

Acontece que todos esses elementos que compõem o comum, por si sós não esclarecem de modo adequado a orientação política que a multidão deve tomar, ou ainda, qual é o fundamento da ação que deve guiar as pessoas na sua construção.

Para preencher esse espaço é necessário especificar sobre a questão da organização da metrópole, ou seja, deve-se esclarecer qual é o terreno político ideal para que a multidão possa exercer de modo autêntico a sua subjetividade e o seu autogoverno no comum. Fala-se aqui de uma condição de convivência consolidada em instituições duráveis, não limitadas “[...] a noções tradicionais da comunidade ou do público, mas que se baseiam na comunicação entre singularidades e se manifestam através dos processos sociais colaborativos de produção”²³.

Há, portanto um elemento que falta para completar a coerência desse projeto, e o elemento que está faltando é o amor. Todavia, não se deve entender o amor no seu sentido sentimentalista como geralmente é retratado na cultura pop através de comédias românticas, séries melodramáticas e baladas musicais, mas como um fenômeno biopolítico que assume as suas implicações filosóficas, políticas e sociais.

Inicialmente é necessário reconhecer que o amor é um tema amplamente disseminado e abordado por diversas formas de conhecimento, sendo objeto de estudo do pensamento de filósofos, de romancistas, de poetas, de cineastas e até mesmos de cientistas políticos, juristas e economistas²⁴. Alguns tratam o tema de modo mais explícito, outros o deixam mais subentendido, mas de um modo ou de outro, o amor está sempre presente.

Ao mesmo tempo em que o amor é um processo de produção do comum, ele é a

22 DARDOT, Pierre; LAVAL, Chistian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. p. 519.

23 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Multidão**: Guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 266.

24 Ainda que na política, no direito e na economia predomine a racionalidade da técnica e do método, o tema do amor também pode ser encontrado e explorado como uma força de comunicação entre as pessoas, ou seja, como uma forma de conectar a cooperação das singularidades sobre interesses comuns.

própria força que o comum exerce como o poder de um corpo social, e, portanto, ele não pode ser reduzido a um meio de produções materiais, já que ele é um fim em si mesmo. Sobre isso se diz que o amor é produtor da subjetividade no comum. Em outros termos ele é “[...] o movimento para a liberdade no qual a composição de singularidades conduz não à unidade ou identidade, mas à crescente autonomia de cada um que participa igualmente da rede de comunicação e cooperação”²⁵. Esse é um processo eminentemente político que visa uma formulação razoável e duradoura da vida em sociedade.

Posto isso, é necessário advertir que tanto o amor como o comum podem ser corrompidos durante a sua realização, como por exemplo, o amor pautado por um nacionalismo exclusivista que discrimina outras nacionalidades. Essa seria uma forma corrompida de amor identitário, que incentiva o sentimento apenas aos semelhantes e desconsidera os diferentes, o que inevitavelmente acaba afastando a possibilidade do comum. Isso implicaria em questões como populismo, fascismo e fundamentalismo que, nesse sentido, são tanto frutos do ódio quanto de um amor corrompido.

Uma estratégia possível para corrigir esse problema seria entender o amor de uma maneira mais expansiva, tomando aqueles que são diferentes nas suas atitudes e escolhas de vida como semelhantes em valor e iguais no direito à manifestação da sua subjetividade. Ou seja, o outro, ainda que seja um diferente, não é um completo incomunicável, e, portanto, deve ser compreendido como um participante do comum, sem que para isso seja necessário retirá-lo da sua identidade,

Assim, o amor como um acontecimento biopolítico, é uma força produtora de singularidades que proporciona e incentiva o seu acontecimento no comum. Afinal se as pessoas não compartilhassem “[...] um mundo comum, não seríamos capazes de nos comunicar uns com os outros nem de atender às necessidades e desejos uns dos outros; e se não fôssemos singularidades múltiplas, não teríamos necessidade de comunicar e interagir”²⁶.

O amor, então, visa promover o encontro das singularidades para a inovação do diferente ao invés da incessante repetição pela uniformidade do comportamento. Em outros termos, pode-se dizer que o caráter político do amor compõe as singularidades sobre uma rede de relações sociais para a formação do comum e novos modos de agrupamento. Assim, as diferenças das singularidades não devem ser negadas “[...] para formar uma sociedade uniforme, como se o amor significasse fusão na unidade, mas, isto sim, compõe-las em relação social e deste modo constituir o comum”²⁷.

Visto isso, Hardt e Negri entendem que as ações que movem o amor são demonstrações de força, as quais podem ser explicadas por alguns pontos. Primeiramente, tem-se o comum como o conteúdo que vincula esses dois fatores – amor e força –, onde é

25 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 218.

26 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 212.

27 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 225.

possível reunir as singularidades em processos de interação e solidariedade. Em segundo lugar, o amor é uma força direcionadora, que orienta essas singularidades para a liberdade da sua autenticidade. Terceiro, como já exposto anteriormente, essa é uma relação aberta à participação da multidão, e constitutiva por ações afirmativas, ou seja, fala-se aqui de um processo horizontal de exercício do poder, que se realiza de uma forma não hierarquizada, mas integradora. O quarto ponto é o compromisso entre os participantes do comum em estabelecer uma relação legítima entre o amor e a força, relação essa que garanta o direito ao exercício da autonomia da singularidade “[...] numa relação de reciprocidade e autogoverno coletivo”.²⁸

4 I A METRÓPOLE COMO A CASA DO COMUM

Apresentado o amor como um poder de ação para a realização do comum, as formas de exercê-lo pela multidão acontecem no corpo político modernamente entendido como metrópole. Ela é o ambiente onde se realizam as atividades biopolíticas, ou seja, ela é o espaço social que comporta um repositório de relações intersubjetivas, as quais sustentam diferentes hábitos, costumes, desejos, formas culturais, etc. Justamente por isso, pode-se entender que a metrópole é o corpo inorgânico do homem.

Para Marx a determinação ontológica da natureza se esclarece como uma determinação necessária para a objetivação do trabalho, e, portanto, para a objetivação do próprio ser humano, ou seja “[...] a autoconstrução humana é resultado ontológico do trabalho, porque as formas subjetivas se efetivam na avaliação do conhecimento que se confirma ou não, para mudar a realidade dada (objetivação)”.²⁹ Com isso, Marx quer dizer que o ser humano se realiza como ser social por conta da transformação da natureza pelo trabalho. Portanto, o homem somente produz quando em contato com a natureza, ou seja, a produção humana é condicionada a ela – ao mundo sensível –, porque fora desse contato o trabalho não é possível. Isso quer dizer que o ser humano se apropria e age sobre a natureza, sendo que é a partir dessa ação que ele a transforma e se transforma junto, isto é, ao mesmo tempo em que ocorre o processo de naturalização do homem também ocorre o da humanização da natureza, porém mantendo em certa medida a identidade de ambos.

É pela transformação da natureza, ou ainda dos ambientes de convivência, que se constitui a potência do comum como a base da criação da atividade humana. Justamente por isso, a metrópole na era da produção biopolítica desempenha cada vez mais essa função de corpo inorgânico da multidão.

A metrópole passa a ser o local da produção biopolítica, justamente por ser esse espaço do comum, do compartilhamento e da comunicação, um comum que é constituído por linguagens, por códigos habituais, por práticas, etc., que transformam a metrópole,

28 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 227.

29 SILVA, Christiane Pimentel e. **O método em Marx**: a determinação ontológica da realidade social. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 134, p. 34-51, jan./abr. 2019. p. 39/40.

como se esta fosse a fábrica da sua produção, ou seja, fala-se de um comum que é “simultaneamente a fonte e o produto da cooperação, o lugar da composição do trabalho vivo e seu processo de autonomia, o plano de produção de subjetividade e de riqueza social”³⁰. Assim, metrópole, na sua relação biopolítica, caracteriza-se por essa imersão no comum, produzido pela imprevisibilidade das singularidades que perfazem a metrópole.

Ademais, o comum pode apresentar externalidades tanto positivas quanto negativas, por exemplo, as relações decorrentes das dinâmicas culturais seriam formas positivas dos seus efeitos sociais, enquanto fatores como a poluição, superpopulação, crimes etc., seriam fatores negativos das metrópoles.

No entanto, mesmo quanto a formas aparentemente negativas da convivência é possível identificar externalidade positivas. Por exemplo, é certo que as favelas são um exemplo de ambiente onde se evidencia a carência econômica, a falta de infraestrutura, e ausência de planejamento urbano, como se pode encontrar no estudo de Mike Davis³¹ sobre as grandes periferias. Todavia, um olhar mais atento sobre algumas formas de organização social no continente africano, em cidades como Lagos na Nigéria, Kinshasa no Congo e Johannesburgo na África do Sul, parece indicar que tais lugares não devem ser vistos apenas como um grande fracasso no seu sentido administrativo – ainda que a pobreza extrema seja sim uma das suas características mais evidentes –, mas o que deve ser evidenciado nesses casos é a imensa rede de informações, cooperações, e mobilidades que ocorre nesses locais. Tais elementos de fato parecem não existirem para aqueles que olham de fora sobre uma perspectiva exclusivamente capitalista. No entanto, pode-se notar que a população dessas cidades desenvolve certas estratégias de sobrevivência, produzindo formas de vida social, ou ainda, criando recursos do comum pela expansividade dos encontros das singularidades que auxiliam umas às outras. É nesse sentido que se entende que “[...] um comum não é apenas um conjunto de recursos, de coisas; é também um produto social, uma prática. Dito de outra forma, não é só a coisa compartilhada, mas também o seu compartilhamento por uma comunidade”³².

Acontece que, assim como os *encontros* no comum são característicos da metrópole como fenômenos espontâneos, para que a metrópole seja para a multidão a casa do comum, não basta que ela se resuma a esse local de encontros, mas também é necessário que ela seja um espaço de organização política, algo que se aproxima da *polis* grega. Como afirmam Laval e Dardot:

o comum tal como o entendemos significa sobretudo o autogoverno dos seres humanos, das instituições e das regras criadas para ordenar suas relações mútuas. Está, portanto, enraizado na tradição política da democracia, em

30 ROGGERO, G. **Cinco teses sobre o comum**. Lugar Comum. p. 13.

31 DAVIS, Mike. **Planeta Favela**. São Paulo: Boitempo editorial, 2006.

32 VIEIRA, Miguel Said. **Os bens comuns intelectuais e a mercantilização**. São Paulo, 2014. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo.

especial a experiência grega.³³

É por isso que o valor da metrópole – a sua riqueza – está justamente no fato de que esses encontros podem resultar em novas produções do comum, como por exemplo, na comunicação de diferentes conhecimentos culturais, como uma nova forma de convivência e de cooperação social, o que resulta em um corpo social mais ativo.

A política da metrópole, portanto, é essa organização dos encontros por essa abertura à alteridade e à capacidade de criar e estabelecer vínculos e relações com os outros. Além disso, busca-se na metrópole encontrar uma maneira de diminuir a incidência de encontros conflitantes e aumentar o número de encontros agradáveis e produtivos. Nesse ímpeto, a produção biopolítica da riqueza de capital não ocorre mais exclusivamente do ponto de vista do lucro, mas sobre o prisma de uma multidão que busca desenvolver o poder de organizar-se através de interações conflitivas e cooperativas de singularidades no comum³⁴.

Disso depreende-se que a metrópole não se forma sozinha, mas que precisa ser construída por uma multidão empenhada em estabelecer um comum para uma convivência benéfica, guiada pelo amor em todas as suas implicações político-sociais.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se entender que alguns pressupostos são necessários para a realização do comum, entre eles estão o surgimento de uma política que tenha um objetivo de transformação social; a revolução da democracia social; e a metrópole como o espaço onde as singularidades se realizam.

Outro ponto que vale ressaltar na obra de Michael Hardt e Antonio Negri é o conceito de multidão como os novos integrantes do comum, pois diferente do povo que é comumente definido como uma massa uniforme de pessoas que compartilham mais ou menos os mesmos objetivos de modo padronizado, a multidão é composta por uma variedade infindável de elementos que se harmonizam no comum. Nesse contexto, a multidão procura estabelecer espaços de convivência, onde as singularidades possam expressar a sua autenticidade através de processos de comunicação interativos e acolhedores.

Isso faz do comum um objetivo político que se realiza pela cooperação democrática dos membros da metrópole, que se envolvem e se dedicam para alcançar esse fim. Ademais, todos esses movimentos, ou ainda, os processos biopolíticos, como encontros comunicativos que influenciam e estruturam o comportamento humano, devem ser pautados pelo amor no que se refere à sua força política, ou seja, fala-se do amor como um poder

33 LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI**. p. 519. Do original: "Lo común tal como aquí lo entendemos significa ante todo el autogobierno de los seres humanos, de las instituciones y delas reglas que se dan para ordenar sus relaciones mutuas. Está pues enraizado en la tradición política de la democracia, en especial en la experiencia griega".

34 HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. p. 204.

transformador da realidade social, como um comportamento maduro e compromissado com a democracia e com as diferentes formas de vida.

Assim, a sociedade deve se organizar politicamente, criando novos mecanismos de convivência que não sejam pautados por uma lógica de exploração, mas por uma racionalidade de mútuo entendimento.

REFERÊNCIAS

BAUWENS, Miche. **Commons based peer production**: an introduction. Heinrich-Böll-Stiftung, 2014.

BENKLER, Yochai. **A economia política dos commons**. In: SILVEIRA, Sergio Amadeu da (Org). Comunicação digital e a construção dos commons. São Paulo. Ed. Fundação Perseu Abramo, 2007. Disponível em: <https://sistemas.uff.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/3546?articlesBySameAuthorPage=2>. Acesso em: 05 nov. 21.

BOLLIER, David. **Pensar desde los comunes**: una breve introducción. Madri: Traficantes de Sueños, 2016.

BROWN, Nicholas e SZEMAN, Imre. O que é a multidão? Questões para Michael Hardt e Antonio Negri. **Revista Novos Estudos**. v 2, n 75, Julho de 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/DSTWR3p6CbpQCFWtdBTYSQ/?lang=pt>. Acesso em: 03 nov. 21.

DAVIS, Mike. **Planeta Favela**. São Paulo: Boitempo editorial, 2006.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Chistian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Común**: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI. Barcelona: Gedisa, 2016.

GROZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. São Paulo: AnnaBlume, 2005.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Bem-estar comum**. Rio de Janeiro: Record, 2016.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. **Multidão**: Guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

QUEIROZ, Felipe. A revolução do comum. **Trab. Educ. Saúde**, n 18, v 3, 2020, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.tes.epsjv.fiocruz.br/index.php/tes/article/view/792/131>. Acesso em 30 out. 21.

ROGGERO, G. Cinco teses sobre o comum. **Lugar Comum**, n. 42, 2014. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/lc/article/view/50308>. Acesso em: 14 out. 21.

SILVA, Christiane Pimentel e. O método em Marx: a determinação ontológica da realidade social. **Serv. Soc.** São Paulo, n. 134, p. 34-51, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/dQkkhqYS3WDkMNX3N44JCKf/?lang=pt>. Acesso em: 24 out. 21.

VIEIRA, Miguel Said. **Os bens comuns intelectuais e a mercantilização.** São Paulo, 2014.Tese (Doutorado em Educação) –Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-01102014-104738/pt-br.php>. Acesso em: 16 out. 21.

CAPÍTULO 8

CONTEÚDOS VIRAIS: INFLUÊNCIA NA EDUCAÇÃO E NA CIDADANIA

Data de aceite: 01/09/2023

Daniel Henrikhy Ceresoli

Discente do Curso de Direito, Nível I
2022/1- Faculdade IDEAU
Passo Fundo/RS.

Letícia Da Silva Nigris

Doscente do Curso de Direito, Nível I
2022/1- Faculdade IDEAU
Passo Fundo/RS.

Kaira Talya De Almeida

Discente do Curso de Direito, Nível I
2022/1- Faculdade IDEAU
Passo Fundo/RS.

Caetano Schmitzhaus De Castilhos

Discente do Curso de Direito, Nível I
2022/1- Faculdade IDEAU
Passo Fundo/RS.

Érica Belé Costa Dos Santos

Discente do Curso de Direito, Nível I
2022/1- Faculdade IDEAU
Passo Fundo/RS.

Alessandra Elisa Zorzi

Discente do Curso de Direito, Nível I
2022/1- Faculdade IDEAU
Passo Fundo/RS.

Aline Moura Da Silva Boanova

Doscente do Curso de Direito, Nível I
2022/1- Faculdade IDEAU
Passo Fundo/RS.

Vitorio Gheno Dervanoski Junior

Doscente do Curso de Direito, Nível I
2022/1- Faculdade IDEAU
Passo Fundo/RS.

RESUMO: O artigo buscou contextualizar a importância da educação midiática com enfoque no fenômeno dos conteúdos virais. Objetivou, através da pesquisa, conscientizar a importância educacional das mídias e principalmente identificar a concepção dos jovens do ensino médio da Escola Santa Clara, em Getúlio Vargas/RS, em relação a conexão de educação midiática para a formação cidadã. Nesta pesquisa, foi concebido o surgimento do Direito no Brasil, a formação dos primeiros Bacharelados e as respectivas fontes do Direito enquanto ciência. Em sequência, foram abordados os conceitos em relação à cidadania, relatando deveres e obrigações, bem como suas múltiplas dimensões. Por último, apresentou a concepção de educação midiática aludindo e idealizando o que é um conteúdo viral e sua importância na contemporaneidade. Adiante, outro objetivo específico é relacionar o Direito quanto ao bom emprego da cidadania e desse modo, compreender o profundo

impacto dos conteúdos virais nas relações sociais, em destaque para os jovens, em seu âmbito educacional. O método dedutivo, contemplou o desenvolvimento teórico por meio dos livros e doutrinas e consignado a este, uma pesquisa prática através de um questionário objetivo no “*Google Forms*”, o qual introduziu três indagações pertinentes aos conteúdos virais. Após a análise dos resultados foi constatado que 46,3% dos questionados percebem que os conteúdos virais influenciam, de forma negativa, no exercício dos Direitos sociais, políticos e individuais no ambiente midiático; 88,9% entendem como os conteúdos virais determinam as formas de comunicação social e 57,4% acreditam que a regulamentação das mídias amplia a liberdade de expressão e o exercício dos Direitos sociais, políticos e individuais. Por fim, conclui-se que os conteúdos virais acabam influenciando de forma negativa na formação e exercício da cidadania, contudo, influenciam positivamente no exercício da liberdade de expressão.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania; Conteúdos Virais; Educação Midiática; Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: The article aims to contextualize the importance of media education focusing on the phenomenon of viral content. The objective is, through research, to raise awareness of the educational importance of the media, in addition to identifying the conception of high school youths at Escola Santa Clara, in Getúlio Vargas/RS, in relation to viral content. In this research, the emergence of Law in Brazil, the formation of the first Bachelors and the respective sources of Law as a science were conceived. In sequence, concepts related to citizenship were addressed, reporting duties and obligations, as well as their multiple dimensions. Finally, it will present the conception of media education alluding and idealizing what viral content is and its importance in contemporary times. Further on, another specific objective is to relate the Law to the good use of citizenship and, in this way, to understand the profound impact of viral contents on social relations, especially for young people, in their educational scope. The deductive method contemplated the theoretical development through books and doctrines and consigned to this, a practical research through an objective questionnaire in “*Google Forms*”, which introduced 3 questions relevant to viral contents. After analyzing the results, it was found that 46.3% of respondents perceive that viral content negatively influences the exercise of social, political and individual rights in the media environment; 88.9% understand how viral content determines the forms of social communication and 57.4% believe that media regulation expands freedom of expression and the exercise of social, political and individual rights. Finally, it is concluded that viral contents end up influencing negatively the exercise of citizenship, however, they positively influence the exercise of freedom of expression.

KEYWORDS: Viral Contents; Citizenship; Media Education; Freedom of Expression; Rights.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No fim do século XX, com a ideia de ligar laboratórios de pesquisa para intercâmbio de informações mesmo de longe, cria-se uma rede que possibilita este acesso, conhecida na contemporaneidade como “internet”. Prática, imediata e sem limites, a internet é referência da sociedade pós-moderna e caracteriza-se como principal marco histórico tecnológico do

século passado.

Nesse contexto, a utilização da rede se tornou imprescindível na vida das pessoas, hoje, discute-se o seu papel na educação, tendo em vista que, a partir de 2019, com a pandemia da COVID-19¹, passou a ser utilizada de forma indispensável por todas as instituições educacionais, da Educação Infantil aos cursos universitários.

O curso de Ciências Jurídicas e Sociais, intimamente ligado à cidadania, interessa-se em analisar e compreender fenômenos como este. Logo, é lançada a seguinte indagação: os conteúdos virais interferem na formação da cidadania dos jovens, em especial, os estudantes do ensino médio da Escola de Educação Básica IDEAU - Santa Clara, do município de Getúlio Vargas/RS?

Pretende-se com esse trabalho realizar um levantamento bibliográfico, utilizando-se de várias fontes, para mostrar os momentos históricos da ciência do Direito no Brasil, apontando suas peculiaridades. Ademais, serão apresentados os aspectos gerais acerca da cidadania e do cidadão, tais como: a construção do ideal de Cidadania, conceito, sentidos e dimensões, reconhecendo os impactos do Direito na vida do cidadão.

Por fim, será relacionado o conceito de educação midiática e o impacto dos conteúdos virais na sociedade, em especial nos jovens do ensino médio. Buscar-se-á a compreensão das habilidades para acessar, analisar, criar e participar de maneira crítica do ambiente informacional e midiático deste século, analisando sua influência nas formas de comunicação e na formação do cidadão.

2 | DESENVOLVIMENTO

No desenvolvimento do projeto, será exposto de maneira detalhada o referencial teórico, os critérios de pesquisa empregados e os resultados detectados. Os assuntos anteriormente citados, serão abordados de forma cronológica e minuciosa.

2.1 Referencial Teórico

Como referencial teórico, será abordado o surgimento do Direito no Brasil, bem como os primeiros cursos de Bacharelado e as respectivas fontes do Direito enquanto ciência. Ademais, após a abordagem destes tópicos, será possível fundamentar o conceito de cidadania e do cidadão. Por fim será apresentada a concepção de Educação Midiática com enfoque nos conteúdos virais, ressaltando seu impacto na cidadania e a respectiva ligação com o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

1 A pandemia do novo Coronavírus ou Covid-19, surgiu em Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, em 31 de dezembro de 2019 (OPAS, 2022). Foi caracterizada pela disseminação do vírus SARS-CoV 2, de alto potencial contagioso, e nesse contexto determinou-se no mundo inteiro o distanciamento social, pela OMS. No Brasil, registraram-se cerca de 665.905 mil mortos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022). Não é possível afirmar que a pandemia já teve um fim, uma vez que ainda estendem-se muitos de seus cuidados e ainda a casos de infecção.

2.1.1 *Surgimento e desenvolvimento do Direito no Brasil*

No presente tópico, será retratada a história do Direito no Brasil, a contar do momento em que foram criados os primeiros documentos com relação aos princípios legislativos, seguindo ao surgimento do Direito no país, até a Constituição Federal de 1988 que segue sendo a Constituição vigente até os dias atuais.

O marco inicial do Direito no Brasil foi o Tratado de Tordesilhas, no ano de 1494, que estabeleceu antigas fronteiras geográficas do País, permitindo assim que o Brasil assumisse as atuais proporções e fronteiras territoriais. O Direito só foi implantado na sociedade no ano de 1548, com a edição do Regime destinado a estabelecer as ações e competências do Governo Geral de Tomé de Souza, conforme Silva (2000).

Menciona Antonio Carlos Wolkmer (2019):

O primeiro momento da colonização brasileira, que vai de 1520 a 1549, foi marcado por uma prática político-administrativa tipicamente feudal. As primeiras disposições legais desse período eram compostas pelas Cartas de Doação e pelos Forais (WOLKMER, 2019, p. 218).

Segundo Scalquette (2020), Dom João III, rei de Portugal na época, dividiu o Brasil em diversas frações de terra e as doou em posse hereditária aos donatários, para que os mesmos dessem início a colonização do Brasil, formando as Capitanias Hereditárias, em 1534. Com isso, surgiram documentos jurídicos com grande influência no país: as cartas de doação e as cartas de foral.

Para o Brasil o ano de 1750 ficou marcado com extrema importância para o ponto de vista político-jurídico. Neste ano foi celebrado o tratado de Madrid, que segundo Mathias, Marcos e Noronha (2014) estabeleceu as linhas da democracia territorial das fronteiras do Brasil.

Em sua obra, Rodrigo Freitas Palma (2019), expõe que as segundas tentativas de cunho jurídico ratificadas pelo Núcleo que se atribuíam ao governo das colônias construíram a delimitação das relações mantidas com os nativos. O contato marcou-se pela cordialidade entre as partes. O autor destaca:

com a independência do Brasil, oficialmente comemorada no dia 7 de setembro de 1822, em razão do famoso “grito” pela liberdade que ecoou pelas margens do Ipiranga, iniciou-se, propriamente, a trajetória autônoma do Direito nacional. Nessa nova etapa surgem as primeiras codificações de nossa história. A Constituição de 1824, ainda que outorgada, seria apenas o primeiro desses diplomas legais. Ao advento da Carta Magna imperial seguiram-se ainda o Código Criminal (1830), o Código de Processo Criminal (1832) e o Código Comercial (1850) (PALMA, 2019, p. 410).

Afirma Mathias, Marcos e Noronha (2014) no Campo do Direito privado o Código Civil de 1804, consagrou diversos princípios revolucionários, como a sucessão igualitária, o casamento civil e o divórcio. Napoleão Bonaparte, o estadista, líder militar francês e imperador dos franceses, desejava enfraquecer as grandes famílias e divulgar o

individualismo através das leis. Já no Direito público a grande novidade era o movimento chamado Constitucionalismo.

A queda do Império em 1889 levou o país a proclamar a primeira Constituição Republicana brasileira em 1891. Nesse período se instalou o governo provisório de Deodoro da Fonseca, que reformulou o Código Penal, essa nova Constituição teve como característica a descentralização dos poderes, o modelo federativo de governo, a concessão de autonomia aos Estados e municípios, e a eleição direta dos membros do executivo e legislativo.

Segundo Rodrigo Freitas Palma (2019), durante a República Velha, se estabeleceu a famosa “política café com leite” e posteriormente a ruptura da mesma, que após muitos conflitos resultou no governo de Getúlio Vargas. Ainda destaca sobre a revolução ocorrida em 1930 e sua relação com a Constituição: “A Revolução que teve início aos 9 de julho tinha por objetivo alterar esse estado de coisas, prioritariamente, ensejando a promulgação de uma nova Constituição” (PALMA, 2019).

Em 1934, surgiu a terceira Constituição Brasileira, retratada por Wolkmer (2019) como moderna, e por Palma (2019) como defensora dos direitos trabalhistas. Com o Estado Novo instaurado, Scalquette (2020, p. 147) comenta:

como Getúlio Vargas necessitava de uma nova ordem constitucional para justificar o golpe de Estado, perpetrado em novembro de 1937, resolveu justificar, logo no Preâmbulo do texto constitucional, as razões que o levaram a decretar uma nova Constituição.” O mesmo autor ainda descreve essa Constituição como sendo baseada na Constituição polonesa da época, a qual era fascista, retirando muitos direitos e transformando a república em um Estado autoritário e conservador.

O Código Penal brasileiro foi criado em 1940, por Getúlio Vargas. No que diz respeito à imputabilidade, até este ano, o Brasil considerava os limites de 9 a 14 anos para punir criminalmente. Até os 9 anos o autor de ato infracional era considerado inimputável. Entre os 9 e 14 anos cabia ao juiz analisar se a pessoa que cometeu determinada infração teria agido com discernimento, e, portanto, poderia ser considerado criminoso. A partir dos 14 anos já era considerada a maioridade penal. (Supremo Tribunal Federal, 2011, {s.p})

Seguindo a análise cronológica da evolução do Direito, tem-se a criação de uma nova Constituição:

a Constituição Liberal de 1946 assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. É bom lembrar que, além dos direitos ou particularidades pontuados acima, a Constituição de 1946 apresentou um extenso rol de direitos e garantias. (SCALQUETTE, 2020, p.153)

Em 1964 os militares promoveram o golpe de Estado, fazendo com que o país não fosse República ou Federação, mas um Estado Federado. Houve o advento de diversos “Atos Institucionais” (AI), que adaptaram o ordenamento jurídico. O AI-1, de 9 de Abril de

1964, manteve provisoriamente a Constituição de 1946, realizando algumas modificações essenciais sistemáticas: as eleições para Presidente ocorreriam por via indireta. Houve suspensão das garantias de postos vitalícios e de estabilidade; a possibilidade de demissão, licenciamento ou aposentadoria dos funcionários federais, estaduais e municipais; a possibilidade de suspensão dos direitos políticos durante dez anos e a revogação dos mandatos parlamentares federais, estaduais e municipais. A nova carta apresenta a redução para 12 anos da idade mínima de permissão do trabalho; a supressão da estabilidade, como garantia constitucional, e o estabelecimento do regime de fundo de garantia, segundo Sedrez.

Após a grande evolução do Direito no Brasil, formou-se uma nova Constituição:

aos 5 de outubro de 1988, promulgou-se sob muita comemoração a esperada Constituição da República Federativa do Brasil. O diploma legal, com seus 330 artigos, logo receberia com os devidos méritos a corrente alcunha de “A Cidadã”, por estar irrestritamente calçada e comprometida com a defesa e proteção da pessoa humana. Encontrava-se, assim, instaurado o Estado Democrático de Direito tão reclamado por milhares de brasileiros durante os sombrios “anos de chumbo”. Assumiram, por fim, ares de legalidade os anseios da sociedade civil e de seus diversos segmentos, publicamente manifestados durante as últimas décadas. Por certo, nenhum sistema de regras é capaz de solucionar todas as mazelas que imperam na sociedade, porém este significava um recomeço e marco inicial para mais uma nova etapa a ser vivenciada pelo Direito pátrio. Pavimentava-se o caminho diante dos desafios futuros e, com isso, abria-se a possibilidade para a concretização de sonhos ainda maiores de uma nação localizada no coração da América do Sul. (PALMA, 2019, p. 497 - 498)

Até o presente momento, verifica-se a visão geral quanto às Constituições Federais que compuseram a história do Direito no Brasil, sendo a mais importante a de 1988, tendo em vista sua relevância quanto à implementação da cidadania e concretização dos direitos humanos. A seção seguinte trará o surgimento das escolas e o bacharelado do Direito no país, bem como as funções que poderá exercer.

2.1.2 Formação dos primeiros cursos em Bacharelado de Direito no Brasil

Nesta seção será abordada a criação e o desenvolvimento das primeiras faculdades com Bacharelado em Direito no Brasil.

Com a Independência brasileira sendo alcançada em 1822, surge a necessidade do ensino de Ciências Jurídicas em solo nacional que vem acompanhada da carência do país em alcançar a plena autonomia no estudo das leis (PALMA, 2019). Sendo assim, no dia 11 de agosto de 1827 são criadas por decreto as duas primeiras faculdades de Direito no Brasil, sendo uma delas instalada em Olinda (Mosteiro de São Bento) e a outra, na cidade de São Paulo (Convento São Francisco). Entende-se que,

neste sentido, os cursos jurídicos surgiram, concomitantemente, com o

processo de independência e a construção do Estado nacional. Tais centros de reprodução da legalidade oficial positiva destinavam-se muito mais a responder aos “interesses do Estado do que às expectativas judiciais da sociedade. Na verdade, sua finalidade básica não era formar advogados, mas, isto sim, atender as prioridades burocráticas do Estado (WOLKER, 2019, p. 250).

Para Wolker (2019), as faculdades de Direito assumiram duas funções específicas: ser polo de irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade e dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo-profissional.

Segundo Palma (2019), os estudantes que queriam ingressar na carreira jurídica, deveriam demonstrar conhecimentos em algumas matérias consideradas essenciais tais como “Gramática Latina”, “Língua Francesa”, “Retórica”, “Filosofia Racional e Moral”, além de “Geometria”. A idade mínima estabelecida por lei para o aluno iniciar seus estudos no campo do Direito não podia ser inferior a quinze anos.

Entende-se que

a Faculdade de Direito pernambucana expressaria tendência para a erudição, a ilustração e o acolhimento de influências estrangeiras vinculadas ao ideário liberal. Em seu processo de desenvolvimento, a Faculdade de Direito teve sua inauguração e funcionamento, primeiramente, na cidade de Olinda, onde, segundo Lilia M. Schwarcz, “pouco ofereceu enquanto produção intelectual inovadora”. (SCHWARCZ apud WOLKER, 2019).

Conclui-se que o Direito garante para os seres humanos seus benefícios enquanto cidadãos, para isso as faculdades de Direito surgiram para capacitar bons profissionais que defendam esses benefícios.

2.1.3 Fontes do Direito

Neste item serão abordadas as fontes do Direito no Brasil, podendo assim compreender suas essências normativas e de onde advém o Direito como ciência social.

A fonte histórica do Direito, conteve várias ideias permanentes, a evolução do costume e progresso, dizem atrair novas aplicações de leis, buscando a origem do antecedente histórico mais recente ou no passado e não só pelo passado, mas pela compreensão nas normativas e que são usadas nos dias atuais, como diz Sternberg. (2021, p. 167): “Aquele que quisesse realizar o Direito sem a História não seria jurista, nem sequer um utopista, não traria à vida nenhum espírito de ordenamento social consciente, senão mera desordem e destruição”.

fontes materiais são instituições ou grupos sociais que possuem capacidade de fazer emendas e leis à sociedade. É constituída pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade, como o Congresso Nacional, o Poder Executivo e a Assembleia Legislativa (REALE, 2021, p. 124).

Miguel Reale (apud 1981:141) acentua que nesse tema há uma noção essencial,

pois, toda fonte implica uma estrutura de poder. Sem um centro genético de poder, não poderá haver uma solução normativa. Fontes Formais são um meio de expressar o direito, de forma pela qual as normas jurídicas sejam conhecidas. A doutrina não se limita à aplicação das normas jurídicas. A lei é a origem do Poder Legislativo; o costume é a expressão do poder social; a sentença, ato do Poder Judiciário; os atos-regras, que denomina por fonte negocial, são manifestações do poder negocial ou da autonomia da vontade.

Tendo em vista o termo jurisprudência, no direito romano, tem significado a sabedoria dos prudentes, os sábios do Direito, e tinha significado a própria Ciência do Direito. E também jurisprudência e uma série de decisões de juízes, tribunais sobre determinada matéria, fenômeno e instituição jurídico, podendo dessa forma tomar decisões contraditórias. Outro aspecto importante exerce maior influência sobre o legislador, sendo retrato e necessidade social, para isso converter a lei em uma orientação de jurisprudência.

Concluindo-se que essas três fontes são fundamentais no Direito, pois se elas não perdurassem a história na nossa sociedade atual, seria um caos, foram criadas para manter um equilíbrio na sociedade e um mundo mais justo e igualitário mantendo as normas e leis.

2.1.4 A Cidadania e o Cidadão

No tópico em destaque, serão abordados os aspectos gerais acerca da cidadania e do cidadão, apresentando seus direitos, bem como suas obrigações. Além disso, irá apontar seus conceitos e sentidos a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988, na qual se consolidou o conceito de cidadão no Brasil.

O conceito de cidadania, em diversos casos, é assimilado apenas pelo ato de poder votar em um representante do Estado, entretanto, vai muito além dessa concepção:

cidadania é a prática do indivíduo em exercer seus direitos e deveres, no âmbito de uma sociedade do Estado. Não se restringe somente ao ato de votar e ser votado, como pensado por muitos, mas envolve viver em sociedade, cumprir seus deveres e ter seus direitos garantidos, por meio da justiça social (PEREIRA apud LOPES FILHO, 2011, p.82).

Para Pereira Filho (2018), a cidadania garante os direitos ao indivíduo - saúde, educação, moradia, segurança de uma vida digna, em geral - bem como o dever de se fazer presente em seu meio, buscando assim, sempre ampliá-la e modificá-la perante as necessidades da população. Assim, entende-se que:

a cidadania, pois, deve garantir a plena emancipação dos indivíduos que, por meio de seus deveres com a sociedade, têm seus direitos inerentes à vida — como saúde, assistência social, educação, moradia, renda, alimentação, entre outros garantidos pelas políticas sociais (LOPES FILHO, 2018, p.82).

É de fundamental importância, compreender que a cidadania está em sintonia com as ações dos indivíduos, que pertencem a um meio social. Existe reciprocidade neste processo, através do exercício da cidadania ampliam-se os direitos e as obrigações

do cidadão, logo, mais ações dão forma a cidadania. Após a Ditadura Militar no Brasil, movimentos sociais como o “Diretas Já”, incentivaram a criação da Constituição de 1988, mais conhecida como Constituição Cidadã, a qual consolidou a cidadania brasileira, segundo Lopes Filho (2018). Conforme Bes

conceito de cidadania no Brasil ganhou impulso a partir das discussões que ocorreram no final do Regime Militar. Nesse período, buscava-se a re-democratização do País, o que se consolidou com a escrita da Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã. (BES, 2018, p.158).

No contexto do exercício da cidadania, surgem também suas dimensões: “o primeiro autor que definiu as múltiplas dimensões do conceito de cidadania foi Marshall (1967), sociólogo britânico que dividiu o conceito em três direitos: civis, políticos e sociais” (MARSHALL apud BES, 2018 p.158).

Seguindo essa ideia, os civis, são: “Os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Incluem o direito de ir e vir, escolher o trabalho e manifestar o pensamento” (CARVALHO apud BES, 2018, p.159), ou seja, liberdades individuais. No contexto político trata-se da participação política, o direito ao voto. Por último, o mesmo autor define os direitos sociais em poder ter acesso às riquezas culturais, à educação, à saúde, entre outros, condizente assim a justiça social.

Adiante, após compreender o que é a cidadania e quando se consolidou, será possível entender o que é o cidadão. Lopes Filho (2018), indica em um sentido geral que ser cidadão é agir em prol do outro, dirigindo decisões que favoreçam o conjunto social:

deve-se estar consciente de que, indiretamente, toda decisão em prol do bem alheio também lhe proverá uma melhor condição de vida (p. ex., apoiar obras que trarão água potável para uma região de sua cidade, ainda que a sua região já tenha água potável), e isso depende da capacidade que cada um tem de olhar para o todo e se entender como parte de uma sociedade. Entender que a melhoria de condições sociais para a maioria consequentemente propicia uma melhor qualidade de vida para si é a base da cidadania (LOPES FILHO, 2018, p .40).

Para este autor, no sentido teórico, ser cidadão é a responsabilidade de cuidar do próximo, reconhecer-se como tal, sentir-se pertencendo à comunidade social e ter confiança no governante ao qual escolheu. Ademais, o escritor também aponta o Estado como necessário ao ato de ser cidadão, “o governo deve manter um canal de comunicação constante com seus cidadãos e, acima de tudo, deve ser ético em seu compromisso de prover o bem comum” (LOPES FILHO, 2018, p.40).

Nesse contexto, é perceptível a ação jurídica como reguladora do que se refere ao amplo acesso à cidadania, sendo contrário a apenas determinado grupo gozar de seus direitos como cidadão, caso não ocorra, isto se configura em injustiça social, segundo Spagnol (2013). O Direito que sintetiza a Constituição e as normas vigentes, responsabiliza todo cidadão pelas consequências dos seus atos dentro da sociedade, como afirma Lopes

Flilho (2018), desse modo, evidencia-se que no meio social a cidadania, a garantia de benefícios e a manutenção da vida em grupo, cabe única e exclusivamente na participação do indivíduo. Sendo assim, é de obrigação do cidadão participar ativamente em sua comunidade, tanto na interação coletiva quanto no ato de escolher um representante.

Portanto, compreendidos os aspectos gerais acerca da cidadania e do cidadão, será possível tratar da educação midiática e entender seus impactos na vida cidadã dentro da sociedade contemporânea, marcada pela forte influência digital.

2.1.5 Conceito de Educação Midiática

Neste tópico serão tratados os principais conceitos da educação midiática, suas principais habilidades para acessar, criar, relacionar-se e participar de uma maneira ativa no ambiente midiático.

Para Thobias (2021), desde a infância, os jovens vêm tendo um contato diário com os aparelhos midiáticos, principalmente com os textos digitais. Desde o início dos anos dois mil até a atualidade, na era digital, o volume de informações que se recebe é cada vez maior, de diferentes tipos de mídias, sejam elas tradicionais, como a televisão e o rádio, ou digitais, como as redes sociais. O autor também diz que um indivíduo educado midiaticamente é capaz de usufruir de todas as possibilidades do ambiente digital. Encontrar o que realmente busca na internet, consumir informações de forma crítica e não ser enganado por “fake news” e outras armadilhas virtuais fazem parte das habilidades que a educação midiática desenvolve. Compreende-se que,

a atração que as novas tecnologias exercem sobre todos - de formuladores de política e implementadores de infraestrutura e aplicação de tecnologia de informação e comunicação até usuários de todas as classes e idades - pode levar a uma visão perigosamente reducionista acerca do papel da educação na sociedade de informação, enfatizando a capacidade tecnológica em detrimento de aspectos mais relevantes (TAKAHASHI apud PINHEIRO, 2013).

Pinheiro (2013) diz que o atual cenário da sociedade é cada vez mais digital e não há como se esquivar da necessidade de educar e orientar jovens quanto às condutas no ambiente virtual. Segundo o autor é de extrema importância que os pais e as escolas invistam em educação digital para os seus filhos. Pois não basta somente ensinar as crianças e adolescentes a não abrir a porta para um estranho. Eles precisam saber que também não é seguro abrir e-mails de estranhos. Esse tipo de atividade deve ser aplicado de forma lúdica e escolar para que, no futuro, seja adotado no ambiente profissional. Diz também que a formação precoce do cidadão digital é de vital importância para a segurança e bom uso por meio dos eletrônicos disponíveis. Começar desde cedo é fazer um investimento seguro e altamente rentável no futuro de nossos profissionais.

Pode se dizer então que

a educação midiática nos ajuda a utilizar a tecnologia para identificar e

explorar problemas comuns, encontrando e avaliando informações, escutando e respeitando diversas vozes, dialogando e buscando soluções. Também nos ensina a dominar as ferramentas e ambientes de comunicação para utilizar a nossa própria voz em prol da construção de um mundo melhor (OCHS apud THOBIAS, 2021[s.p]).

Galante e Mandelli (2019) dizem que a Base Nacional Curricular Comum (BNCC) fala que as competências gerais, habilidades, atitudes e valores fundamentais para a vida em sociedade no século 21. Algumas dessas competências referem-se, inclusive, à fluência digital, e compreendem as habilidades necessárias para analisar e publicar informações no ambiente digital de forma crítica, ética e responsável. Compreende-se assim que,

a escola, portanto, não pode se isolar desse contexto. Aprender em um mundo conectado subentende um conjunto de habilidades para acessar, analisar, criar e participar de maneira crítica do ambiente informacional e midiático em todos os seus formatos — dos impressos aos digitais. A isso, damos o nome de educação midiática, também conhecida como alfabetização midiática. E é justamente esse conceito que a BNCC exige a partir de agora, especialmente na parte de língua portuguesa do documento — mas não só nela, pois as outras disciplinas não podem ser excluídas desse cenário (GALANTE; MANDELLI, 2019 [s.p.]).

Para Galante e Mandelli (2019) a educação midiática faz entender que se deve questionar as fontes e procedências, manusear os diferentes gêneros digitais e dominar o conceito de credibilidade, entre outras habilidades que transformam o ato de ler em algo que exige interpretação, criticidade, autonomia e investigação. Dominar as novas ferramentas e linguagens e formar novos leitores (e escritores) em meio a um mundo perpetrado por desinformação, são grandes desafios, porém podem se transformar em realidade a partir do momento em que tivermos a consciência de que educar para a informação é uma decisão nossa como sociedade.

Entende-se que o conceito de sociedade vem das decisões dos cidadãos livres e capazes de fazer suas próprias escolhas, não podemos ignorar a urgência da educação midiática como tema central nas escolas. Precisamos transformar a relação dos jovens com o conhecimento, para que saibam aprender, passando o seu conhecimento para o outro — e, para isso, os professores são fundamentais, e necessitam de apoio, formação, material e conteúdo para colocar na BNCC em prática nesse mundo digital que não para (GALANTE; MANDELLI, 2019).

Conclui-se que no presente tópico foi apresentado as influências que a educação midiática tem perante a sociedade contemporânea. No próximo assunto será abordado o conceito de conteúdos virais e seu relativo impacto na contemporaneidade.

2.1.6 Conteúdos Virais

No tópico em questão, será exposto o que são os conteúdos virais, podendo assim, relacionar e identificar seus impactos na sociedade contemporânea.

Para Lucena (2016), a etimologia da palavra “viral”, é introduzida a partir do pressuposto biológico de epidemiologia, e é aplicada no *marketing*, para se designar o conteúdo “infeccioso”, ou seja, um tema que se espalha rapidamente e se torna popular, como um vírus. Ainda, o autor introduz a ideia de “remixagens”: “Remixagens são adaptações e criações de conteúdos inspirados por outros” (LEMOS apud LUCENA, 2016, p.3). Sendo assim, como os vírus biológicos, os conteúdos se adaptam, através de representações, paródias dentre outros estilos para representar algo similar ou completamente novo.

Adiante, para Levy (apud LUCENA), é indicado que a popularização destes conteúdos não depende mais das mídias clássicas, mas está em sites online. Ambientes virtuais, segundo o autor: “encoraja a duplicação e modificação do conteúdo” (GREEN; JENKINS apud LUCENA, 2016, p.3), uma vez que é possível o upload de conteúdos por qualquer cidadão e está acessível na maior parte do mundo.

Outro autor complementa:

A propagação dos virais nem sempre se resume na simples ‘repostagem’ do mesmo conteúdo: em muitas ocasiões o viral é acrescido de algum comentário do usuário, algum acréscimo de sentido ou, ainda, uma modificação direta em seu conteúdo. Os virais podem ser distinguidos, ainda, em subcategorias, cada qual com suas particularidades e normas de uso e modificação (ROSSINI, 2014, p.23).

Nesse contexto, é perceptível a velocidade tanto como as instabilidades que podem ocorrer nestes conteúdos, abrindo precedentes para que se tornem questionáveis. Segundo Gabelkov (apud de ANDRADE; BITTENCOURT; CANAVILHAS, 2019, p.2), apesar de algumas das informações serem de cunho informativo, sendo verificadas, a maioria é de criação pessoal ou de providência desconhecida, tornando-se um problema, quando muitos não conseguem identificar uma fake news - notícia falsa - ou leem apenas o título da postagem. Ainda, para de Andrade, Bittencourt e Canavilhas, a viralização de conteúdos têm impacto efetivo na sociedade, em especial no meio político, em relação às discussões e a influência destes conteúdos:

essas dezenas de sites jornalísticos, com páginas e perfis nas redes sociais, são em sua maioria favoráveis a ideias partidárias bem específicas. Assim como nas eleições dos Estados Unidos, no Brasil, foram essas informações falsas ou sensacionalistas que sustentaram boa parte das discussões políticas na web e que podem ter acabado por influenciar as eleições de 2018. Durante o período de campanha eleitoral, o próprio Facebook retirou do ar dezenas de páginas que apoiavam o então candidato Jair Bolsonaro porque, segundo a empresa, “os responsáveis por essas páginas usavam contas falsas ou múltiplas contas com os mesmos nomes, violando as políticas de autenticidade e de spam” (FOLHA DE S. PAULO apud de ANDRADE; BITTENCOURT; CANAVILHAS, 2019, p.9).

Todavia, há uma imensidão nos virais e, desse modo, nem todos são reportagens, muito menos conteúdos criados com o intuito de disseminar informações falsas. Para Rossini (2014), a essência dos conteúdos virais no meio cibernetico brasileiro é uma

“zoeira” sem fim, ou seja, uma chacota ou humor sobre qualquer temática possível como fatos históricos, fotos engraçadas, gafes de usuários ou de pessoas famosas... Ainda, para o mesmo autor, esses virais podem conter similaridades e apropriações, criando cadeias as quais é possível definir e distinguir o tipo de imagem cômica como as montagens e os símbolos. Desse modo, desde que não ofenda a outrem, é uma maneira de socializar, se divertir no meio virtual e manifestar a liberdade de expressão.

Ademais, vale destacar que a viralização hoje, também é um dos aspectos do trabalho de muitas pessoas, sendo que os produtores de conteúdos precisam de um número mínimo de pessoas os acompanhando para validar suas produções e assim poderem receber seu salário, seja por patrocínio de marcas, da rede social que está vinculado ou até mesmo dos usuários. O jornal online, *El País*, conta a história de um jovem de origem senegalesa que vive na Itália, Khaby Lame, de 21 anos, perdeu o emprego em uma fábrica durante a pandemia do Coronavírus. Desde então, começou a produzir vídeos para a rede social TikTok e hoje acumula mais de 58 milhões de seguidores no Instagram, vivendo das suas produções virais na internet.

Portanto, compreendido o que são os conteúdos virais, tal quais em sua amplitude, podem se manifestar de maneira negativa ou positiva, serão introduzidos os métodos utilizados para formação desta pesquisa científica em questão.

2.2 Material e Métodos ou Metodologia

O presente trabalho se desenvolveu, no tocante a parte teórica, a partir da pesquisa bibliográfica em livros e sites, enfocando principalmente os tópicos direito e cidadania, surgimento de cursos com bacharelado em Direito no Brasil, na história do Direito no Brasil, as fontes do Direito e os Conteúdos Virais, destacando sua influência na educação midiática como parte da cidadania.

Entende-se por metodologia científica

é o estudo analítico e crítico dos métodos de investigação e de prova. A metodologia, não é, senão uma reflexão sobre a atividade científica que está sendo desenvolvida para obter, em determinado momento, um retrato dessa atividade - retrato esse que definirá de acordo com a Ciência sobre qual estamos refletindo (DENCKER; VIÁ, 2001 [S.P.]).

Referente a parte prática, foi desenvolvido um questionário elaborado via “Google Forms” e aplicado para os alunos da instituição de ensino médio da Escola de Educação Básica IDEAU - Santa Clara, do município de Getúlio Vargas/RS. Em primeiro momento o formulário abordou as seguintes questões: Escolaridade, gênero e renda familiar, com finalidade de identificar as características do grupo predominante que respondeu a pesquisa. Em outro momento, o questionário tinha questões como: A rede social que os jovens utilizam com mais frequência, a opinião deles sobre como os conteúdos virais na educação midiática tem impacto positivo ou negativo no exercício dos Direitos sociais,

políticos e individuais do cidadão, se os pesquisados entendem como os conteúdos virais determinam as formas de comunicação social e se acreditam que a regulamentação das mídias “ amplia a liberdade de expressão e o exercício dos Direitos”.

2.3 Análise dos Resultados

Na sessão em destaque, serão tratados os resultados obtidos após a construção do referencial teórico, por meio de questionário aplicado.

Os resultados da pesquisa foram obtidos por meio das respostas do questionário respondido por cinquenta e quatro pessoas, alunos da Escola de Educação Básica IDEAU - Santa Clara, do município de Getúlio Vargas/RS. Quanto ao perfil dos entrevistados, foram obtidos os seguintes resultados.

Na primeira figura os alunos que responderam esse questionário se encontram nos seguintes anos do ensino médio: 42,6% no primeiro ano, 35,2% no segundo ano e 22,2% no terceiro ano do ensino médio. Como demonstra a Tabela 1.

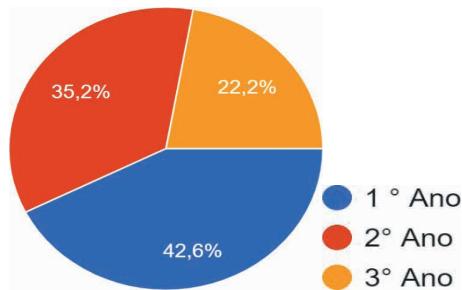


Figura 1: Porcentagem dos alunos em cada turma do ensino médio.

Na segunda figura a identidade de gênero presente nesse questionário é: feminino 63%, masculino 37% e não houve respostas para a questão não-binário e outro.

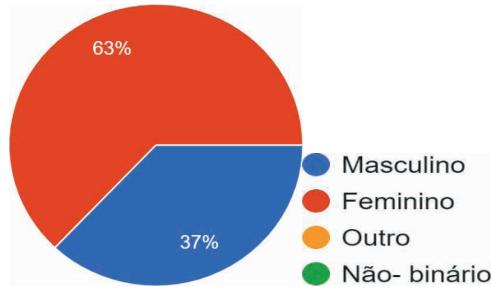


Figura 2: Porcentagem de qual gênero os alunos se identificam.

Para as respostas envolvendo a renda familiar dos pesquisados, foi obtido as seguintes respostas: 31,5% têm renda acima de seis mil reais por mês, 18,5% têm renda entre três mil e um reais a cinco mil reais por mês, 18,5% têm renda de dois mil e um reais a três mil por mês, 14,8% têm renda de mil e quinhentos reais a dois mil reais por mês, 11,1%

têm renda de cinco mil e um reais a seis mil reais por mês, 3,7% têm renda até mil duzentos e doze reais por mês e 1,9% têm renda entre mil duzentos e treze reais a mil quatrocentos e noventa e nove reais por mês.

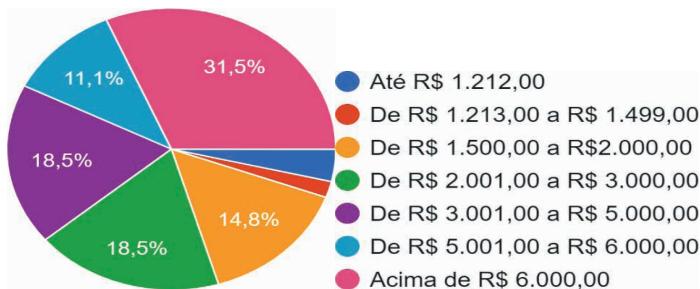


Figura 3: Porcentagem da renda familiar dos alunos.

Entre as redes sociais que os pesquisados mais usam, foram obtidos os seguintes resultados: 85,2% utilizam com mais frequência o Instagram, 57,4% utilizam com mais frequência o TIK TOK e 35,2% utilizam com mais frequência o Twitter.

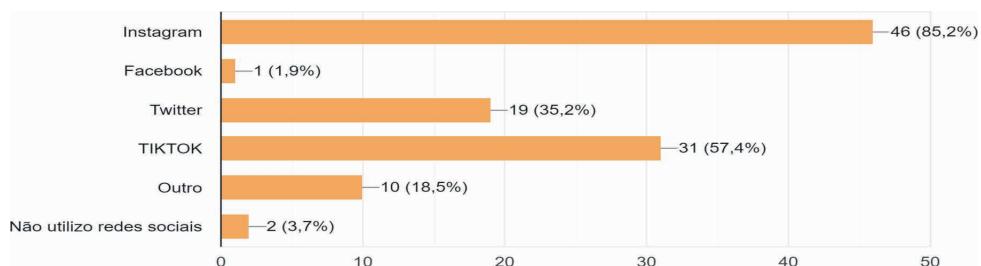


Figura 4: Porcentagem das redes sociais que os alunos usam com mais frequência.

O questionário teve como objetivo identificar, também, de que forma a “viralização” de conteúdos em ambientes midiáticos impacta no exercício dos direitos sociais, políticos e individuais do cidadão: 46,3% responderam que conteúdos virais influenciam negativamente, 38,9% entendem que os conteúdos virais influenciam positivamente e 14,8% responderam que não influencia.

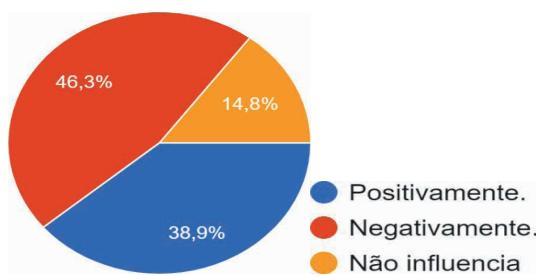


Figura 5: Porcentagem de quantos alunos acham que os conteúdos virais influenciam de forma positiva ou negativa.

Outra questão era o objetivo de identificar, se os pesquisados entendem como o conteúdo viral determina formas de comunicação social. Para tal pergunta se obteve as seguintes respostas: 88,9% entendem como os conteúdos virais determinam as formas de comunicação e 11,1% não entendem.

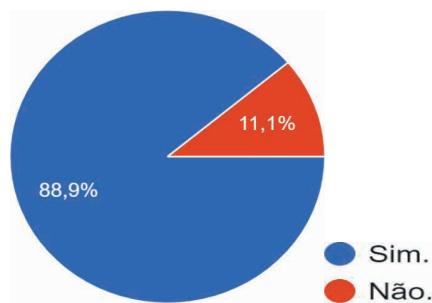


Figura 6: Porcentagem se os alunos acham que os conteúdos virais determinam as formas de comunicação.

Na próxima etapa, 57,4% dos questionados acredita que regulamentação das mídias “Amplia a liberdade de expressão e o exercício dos direitos sociais, políticos e individuais”, 31,5% acha que “Diminui/inibe a liberdade de expressão e o exercício dos direitos sociais, políticos e individuais” e 11,1% acha que “Não impacta na liberdade de expressão e no exercício dos direitos sociais, políticos e individuais”.



Figura 7: Porcentagem se os alunos acreditam que regulamentação das mídias “Amplia a liberdade de expressão e o exercício dos direitos sociais, políticos e individuais”

Com a aplicação deste questionário, pode-se perceber que, foi possível identificar a influência que os conteúdos virais e as mídias sociais têm ao afetar o dia a dia do estudante brasileiro e a sala de aula.

Abaixo serão analisados e interpretados os presentes dados obtidos pelo questionário.

A partir dos números obtidos, observou-se que, grande parte dos alunos se encontra no primeiro ano do ensino médio e a minoria no terceiro ano.

Percebe-se também que, a maioria dos alunos da Escola de Educação Básica IDEAU - Santa Clara, do município de Getúlio Vargas/RS são do público feminino.

Ainda, a renda familiar das famílias se mostrou ser a maior porcentagem acima de seis mil reais mensais e a menor porcentagem têm renda entre mil duzentos e treze reais a mil quatrocentos e noventa e nove reais por mês. Entre as duas redes sociais que os alunos mais usam, destaca-se o Instagram e TikTok.

Ainda, é perceptível que há uma divisão similar no que toca às opiniões negativas e positivas na forma de “viralização” dos conteúdos em ambientes midiáticos. Todavia, deve-se atentar a porcentagem que acredita que os conteúdos virais não possuem influência. Reiterando o tópico referente a estes conteúdos, a viralização pode sim impactar negativamente e positivamente na cidadania e, nesse contexto, não conseguir identificar isto, pode mostrar-se mais prejudicial a formação do cidadão, uma vez que o mesmo não saberá se é influenciado benéfica ou maleficamente ou, ainda, que está sendo persuadido.

O número se torna elevado na questão sobre a Regulamentação das Mídias, a maioria dos alunos acredita que amplia a liberdade de expressão e o exercício dos direitos sociais, políticos e individuais totalizando 57,4% das respostas. Já 31,5% acredita que diminui/inibe a liberdade de expressão e o exercício dos direitos sociais, políticos e individuais percebendo-se uma diferença mínima entre as respostas. Um total baixo de alunos acredita que a Regulamentação Midiática não impacta na liberdade de expressão no exercício dos direitos sociais, políticos e individuais, somente 11,1%.

Diante destes dados é possível extrair a informação que os conteúdos virais estão presentes na vida dos jovens estudantes, também notando que eles não se sentem influenciados pela viralização de conteúdos presentes na internet. Mostrando que os alunos têm plena consciência do que vai ou não influenciá-los.

3 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados (focando nos conteúdos virais), sob o ponto de vista teórico, associou-se cronologicamente a História do Direito no Brasil, desde o surgimento das Ciências Jurídicas e Sociais, até a Constituição Federal de 1988. Posteriormente, a formação dos primeiros cursos em Bacharelado de Direito no país, as Fontes do Direito, à Cidadania e suas dimensões e, por fim, a importância da educação midiática com relação aos conteúdos virais, desse modo, podendo compreender a linha temporal dos conceitos abordados.

Ao concluir a análise dos resultados, obtidos por meio da parte prática, observou-se que a maioria dos alunos do Escola de Educação Básica IDEAU - Santa Clara, do município de Getúlio Vargas/RS, consideram que conteúdos virais, influenciam negativamente no exercício dos direitos sociais, políticos e individuais dos cidadãos, no ambiente midiático; também entendem que os conteúdos virais determinam as formas de comunicação e ainda, reconhecem que a regulamentação das mídias “amplia a liberdade de expressão e o exercício dos direitos sociais, político e individuais”. Tendo em vista, os dados coletados,

conclui-se que os conteúdos virais, de fato, interferem na educação dos alunos do Ensino Médio, e essa interferência é negativa. Em contrapartida, obteve-se como resultado que os conteúdos virais influenciam positivamente na liberdade de expressão e no exercício da cidadania, criando-se assim, por consequência, um paradoxo.

É possível afirmar que os conteúdos virais, quando carregados de informações falsas e preconceitos, de fato são desfavoráveis para um jovem em formação cidadã, podendo assim haver impacto em suas decisões políticas, no âmbito familiar e acadêmico. Nesse contexto, é instaurado um antagonismo, uma vez que, em contrário disso, os conteúdos virais também ampliam a liberdade de expressão, possibilitando que artistas, filósofos, estudiosos e qualquer um interessado em manifestar suas ideias, possa contemplar as demais pessoas do mundo com novas percepções.

Como sugestão, deve-se apresentar aos estudantes do ensino médio, a maneira correta de utilização das redes sociais, conscientizando-os para que façam o bom uso das mesmas. Isso pode ser exposto através dos próprios meios de comunicação, através de pequenos vídeos orientacionais e atividades práticas. Também, através de palestras interativas e lúdicas, tornando um ambiente divertido para o aluno que frequenta-las.

REFERÊNCIAS

BES, Pablo; OLIVA, Diego C.; BONETE, Wilian J.; TOLEDO, Maria Elena Roman de O. Sociedade, Cultura e Cidadania. [Digite o Local da Editora]: Grupo A, 2020. 9788595028395. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595028395>. Acesso em: 31 mar. 2022.

CANAVILHAS, J.; Bittencourt, M.; Andrade, M.A.A.; (2019). Conteúdos virais no Facebook: estudo de caso na pré-campanha das eleições presidenciais brasileiras de 2018. *Brazilian Journalism Research*, Vol. 15 - N. 3, pp. 598-625. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/8193> Acesso em 01 abr. 2022.

FILHO, Artur R. I L.; OST, Sheila B.; BONETE, Wilian J.; et al. Ética e Cidadania. [Digite o Local da Editora]: Grupo A, 2018. 9788595024816. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024816>. Acesso em: 31 mar. 2022. SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni, *Lições Sistematizadas de História do Direito*. 2. ed. Almedina, 2020, p. 104 - 147)

GALANTE, Isabella; MANDELLI, Mariana. A urgência da educação midiática. EducaMídia. 2019. Disponível em: <<https://educamidia.org.br/a-urgencia-da-educacao-midiatica>>. Acesso em: 29/ 03/2022.

LUCENA, F. R. L. Conteúdos Virais em Redes Sociais Online. 2016. 21 f. Koan: Revista de Educação e Complexidade, n. 3, jan. 2016. ISSN: 2317-5656. Disponível em: <https://d1wqxts1xzle7.cloudfront.net/51819515/ConteudosViraisemRedesSociaisOnline-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1652400342&Signature=LxsQYMu9Onzi4dgFskvaOl9Rs-smstZA-Jxd2clhP7np4BWYJFO-g340Mp5INziY-khm4LXjFTtpRCnhUfnGw37AWU4QmB6r4el1791iftqF92wZa-x-yIFzOCtUguPXCSpQLoB~cuIOmt8iTW7s13mWI4g~SSFw7HDubKRXYw5VGpFWJ2IKR0nzewRBu4CeqHjC9hNG3K310rnosxut~T0IDwOfMrmLvwqE53~1EtEhOXVbvMYAaXJpbfN8TGNxtmm9QUPUB-bOB8FkAq3tamrr64Om38hPRp00PFTleWsBs-Ga7sCDiqhmaomHnH1-4-sqVStBz-jPwrVb~QXiq&Key-Pair-Id=APKAJL0HF5GGS LRBV4ZA>. Acesso em 01 abr. 2022.

MARCOS, F. R.;MATHIAS, C. F.;NORONHA, I. História do Direito brasileiro. 1.ed. Rio de Janeiro:Forense,2014, 40-260-387 p.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530992118. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992118/>. Acesso em: 01 abr. 2022.

O QUE é Metodologia Científica. Metodologia Científica. Disponível em: <<https://www.metodologiacientifica.org/>>. Acesso em: 31/03/2022.

PALMA, R. F. História do Direito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 409 - 411 p.

PACHO. L. A incrível vida de Khaby Lame: da perda do emprego a ter mais seguidores do que Zuckerberg nas redes sociais. **El País**, Roma, 24 nov, 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/tecnologia/2021-11-24/a-incrivel-vida-de-khaby-lame-da-perda-do-e-mprego-a-ter-mais-seguidores-do-que-zuckerberg-nas-redes-sociais.html#:~:text=L%C3%A1%20come%C3%A7ou%20a%20postar%20v%C3%ADdeos,fornecendo%20solu%C3%A7%C3%A7%C3%95es%20muito%20mais%20simples..> Acesso em: 12 de mai. 2022. Acesso em 01 abr. 2022.

PINHEIRO, P. P. Direito Digital. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 423 - 428 p.

ROSSINI. V. S Os manjadores entenderão: os conteúdos virais e a sociabilidade no ciberespaço», *Ponto Urbe* [Online], 14 I 2014, posto online no dia 30 julho 2014, consultado o 12 maio 2022. Disponível em: <http://journals.openedition.org/pontourbe/1628>; DOI: <https://doi.org/10.4000/pontourbe.1628> Acesso em 01 abr. 2022.

SILVA, E.M.T. Ensino de Direito no Brasil: perspectivas históricas gerais. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pee/a/78qvJ3kBG574djNtpv3tSbs/?lang=pt>>. Acesso em 31/03/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 70 anos do Código Penal: Legislação em constante evolução. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2499171/70-anos-do-codigo-penal-legislacao-em-constante-evolucao>>. Acesso em: 01/04/2022

SPAGNOL, Antônio S.; MACIEL, José Fábio R. Coleção direito vivo: Sociologia jurídica, 1ª edição.. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2013. 9788502173972. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502173972/>. Acesso em: 01 abr. 2022

THOBIAS, Elisa. Afinal, o que é educação midiática? EducaMídia. 2021. Disponível em: <<https://educamidia.org.br/afinal-o-que-e-educacao-midiatica>>. Acesso em: 28/03/2022.

VENOSA, Sílvio de S. Introdução ao Estudo do Direito. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9786559771073. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771073/>. Acesso em: 01 abr. 2022.

WOLKMER, A. C. História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 250-253 p.

CAPÍTULO 9

A GARANTIA DE DIREITOS PARA A PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA) E A EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO NO MUNICÍPIO DE ALTAMIRA/PA DE ACORDO COM A LEI ESTADUAL 9.061/2020

Data de aceite: 01/09/2023

Claudinéia Terra Vieira

Universidad de Desarrollo Sustentable-
UDS Altamira/Pa,Brasil

Janice Silva de Freitas

Universidad de Desarrollo Sustentable-
UDS Altamira/Pa, Brasil

Leonaldo Pinto da Cunha

Universidad de Desarrollo Sustentable-
UDS Altamira/Pa, Brasil

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar a inclusão de pessoas com Transtorno do Espectro Autista no sistema jurídico brasileiro principalmente pela criação da lei estadual nº 9.061/2020 sancionada pelo governador do estado do Pará, analisando as características dos autistas e a responsabilidade que o município de Altamira possui na sua plena inclusão, demonstrando os instrumentos que devem ser usados pelo sistema vigente, e dando enfoque na efetividade da legislação estadual. A problemática a ser analisada na pesquisa diz respeito a garantia de direitos em relação à população de deficientes, em específico as pessoas com TEA após a implementação da lei estadual. Utilizando-

se do método bibliográfico-descritivo, considerando que fornece um estudo totalmente teórico, embasado na lei, bem como também no uso de outros estudos científicos para fortalecer a pesquisa, durante o processo de elaboração desta pesquisa serão observados diversos eventos locais ocorridos sobre o tema em questão, partindo de premissas verdadeiras para então chegar em uma conclusão baseada totalmente em situações verídicas demonstradas ao longo da pesquisa. Portanto, irá ser observado a aplicação da Lei 9.061/2020 e sua efetividade na inclusão no município de Altamira.

PALAVRAS-CHAVE: inclusão. autismo. políticas públicas.

A EDUCAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 enuncia então o direito à educação como um direito social no artigo 6º; especifica a competência legislativa nos artigos 22, XXIV e 24, IX; dedica toda uma parte do título da Ordem Social para responsabilizar o Estado e a família, tratar do acesso e da qualidade, organizar o sistema

educacional, vincular o investimento e distribuir encargos e competências para os entes da federação. Sobre este ponto, ressaltamos que, por preceito constitucional, o ensino público e gratuito é um direito de todos e um dever do Estado (Art. 205 da Constituição Federal/1988), enquanto o Art. 206 estabelece uma série de princípios segundo os quais o ensino deverá ser ministrado.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 208, inc. II que:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Seguindo a linha da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, em seu artigo 54, inc. III, afirma que:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino

Portanto, é garantido o direito das crianças com deficiência de ingressar na escola regular. Mas é garantido que essa criança receberá os cuidados especiais que merece? Tendo em conta a sua particularidade, necessidades especiais e adaptabilidade do ambiente e dos materiais, é garantido que os profissionais desta escola possam incluir esta criança verdadeiramente nas atividades escolares?

Falar do direito à educação como prioridade, não significa apenas o acesso obrigatório a escola, mas, sim, o direito a uma educação de qualidade que o capacite a se tornar um cidadão com direitos e deveres a serem respeitados. Para Celso de Melo (1986):

O conceito de educação, "são mais compreensivos e abrangentes que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: a) qualificar o educando para o trabalho; e b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático", devendo a qualidade do ensino ser analisada a partir dos fatores internos de avaliação e dos externos, pela análise da compatibilidade com a necessidade e os padrões da comunidade". (Celso de Melo (1986), p. 533).

No campo do direito humano à educação, alguns instrumentos jurídicos legais básicos buscaram mudar o perfil da educação no Brasil pós-Constituição/88. Soma-se a estes dispositivos, a perspectiva apresentada nas mais diversas declarações, convenções e tratados internacionais, que nos permitem compreender então o Direito Humano à Educação a partir de três dimensões que se interligam e complementam se em prol de sua

efetividade.

Essas três dimensões podem assim ser explicitadas:

- Direito humano à educação – Não se resume ao direito de ir à escola. A educação deve ter qualidade, ser capaz de promover o pleno desenvolvimento da pessoa, responder aos interesses de quem estuda e de sua comunidade.
- Direitos humanos na educação – O exercício do direito à educação não pode estar dissociado do respeito a outros direitos humanos. Não se pode permitir, que a escola, seus conteúdos e materiais didáticos reforcem preconceitos, ou ainda que a educação e a escola sejam geridas de forma autoritária, impossibilitando a livre manifestação do pensamento de professores e estudantes, bem como sua participação na gestão da escola.
- Educação em direitos humanos – Os direitos humanos devem fazer parte do processo educativo das pessoas. Além disso, a educação em direitos humanos promove o respeito à diversidade (étnico-racial, religiosa, cultural, geracional, territorial, de gênero, de orientação sexual, de nacionalidade, de opção política, dentre outras), a solidariedade entre povos e nações e, como consequência, o fortalecimento da tolerância e da paz.

LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO: CONHEÇA A HISTÓRIA DESTE MARCO

Uma conquista recente para os direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil foi a aprovação da Lei Brasileira de Inclusão (Lei no 13.146/15), também conhecida como LBI.

Vale destacar que o ministro Edson Fachin, relator da ação, votou pela confirmação de que as instituições de ensino não podem selecionar alunos a serem matriculados, nem isolar alunos com deficiência. Ele também destacou que a “Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência” passou a assumir um compromisso ético de acolhimento, obrigando não só a escola pública, mas também a privada, a nortear seu desempenho educacional na perspectiva de todos os aspectos e potencialidades do direito à educação.

Além disso, deve-se enfatizar que garantir uma educação inclusiva não é suficiente para permitir que as crianças com autismo tenham o direito à educação. Quanto e quais benefícios o país deve proporcionar às crianças com autismo dependerá das necessidades relacionadas ao grau de autismo, ou seja, sempre deve ser analisado a particularidade de casos específicos. (SANTOS, 2014).

A LBI foi conquistada a partir de uma história de muitos anos em prol dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Quando foi promulgada, 15 anos tinham se passado desde a apresentação do 1º texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 2000, pelo Deputado Paulo Paim. Com a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2006, ratificada pelo Brasil em 2008, verificou-se que a redação do Estatuto deveria estar ajustada às mudanças trazidas pela Convenção. E isso foi feito culminando com o texto da LBI, produzido por um grupo liderado pela Deputada Mara Gabrilli (relatora na Câmara

dos Deputados) e equipe, que ficou em consulta pública e passou por audiências públicas.

O texto foi aprovado em 2015 na Câmara e no Senado (relatoria do senador Romário) e em janeiro de 2016, a Lei entrou em vigor. A LBI foi discutida em todo o Brasil e ela aprimora, enquanto instrumento jurídico, os direitos já assegurados na Convenção sobre Direito das Pessoas com Deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão determina em seu artigo 27 que; Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Neste sentido podemos destacar que a legislação indica o direito à educação da pessoa com deficiência em todos os níveis. Sobre isto destaque-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), de 1996, estabelece dois grandes níveis de educação escolar: a educação básica (que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio) e a educação superior. As outras formas de educação tratadas pela LDB classificam-se como modalidades, já que podem localizar-se nos diferentes níveis da educação escolar.

A legislação complementa ainda indicando que critérios devem ser avaliados para que se compreenda esse processo de aprendizagem. A avaliação dessa aprendizagem deve considerar “características, interesses e necessidades de aprendizagem”. Assim, estes pontos serão norteadores do conceito de educação da pessoa com deficiência, e por força da Lei 12.764/2012, da educação da Pessoa com Autismo também. Soma-se ao artigo 27 o disposto no artigo 28 que prevê:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I- sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II- aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

Como se pode observar, o objetivo do sistema educacional inclusivo é não só garantia o acesso, isto é, a matrícula dos alunos, mas também a permanência, participação e aprendizagem por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que visem eliminar barreiras. Este deve ser o foco da gestão pública para alcançar uma educação efetivamente inclusiva.

PROTEÇÃO ESTADUAL DO PARÁ- A RELAÇÃO DA INCLUSÃO PROPOSTA PELAS LEIS COM O DESENVOLVIMENTO DOS AUTISTAS

No ano de 2020 tivemos no Estado do Pará um avanço histórico no que concerne a direitos das pessoas com autismo. Aprovada em 20 de maio , a lei 9061/2020 instituiu a Política Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista - PEPTEA, cria o Sistema Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e o Conselho da Política Estadual de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista - COPEPTA, dispõe sobre a expedição da Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista - CIPTEA, altera a Lei nº 5.838, de 1994.

Neste sentido, o estado tem se destacado por desenvolver Políticas Públicas voltadas para atender os direitos constitucionais da pessoa com TEA com o intuito de proporcionar mais qualidade de vida a estes que até então estavam à margem da garantia de direitos.

A lei que entrou em vigor em 20 de maio de 2020, institui a proteção de direitos no campo da saúde com o acesso a ações e serviços de saúde que garantam a atenção integral às necessidades de saúde, incluindo:

- a) diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;
- b) atendimento multiprofissional;
- c) informações que auxiliem no diagnóstico e tratamento;
- d) assistência farmacêutica;
- e) orientação nutricional adequada; e
- f) orientação aos pais, familiares e outros responsáveis pelos cuidados da pessoa com Autismo

Dentre as ações podemos destacar, a inauguração do Centro Integrado de Inclusão e Reabilitação (CIIR), e emitiu a carteira para acesso a serviços. Aprovada em fevereiro, a nova lei 9.214/21 garante validade com prazo indeterminado para laudos de diagnóstico de autismo. A emissão pode ser feita por profissionais da rede de saúde pública ou do setor privado, desde que estabelecido os requisitos da legislação pertinente, entre os quais a indicação do nome completo da pessoa com deficiência; indicação do número do Código Internacional de Doenças (CID); e indicação do nome do profissional médico, responsável pelo laudo, com indicação do número de registro no Conselho Regional de Medicina (CRM).

O Estado do Pará, junto a secretaria de saúde e a Coordenação Estadual de Políticas para o Autismo, vem disseminando estratégias para que o maior número de pessoas seja alcançado com atendimentos e informações, que resultem em melhor qualidade de vida aos portadores do TEA.

Uma de suas ações de grande relevância tem sido o curso de aperfeiçoamento

nesta área, para professores e profissionais de educação, em vários municípios do Estado a ser expandido até atingir todo o Estado. Este curso tem por finalidade, dar maior clareza de todas as ações políticas, educacionais e de diretos que existem, para esta parte da sociedade que necessita de um olhar mais sensível.

Dentre as várias conquistas, podemos citar a última conquista dos autistas e seus familiares que ocorreu com as sanções da Lei nº 13.997/20, que foi denominada Lei Romeo Mion em homenagem ao filho do autista do apresentador Marcos Mion.

Marcos Mion luta há muitos anos pela verdadeira integração social do brasileiro com autismo, dando mais visibilidade à causa na resolução do problema, e aproximando as pessoas do TEA por meio das redes sociais, aumentando assim a consciência do autismo no Brasil. A lei estabelece o Cartão de Identificação da Pessoa Com Transtorno do Espectro Autista (CIPTEA), que deve ser emitido gratuitamente pelo órgão responsável pela implementação da política nacional de proteção aos titulares de direitos de TEA dos Estados, Distritos Federais e Municípios, entretanto, para garantir sua efetividade, é necessária uma supervisão de acompanhamento.

A referida carteira de identificação de pessoas autistas pode contribuir para a inclusão social dos autistas, pois auxilia na identificação da condição do autista, o que pode evitar constrangimentos ou até mesmo a omissão de exercícios por desinformação correta, por causa dos documentos expedidos pelo estado, não há como contestar os direitos finais dessas pessoas.

No estado do Pará, o atendimento ao autista era bem precário, pois ao longo de vários anos este foram deixados de ser assistidos em suas necessidades mais básicas possíveis. Com a publicação da lei 9.061/2020, o dispositivo legal estabelece diretrizes de proteção e garantia de direitos a essa parcela da população. Por exemplo, a inauguração de um núcleo dentro do CIIR (Centro Integrado de Inclusão e Reabilitação), abrindo mais 300 vagas de atendimento baseadas em análise do comportamento aplicada que é inédito no SUS. Em fevereiro, outro dispositivo legal foi aprovado, a lei 9.214/21, que torna a validade do laudo médico de TEA com prazo indeterminado.

O laudo médico, que antes precisava ser atualizado todo ano, foi um dos direitos garantidos também, além da carteirinha CIPTEA (Carteiras de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista) da lei Romeo Mion, que traz a segurança e a prioridade nos atendimentos, a forma de tratamento adequada e acima de tudo o respeito por nossos autistas,

No último dia 12 de março foram entregues 300 carteirinhas. O primeiro lote começou a ser emitido em dezembro, beneficiando mais 480 pessoas. “Não é só uma carteira, além de garantir o atendimento e acesso integral aos serviços públicos e privados ela também cria a primeira base de dados sobre o autismo no Estado do Pará.

Dentro do município de Altamira-Pa, temos alguns movimentos de mães de autistas que se uniram para dar visibilidade, garantir direitos e fazer valer tudo o que as leis o

asseguram. No último dia 14 até 18 de junho deu-se o 1º Webinar TEAS DO XINGU, coordenado pela Secretaria de Educação do Município (SEMED), Divisão de Educação Especial e Inclusão (DEEI) e um grupo de mães de pessoas com TEA.

Através de um projeto em parceria com o Estado e entidades não governamentais, desenvolveu no dia 26 de junho uma Ação Social no Mês do Orgulho Autista, oferecendo diversos serviços como: Emissão de RG para Pessoas com TEA; Cadastramento da CIPTEA; Atendimento Nutricional e Orientação psicológica aos pais/ responsáveis.

O Município oferece atendimento, Assistência Social e Saúde nos seguintes órgãos: Os CRAS - Centros de Referência da Assistência Social são as unidades públicas de referenciamento para as ações da Proteção. No CRAS a população pode receber as orientações sobre Bolsa Família, Benefício de Prestação Continuada, Serviços de convivência para idosos, crianças e adolescentes, Programa Pro Jovem Adolescente, cursos de capacitação profissional e muitos outros.

Portanto, pode-se concluir que embora ainda estejamos longe do efeito desejado desse direito, já existe um caminho para a integração social do paciente autista. Enquanto a importância do problema do autismo brasileiro não for amplamente reconhecida, mesmo que haja uma tendência mundial de proteção dos direitos humanos à diversidade, apesar do lento progresso, não podendo ignorar toda a sociedade tem um longo caminho para percorrer no sentido da inclusão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, após criteriosa análise do presente tema sobre a inclusão da pessoa portadora do Transtorno do Espectro Autista (TEA), pode-se concluir que o autista possui diversos direitos que ajudam para a sua inclusão, sendo que no município de Altamira a sua aplicabilidade ainda enfrenta algumas dificuldades.

Portanto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro proporciona meios para melhorar a qualidade de vida e os direitos básicos da pessoa com Transtorno do Espectro Autista, de modo que propõe profissionais qualificados e métodos de tratamento eficazes, porém, infelizmente, a realidade não está de acordo com as garantias fundamentais impostas pela Constituição Federal e pela nova lei estadual sancionada no ano de 2020 verificando que ainda falta mediadores qualificados para dar o devido suporte ao aprendizado da criança.

No entanto, o indivíduo com (TEA) também vale dos princípios constitucionais que regem a dignidade e a isonomia, portanto, é direito do autista a inclusão saudável socialmente, para que o autista tenha uma qualidade de vida imposta por tais princípios constitucionais e pelos direitos humanos.

Atualmente o poder público municipal atende a legislação vigente no que se refere aos direitos para as pessoas com autismo, ainda que a precariedade do serviço esteja

sempre presente, mas se há uma certa “vontade popular” em melhorar e cobrar a eficácia das legislações para essa população especial, porém ainda não é o suficiente para a plena satisfação da inclusão desse público específico. Pois quando lançamos mão das leis de garantias de direitos, percebemos que a quantidade de ferramentas oferecidas para essa inclusão no município, ainda está longe da plena satisfação do imposto pelas leis, porém ainda assim há enormes esperanças para que ocorra o pleno gozo dos direitos dos autistas em Altamira/PA.

REFERÊNCIAS

APOSTILA MODULO 4, Políticas para o Autismo- CEPA. Secretaria Estadual de Planejamento e Administração. Escola de Governança do Estado do Pará-EGPA. Curadoria: Profa. Dra. Flávia Luciana Guimarães Marçal Pantoja de Araújo e Profa. Bruna Santa Maria (Projeto realizado em parceria técnica com o Projeto TEA da Universidade Federal Rural da Amazônia-UFRA).

BRASIL, Lei nº 12.764/2012: Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, Brasília, DF: senado, 2012. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acessado em 20/06/2021.

_____, Lei Brasileira de Inclusão, 13.146/2015. <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180410-> Acessado em 19/06/2021.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm Acessado em 20/06/2021.

Canotilho, Jose Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição - Brochura - 7º Edição 2003. <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2002:000644598>. Acessado em 20/06/2021.

COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM AUTISMO DA SECCIONAL DA OAB/DF. Direitos da pessoa com autismo são tema de debate na OAB/DF. Disponível em: <https://oabdf.org.br/noticias/direitos-da-pessoa-com-autismo-sao-tema-de-debate-na-oabdf/>. Acesso em: 20 de fev. de 2021.

Filho, Jose Celso de Mello, Constituição Federal anotada. Imprenta: São Paulo, ed. Saraiva, 1986. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm Acessado em 20/06/2021.

PARÁ, LEI ORDINÁRIA Nº 9.214, DE 25 DE FEVEREIRO DE 2021. <https://www.sistemas.pa.gov.br/sisleis/legislacao/6361/detail>. Acessado em 21/06/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

RAMOS, A. D. C. et al. Ministério Público sociedade e a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Brasília: ESPMU, 2018.

SILVA, Micheline. Diagnosticando o transtorno autista: aspectos fundamentais e considerações práticas. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932009000100010>. Acesso em 29 nov. 2020;

UNITED NATIONS. Universal Declaration of Human Rights. United Nations Human Rights - Office of the High Commissioner, 1948. Disponível em: [https://undocs.org/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/A/RES/217(III)). Acesso em: 10 jan. 2021;

VAIANO, Pablo e FERNANDES, Mauad. AUTISMO E DIREITO. 1^a ed., São Paulo, 2020.

CAPÍTULO 10

O SIGNO DA DIVERSIDADE: LINHAS SOBRE A FORMAÇÃO DA SIGLA LGBTQIAPN+

Data de aceite: 01/09/2023

Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Pós-doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo - campus Ribeirão Preto. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP - linha de pesquisa em Direito do Estado.

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS - Área de Concentração em Direitos Humanos e Linha de pesquisa em Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável. Especialista em Gestão Pública na Administração Pública pela mesma Universidade, Especialista em Direito Processual Civil com ênfase em Responsabilidade Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD e Especialista em Educação em Direitos Humanos também pela UFMS. Graduado em Direito pela mesma Universidade. Advogado, Professor e Pesquisador.

RESUMO: Trata-se de revisão de literatura sobre a temática da diversidade LGBTQIAP+ como demanda por reconhecimento de sua identidade. Divide-se em uma abordagem inicial sobre o comportamento heterociscentrado como

um padrão identitário para, em seguida, tratar acerca do movimento que cunhou a sigla LGBTQIAP+. Ao fim, trata acerca da busca pelo reconhecimento das identidades de gênero como direito fundamental à diversidade. Conclui-se pela necessidade de um movimento pela diversidade, que a compreenda a partir de critérios identitários mutáveis ao longo da história e que, ao mesmo tempo, seja capaz de efetivar mecanismos de proteção.

PALAVRAS-CHAVE: Diversidade LGBTQIAP+; Heterocisnormativismo; Identidade de Gênero;

THE SIGN OF DIVERSITY: LINES ABOUT THE FORMATION OF THE LGBTQIAP+ ACRONYM

ABSTRACT: This is a literature review on the theme of LGBTQIAP+ diversity as a demand for recognition of its identity. It is divided into an initial approach on heterociscentric behavior as an identity pattern, and then deals with the movement that coined the acronym LGBTQIAP+. At the end, it deals with the search for the recognition of gender identities as a fundamental right to diversity. It concludes that there is a need for a movement for diversity, which understands it from changing identity criteria throughout

history and which, at the same time, is capable of putting into effect protection mechanisms.

KEYWORDS: LGBTQIAP+ Diversity; Heterocisnomativism; Gender Identity;

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa compõe-se inicialmente de estudo das ciências humanas e sociais não aplicadas, a fim de que, por meio de outras matérias, em diálogo interdisciplinar, sejam efetivamente compreendidos conceitos pois, a partir de então, a norma será enquadrada ao caso de forma justa. Isto porque, conforme será demonstrado, um dos problemas enfrentados quando o judiciário analisa casos relativos à identidade de gênero é justamente a falta de conhecimento sobre a temática, o que acarreta interpretações confusas que, em geral, servem para reproduzir preconceito ou cercear direitos fundamentais.

Por isso, é fundamental que o direito caminhe em consonância a conceitos relativos às diversidades de gênero para que possa garantir sua existência digna em sociedade. Nesse sentido, este estudo aporta linhas gerais sobre a necessidade de surgimento de um movimento pela diversidade que questione os parâmetros identitários tidos como padrão pela sociedade, aqui tratando de um padrão heterossexual, nesta pesquisa chamado heterociscentrado. Para além disso, pretende-se expor a necessidade de que o movimento LGBTQIAP+ seja compreendido na atualidade como um grupo identitários diverso, que merece respeito e chancela jurídico-estatal.

O PADRÃO IDENTITÁRIO-SEXUAL E SEUS PROBLEMAS

A homoafetividade passou a ser vista como cultura marginalizada a partir da inserção de padrões heteronormativos desde meados da idade média, quando da ascensão da igreja católica. A partir disso, com as colonizações e dominações de outros povos, a cultura ocidental passou a ser o modelo a ser seguido e tudo que dela difere é visto como incorreto e equivocado.

Mesmo após tanto tempo, sabe-se que a cultura ocidental em muito influenciou e ainda influencia a cultura brasileira, seja em termos de herança da colonização seja por conta da visão deturpada construída em torno de padrões que, em tese, serviriam de modelo para países que ainda estão em desenvolvimento.

Nesse viés, sob a ótica referida, a população LGBT sofre diversos preconceitos que muitas das vezes se iniciam em suas próprias casas e se agravam no dia a dia, nas escolas e convívios sociais. Sob o que se denomina “pensamento hétero” são difundidas ideias e padrões comportamentais lastreados em uma concepção que apresenta a heterossexualidade como a matriz de todos os comportamentos.

Como aponta Wittig (1992), o pensamento hétero desenvolve uma influência totalizante da história, da realidade social, da cultura, da linguagem e de todos os fenômenos

subjetivos, acabando por universalizar conceitos em leis gerais para aplicá-los a todas as sociedades, épocas e indivíduos.

Entendida como pré-discursiva, a heterossexualidade é associada à normalidade, ao natural e ideal, aquela que não comporta discursos, pois simplesmente o é desde já. Tal distinção decorre do que se entende por pré-estrutural, que associa a experiência ao corpo de maneira intrínseca, sem a possibilidade de externá-la em outras vivências.

Preciado (2014, p. 25) reflete sobre o assunto da seguinte maneira:

A natureza humana é um efeito da tecnologia social que reproduz nos corpos, nos espaços e nos discursos a equação natureza = heterossexualidade. O sistema heterossexual é um dispositivo social de produção de feminilidade e masculinidade que opera por divisão e fragmentação do corpo: recorta órgãos e gera zonas de alta intensidade sensitiva e motriz (visual, tátil, olfativa...) que depois identifica como centros naturais e anatômicos da diferença sexual.

A terminologia heteronormatividade é contemporânea da Teoria *Queer*, nascida nos Estados Unidos nos anos 80 e que veio questionar padrões existentes na própria luta de inserção dos homossexuais, que apenas agiam de acordo e sem contestar padrões de comportamento. A Teoria *Queer* problematiza a heterossexualidade inserida em todos os meios de comportamento, homo ou hétero, à qual todos têm que aderir para serem reconhecidos e aceitos, considerando estranhos a abjetos aqueles que não o fizerem (MISKOLCI, 2012).

O mesmo autor aponta diferenciações entre heterossexismo, heterossexualidade compulsória e heteronormatividade, sendo que o primeiro conceito está associado ao pensamento que só há a orientação sexual hétero, o segundo à exigência social de que todos sejam heterossexuais e o terceiro, entendido como fenômeno da atualidade, fundada no modelo sexual, social e familiar heteronormativos (MISKOLCI, 2012).

Em pequenos detalhes e comportamentos hodiernos, cobranças da família, dos professores e da sociedade patriarcal de modo geral, a cultura hétero é inserida e cobrada de todos. Situações banais de comportamento passam a ser rechaçadas em nome do que se decidiu tradicional por uma parcela que se considera correta.

Jesus (2013) apresenta a definição de heterocentrismo como a forma de perceber e categorizar o universo das orientações sexuais a partir de uma ótica centrada em uma heterossexualidade estereotipada considerada dominante e normal, mormente no sentido moral que esta definição aporta.

Mesmo em casa, na maioria das vezes, influenciadas pela cultura heterossexual, procura-se neutralizar eventuais fascínios exercidos pela indumentária, jogos e atividades associadas culturalmente ao sexo oposto, que são classificadas como “coisas de meninos e coisas de meninas”, as quais são mutuamente excludentes (URQUIZA & UJACOW, 2015). Butler (2009), inclusive, sugere que os pais deem apoio aos filhos quando constatarem o que chamou de “características atípicas do gênero”, a fim de que não seja afetada a

autoestima destes jovens LGBT.

Sobre os problemas decorrentes da heteronormatividade na família, Sampaio & Coelho (2012, p. 646) discorrem:

A discriminação e as pressões familiares e sociais são fatores que se destacam nesse quesito. Em alguns casos, busca-se, por algum tempo, viver de acordo com o esperado no ambiente social e familiar, na tentativa de se proteger de situações vexatórias e de discriminação, mesmo à custa do sofrimento pelo sentimento de desconforto com o seu sexo biológico.

Quando se trata de sexualidade, não é possível fazer associações entre a orientação sexual e a identidade de gênero para deduzir que a identidade de gênero necessariamente será cisgênera, ou seja, que a mulher trans se relacionará com um homem cis ou vice-versa. Uma mulher trans pode ser lésbica, por exemplo. Não há uma forma pré-estabelecida.

A identidade de gênero justamente pretende dissociar-se de matrizes heterocisnormativas para que a sexualidade não seja relacionada às características masculinas ou femininas (BUTLER, 2009). Nesse sentido:

Mais uma vez, a tese kantiana de que o homem é o fim em si mesmo, e não o contrário. A identidade de gênero não é somente genital, mas de sensibilidade, de olhar para si e de se expressar. Não há terceiro sexo. Pessoas podem migrar tanto de um para outro, várias vezes na sua vida. Vimos aqui no presente estudo que tanto a sexualidade quanto a expressão da identidade são livres e garantidas por tratados internacionais e pela nossa Constituição Federal (GORISH&BORGES, 2014).

O ser humano é um fim em si mesmo. Nesse meio há uma vastidão de subjetividades que estão intrinsecamente ligadas à intimidade de cada um, não sendo possível conceber que haja um padrão a ser seguido e que a heterossexualidade seja seu vetor. Cada um desenvolve sua personalidade e identidade de gênero de forma muito particular sem comportamentos pré-discursivos, essencializados e formados a partir desta ou daquela orientação. Pretende-se isentar este pensamento para que cada qual viva sua identidade na melhor forma.

[...] “enquanto as maneiras de ser ou agir de certos homens forem problemas para outros homens, haverá lugar para uma reflexão sobre essas diferenças que, de forma sempre renovada, continuará a ser o domínio da Antropologia” (LÉVI-STRAUSS, 1962, 26). Em outras palavras, a diversidade é condição permanente de desenvolvimento da humanidade e por isso, as dessemelhanças entre sociedades e grupos não desaparecerão (cf. MAGNANI, 1996) (URQUIZA&UJACOW, 2015, p. 31).

Entretanto, as condutas heterocisnomatizadas ainda prevalecem, o que faz gerar diversas discrepâncias sociais. Lionço (2009) lembra que a vivência da homossexualidade e do gênero em desacordo com o heterocisnormativismo é caracterizada pela injúria, levando a intimidade e a vida privada à vida pública por meio da prática de um demérito lastreado em um suposto poder hierarquizado entre aquele a quem está assegurada a

normalidade, para quem há uma suposição de normalidade, em detrimento daquele que possui vivência diferente.

Inclusive, mesmo as relações entre casais heterossexuais são marcadas por padrões heterocisnormativos que funcionam como regras estabelecedoras de comportamentos dentro do casamento e perante a sociedade. Os papéis entre homem e mulher são tão bem estabelecidos que qualquer movimento contrário disso é visto com estranheza e abjeção justamente porque as performances de gênero acabam por esconder as demais identidades, o que também ocorre pelas reiterações das normas ou conjunto delas (BENTO, 2003).

Os ideais sexuais funcionam de tal maneira que permitem a pesquisa de identificação subjetiva e de complementaridade “objetiva”: a fragilidade feminina concorda com a solidez masculina e a propensão doméstica da mulher com a capacidade de realizar projetos destinados aos homens. Assim, o casamento funciona mais como um teatro, onde se interpretam os papéis de gênero, do que um lugar de solidariedade do casal e de acolhimento dos filhos. Isso explica a resistência para expandir essa instituição para casais de mesmo sexo, reivindicação vista como o início da não diferenciação dos sexos, devastadora para a civilização (BORRILLO, 2010, p. 294).

Wilton (2004, p. 165) explica a heterossexualidade como norma respeito por meio da qual comportamentos e identidades sexuais são medidos e que, não faz muito tempo, sempre foi indiscutida e não problematizada. Por outro lado, a heterocisnormatividade vem sendo questionada mais e mais ante as diversidades pouco a pouco mais evidentes que demonstram que seus pressupostos totalizantes não se afiguram na prática.

A Teoria Queer leciona que, assim como a homossexualidade e outras vivências, a heterossexualidade também é uma construção cultural e, como tal, não é a verdade a ser seguida e muito menos a orientação prevalecente, mesmo por que, durante a epidemia de HIV/AIDS, aqueles que realizavam o tratamento informavam variadas formas de relação pelas quais transitavam (MISKOLCI, 2012).

Desta forma, inseridos em um contexto de conformação, a população LGBT, mesmo não sendo a única influenciada pela difusão da normatividade heterocis, foi de fato a mais afetada a aderir a para ser considerada “normal”, “limpa” e aceita em sociedade. Miskolci (2012), vale-se do termo terrorismo cultural para impor a cultura do heterossexismo sob pena de cometimento de violência contra aqueles a ela contrários. Tal forma, sem dúvida, é a mais eficaz à heterossexualidade compulsória.

Isto porque, segundo pensou Hall (2000, p. 110), as identidades são construídas dentro das diferenças, e não fora delas, o que implica a importância que se dá ao olhar do outro a fim de encontrar algo de si em forma do seu eu. Como denomina o autor: o exterior constitutivo. O que deve ser questionado nessa linha de pensamento é exatamente até onde o olhar do outro deverá ou não atuar como definidor do eu. É dizer: por meio da vivência da diversidade, a identidade de gênero é construída de dentro para fora e de fora para dentro.

Borilho (2010, p. 316) corrobora com o entendimento acima, apontando a necessidade da modificação do olhar ao outro.

Uma ordem jurídica democrática não pode continuar a funcionar na base da divisão binária dos gêneros e da injunção à heterossexualidade. Da mesma forma como foi para a raça, a lei deve desconsiderar o sexo do indivíduo, evitando consequências jurídicas.

Entretanto, apercebidos deste fenômeno hétero-compulsório que tanto permeia comportamentos, cientes de que este não é e nunca foi o único padrão, e que a normalidade também tem sido construída e imposta, é necessário transcender e modificar esta realidade. O exercício de liberdade e individualidade efetivamente ocorre quando se liberta e se individualiza sem que haja uma força essencializadora de plano de fundo ou uma expectativa social compulsória a ser atendida, mesmo que obliquamente. O movimento LGBT (no sentido guarda-chuvas) em muito beneficia e proporciona que as identidades sejam respeitadas e vivenciadas mais e mais, na forma a seguir pensada.

A SIGLA DA DIVERSIDADE E SUAS INTERSECCIONALIDADES

Considera-se, em linhas simples, que gays sejam homens que se relacionam afetivamente com outros homens; lésbicas mulheres que se relacionam afetivamente com outras mulheres; travestis sendo quem transita entre o gênero masculino e feminino, mas não necessariamente desassocia sua identidade em relação àquela registral, como é o caso das pessoas transexuais, estas em desassociação entre o gênero registral e aquele por elas percebido; transgêneros são aqueles que, em algum modo, possuem identidades de gênero variantes, terminologia esta advinda dos Estados Unidos para abranger formas identitárias em apenas uma denominação (termo “guarda-chuva”) e intersexuais aqueles que, quando do nascimento, constam com ambos os aparelhos genitais.

Já o nome *queer*, como será estudado, está associado à Teoria Queer, que questiona padrões heterocissexuais inclusive imiscuídos no próprio movimento LGBT. *Queer*, em tradução simples da língua inglesa, significa estranho.

Inicialmente referida palavra possuía conotação pejorativa, mas com o passar dos anos assume força de protesto para questionar o que seria considerado estranho ou não, fora do padrão ou não e, principalmente, qual seria esse padrão. Atualmente há vários grupos que se intitulam *queers* justamente para desassociar normas a eles impostas e questionar a sociedade heterocisnormativa (MISKOLCI, 2012).

Mais recentemente, foram incluídas as letras “A” para referir-se ao termo “agênero” aplicável àquele que não associe gênero algum, bem como a letra “P” para a inclusão das pessoas “pansexuais”, estas sendo pessoas que se atraem por outras independentemente do gênero, além da letra “N” que se refere a um gênero não associado, denominado neutro, chegando-se então à sigla LGBTQIAPN+, sendo o “+” símbolo para inclusão de futuras identidades.

A sigla oficial tornou-se a LGBT, conforme decidido em 2008 na I Conferência Nacional GLBT, quando a letra “L” foi posta no início da sigla para contemplar as lésbicas da comunidade LGBT (2008), tornando-a mais democrática. Ainda que se diga “LGBT”, deve-se compreender o todo LGBTQIAPN+, haja vista a terminologia “guarda-chuvas” já mencionada.

Por outro lado, nem sempre todos os grupos do movimento estão articulados em suas demandas e, por isso, Regina Fachin (2005), em sua obra denominada “Sopa de Letrinhas? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90”, vem problematizar esta questão para além da busca de uma sigla com várias letras, mas pela efetiva consideração das identidades, sua articulação e defesa, buscando uma identidade coletiva (FROÉS, 2007).

A sigla oficial, em alguns casos, é modificada a depender do contexto do movimento mencionado, a exemplo da inclusão dos intersexuais ou *queers*. Não se trata de algo incorreto, mas, como já mencionado, uma tentativa de democratizar seu uso da sigla para tratar de minorias sociais. Guardados casos conflitantes dentro do próprio movimento, a tentativa é sempre legítima e deve ser vista com bons olhos.

Holston (2013, p. 354) denomina de “cidadania insurgente” aquela que toma lugar quando determinadas camadas sociais ultrapassam a cidadania diferenciada e as desigualdades tornam-se intoleráveis. Nas palavras do autor *“vista dessa perspectiva, a incivilidade parece necessária como idioma público de profunda mudança democrática”*. Pode-se fazer esta leitura no movimento LGBT+ que ganha visibilidade pouco a pouco a partir da insurgência dentro de uma cidadania já concedida a esta camada social e com a qual nem sempre se concorda ou, em alguns casos, torna-se insuficiente às demandas que vêm surgindo em termos da formação de uma identidade diversa.

AS IDENTIDADES DO GÊNERO COMO IDENTIDADES DIVERSAS

Desassociado de questões puramente biológicas, segundo explica Butler, o gênero não é natural e não há relação entre o corpo e o gênero, bem como, entre eles, com a orientação sexual. As categorias, a exemplo da categoria “mulher”, são efeitos de uma instituição, de práticas e de discursos (GALLI *et al.*, 2013).

Ao formular “gênero” como uma repetição estilizada de atos, Butler abriu espaço para a inclusão de experiências de gênero que estão além de um referente biológico. Os atos generificados são, então, interpretados como citações de uma suposta origem. Agir de acordo com um/a homem/mulher é pôr em funcionamento um conjunto de verdades que se acredita estariam fundamentadas na natureza. (BENTO, 2003)

Nesse sentido, o gênero é considerado à parte do corpo biológico. Trata-se de construção personalíssima e vinculada ao aporte histórico-social-cultural de cada um. As performances de gênero são diversas e não possuem matrizes estruturantes, não sendo

possível tratar da temática do gênero pela ótica biologicista. O trânsito nas mais diversas formas de identidades é natural quando se fala em formação de culturas e assim devem ser entendidas as identidades de gênero.

Butler (1990), explicando a causa do binarismo e da consideração pré-discursiva, lembra que “na conjuntura atual, já está claro que colocar a dualidade do sexo num domínio pré-discursivo é uma das maneiras pelas quais a estabilidade interna e a estrutura binária do sexo são eficazmente asseguradas”.

O gênero adquire vida através das roupas que cobrem o corpo, dos gestos, dos olhares, de uma estilística corporal e estética definida como apropriada. São estes sinais exteriores, postos em ação, que estabilizam e dão visibilidade ao corpo, que é basicamente instável, flexível e plástico. Essas infundáveis repetições funcionam como citações e cada ato é uma citação daquelas verdades estabelecidas para os gêneros, tendo como fundamento para sua existência a crença de que são determinados pela natureza. (BENTO, 2003)

Desta forma, a construção da identidade de gênero está relacionada a diversas performances realizadas ao longo deste caminho. Por esta razão é mais comum referir-se à desconstrução da identidade de gênero, pois esta, em verdade, nunca se conclui e sempre se modifica. Segundo Bento (2003), há um movimento contínuo de produção de metáforas que se sobrepõem em ressignificações do masculino e feminino e desestabilizam as narrativas naturalizadas e o protagonismo da heterossexualidade.

Os Princípios de Yogyakarta (2007)¹, trazem diretrizes para o respeito aos direitos humanos e fundamentais daqueles que vivenciam sua identidade de gênero, lastreados em argumentos firmes da autodeterminação, liberdade, privacidade e, especialmente, dignidade. Não fosse apenas isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 garantiu a todos o direito à vida, à liberdade e o direito de reconhecimento perante a lei (DUDH, arts. 3 e 6). A declaração eleva o direito à vida ao patamar humano maior e que deve ser protegido e ao qual deve ser garantido dignidade.

Interpretando a Declaração Universal de Direitos Humanos, a OEA – Organização dos Estados Americanos editou a Resolução n. 2.435/08 (OEA, 2008), que associa o gênero ao direito de liberdade, à vida e à segurança. Outrossim, é imperioso lembrar que

1 Princípio 3. Direito ao Reconhecimento Perante à Lei: Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero auto definidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Princípio 6. Direito à Privacidade: Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar de privacidade, sem interferência arbitrária ou ilegal, inclusive em relação à sua família, residência e correspondência, assim como o direito à proteção contra ataques ilegais à sua honra e reputação. O direito à privacidade normalmente inclui a opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais.

a Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos (2005, art.11) trouxe, em seu artigo 11², o princípio ao não preconceito e estigmatização e, ali, ponderou sobre a proteção de liberdades fundamentais, tal como a vida.

Sobre o assunto, Godoi e Garrafa (2014, p. 160) escrevem:

O processo de construção da identidade, seja ela pessoal, seja de grupo é uma construção social que depende da intersubjetividade, isto é, que ocorre nas relações que se estabelecem com o outro. É por meio da “contrastação” e diferenciação em relação a esse outro que se dá o processo de individuação, pelo qual se configura o eu. O eu só se constitui na relação com o outro, ou, como refere Lévinas (1997), o outro precede o eu, em que pese o fato de a alteridade só se constituir diante de um sujeito. É a partir da experiência da alteridade, do olhar do outro e para o outro, que podemos olhar e perceber a nós mesmos. Esse autoconhecimento que a relação com a alteridade possibilita é o mesmo que se processa em relação à cultura ou à identidade de grupo.

A Constituição Federal está fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana (1988, artigo 1º, III), garantida a todo cidadão em suas relações e em seus direitos fundamentais, garantiu a todos o direito à vida (artigo 5º, *caput*). Desta forma, estando a identidade de gênero associada intimamente à personalidade de cada um, logo à sua dignidade, seu desrespeito ofende frontalmente a Carta Maior, além das normas de caráter internacional, erigindo a identidade de gênero como um direito fundamental humano a ser protegido frente às manifestações dos movimentos LGBT+ e contrário a uma padronização identitária única.

CONCLUSÃO

As inferências iniciais decorrentes do estudo em questão levam a conclusão de que as identidades de gênero são, na atualidade, uma demanda decorrente de lutas do sempre crescente movimento LGBTQIAPN+. Mais e mais os padrões estáticos antes compreendidos como “normais” são questionados frente a uma diversidade identitária que se constitui direito fundamental humano e deve ser protegida pelos ordenamentos internos e internacionais, na forma como aportado nesta revisão.

REFERÊNCIAS

BENTO, Bercine. Transexuais, corpos e próteses. **Labrys: Estudos Feministas**, n. 4, ago./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.tanianavarroswain.com.br/labrys/labrys4/textos/berenice2mf.htm>>. Acesso em 29 abr. 2017.

BORRILLO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da lei. **Revista Meritum**. Vol. 5, N° 02 - julho/dezembro 2010. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1092>>. Acesso em 10 dez. 2016.

2 Nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomplido.htm>. Acesso em 25 mai. 2016.

BUTLER, Judith.; Rios, A.; Arán, M. Desdiagnosticando o gênero. **Physis: Revista de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, n.1, p.95-126, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100006>. Acesso em: 10jun. 2016.

_____. **Problemas de Gênero**: Feminismo e Subversão da Identidade. 9. ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2005.

DE JESUS, Jaqueline Gomes. O conceito de heterocentrismo: um conjunto de crenças enviesadas e sua permanência. **Psico-USF** vol.18 no.3 Itatiba set./dez. 2013. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712013000300003&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 16 jul. 2017.

FACHIN, Zulmar Antônio. (Org.). **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

FRÓES, Anelise. Resenha Sopa de Letrinhas 2x. **Rev. Estud. Fem.** vol.15 no.1 Florianópolis Jan./Apr. 2007. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2007000100014>. Acesso em 26 out. 2017.

GALLI, Rafael Alves; Vieira, Elisabeth Meloni; Gianni, Alain; Santos, Manoel Antonio dos. Corpos Mutantes, mulheres intrigantes: transexualidade e cirurgia de redesignação sexual. **Revista: Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Oct-Dec, 2013, Vol.29(4), p.447(11). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722013000400011&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 10 jun. 2016.

GODOI, Alcinda Maria Machado; GARRAFA, Volnei. Leitura bioética do princípio de não discriminação e não estigmatização. **Saúde Soc.** São Paulo, v.23, n.1, p.157-166, 2014. DOI 10.1590/S0104-12902014000100012. Disponível em:<<http://www.scielosp.org/pdf/sausoc/v23n1/0104-1290-sausoc-23-01-00157.pdf>>. Acesso em 16 set. 2017.

GOVERNO FEDERAL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República – SEDH. Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos. I Conferência Nacional GLBT, 2008. Disponível em:<<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncl-lgbt/conferencias/analise-1a-conferencia-nacional-lgbt-2>>. Acesso em 23 out. 2017.

HALL, Stuart. **“Quem precisa de identidade?”**. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença. A perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000. Disponível em:<<http://www.culturaegenero.com.br/download/hall.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2017.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente**: Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil. São Paulo: Editora Schwarcz S/A, 2013.

LIONÇO, Tatiane. Atenção integral à saúde e diversidade sexual no Processo Transexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios. **Revista Physis** vol. 19 no. 1 Rio de Janeiro 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a04.pdf>>. Acesso em 09 nov. 2016.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer**: um aprendizado pelas diferenças. Série Cadernos da Diversidade. 2. ed. Autêntica: São Paulo, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Resolução n. 2.435 de 3 de junho de 2008. Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Disponível em: <<http://portais.ufg.br/up/16/o/pplgbt-180.pdf>>. Acesso em 20 de mai. 2016.

PRECIADO, Paul B. **Manifesto contrassexual**: Práticas subversivas de identidade sexual. N-edições. 2.ed. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2014.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, de julho de 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 19 mai. 2016.

SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. Transexualidade: aspectos psicológicos e novas demandas ao setor saúde. **Revista: Interface**: Comunicação Saúde Educação, 2012, Vol.16(42), p.637(13). Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/1801/180124621004.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2017.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 09 set. 2017.

_____. Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em 16 set. 2017.

URQUIZA, Antonio Hilario Aguilera; UJACOW, Tatiana A. **Fundamentos Culturais e Antropológicos dos Direitos Humanos**: Apostila do Módulo IV do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Educação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande – Mato Grosso do Sul, 2015.

WILTON, Tamis. **[Des]orientación sexual**: Género, sexo, deseo y automodelación. Bellaterra: ed. Barcelona, 2005.

WITTIG, Monique. *The Straight Mind and other Essays*, Boston: Beacon, 1992. Disponível em: <file:///C:/Users/Welington/Downloads/Wittig,%20Monique%20Monique%20pensamento%20Hetero_pdf.pdf>. Acesso em 20 jun. 2016.

CAPÍTULO 11

CONFIGURAÇÃO DE POLITICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS NO MEIO RURAL BRASILEIRO

Data de submissão: 05/07/2023

Data de aceite: 01/09/2023

Marilene Borges de Sousa

Mestranda em Políticas Públicas (UFPI). Especialista em Elaboração de Projetos Sociais e Captação de Recursos (FAR); Especialista em Educação Popular, Direitos Humanos e Movimentos Sociais (UESPI). Bacharel em Serviço Social (ICF). Integrante do Grupo de Estudos em Políticas de Seguridade Social e Serviço Social (GEPSS).

Iracilda Alves Braga

Professora do Curso de Serviço Social e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Piauí. Chefe do Departamento de Serviço Social da UFPI. Tutora do Programa de Educação Tutorial - PET SERVIÇO SOCIAL (UFPI). Graduada em Serviço Social pela Universidade Federal do Piauí (2000), Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí (2005) e Doutora em Serviço Social pela Universidade Federal de Pernambuco (2017). Líder do Grupo de Estudos em Políticas de Seguridade Social e Serviço Social (GEPSS).

RESUMO: O objeto de análise do artigo em questão é analisar a configuração

dos direitos sociais e políticas públicas destinados à população rural. Desenvolve-se em dois movimentos: primeiro, situa a discussão entre Estado e Políticas Públicas, relacionando-os com o sistema capitalista e a participação da sociedade civil na construção da proteção social brasileira; segundo, discorre sobre o lugar do rural no desenho das políticas públicas no Brasil, o qual é estrutural em sua essencialidade na produção agropecuária. Traz, ainda, uma reflexão sobre a necessidade de políticas efetivas voltadas para a transformação estrutural e cultural que contribua para a diminuição da relação dicotômica entre Urbano e Rural. É uma pesquisa bibliográfica com base no método crítico dialético o qual busca analisar as contradições importas pelo sistema capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais; Políticas Públicas; Território Rural.

CONFIGURATION OF PUBLIC POLICIES AND SOCIAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN RURAL ENVIRONMENT

ABSTRACT: The object of analysis of the article in question is to analyze the configuration of social rights and

public policies for the rural population. It develops in two movements: first, it situates the discussion between the State and Public Policies, relating them to the capitalist system and the participation of civil society in the construction of Brazilian social protection; second, it discusses the place of the rural in the design of public policies in Brazil, which is structural in its essentiality in agricultural production. It also brings a reflection on the need for effective policies aimed at structural and cultural transformation that contributes to the reduction of the dichotomous relationship between Urban and Rural. It is a bibliographical research based on the critical dialectic method which seeks to analyze the contradictions imposed by the capitalist system.

KEYWORDS: Social Rights; Public Policy; Rural Territory.

1 | INTRODUÇÃO

Os direitos sociais na sociedade brasileira fazem parte de um processo histórico acompanhado por controvérsias em seu processo de efetivação, sendo que, para a garantia desses direitos, o Estado perpassa por um processo de reestruturação imposto pelo modo de produção capitalista. Diante disso, é necessária a intervenção social por meio do processo participativo democrático em prol de políticas sociais efetivas direcionadas aos sujeitos de direitos.

A ampliação dos debates e das discussões sobre Estado e Políticas Públicas leva-nos a refletir sobre o motivo da intervenção do Estado na construção dos Direitos e das Políticas Públicas, no que diz respeito à garantia de proteção social aos sujeitos. A intervenção estatal tem como propósito evitar ou diminuir as vicissitudes sociais provocadas pelo sistema capitalista, tanto que os riscos sociais gerados pela relação de exploração e que influenciam a fragmentação da vida em coletividade apontam para a construção de uma proteção social que tem, na intervenção estatal, tal garantia.

O presente artigo tem como objetivo configurar os direitos e políticas públicos destinados à população rural tendo como embasamentos teóricos pesquisadores que buscaram compreender a dinâmica da relação entre as seguintes categorias; Capitalismo, Estado, Direito, Cidadania e Território Rural. Entre eles, Marshall (1967), Carvalho (2003) e Santos (1994), que discorrem sobre a construção e a intervenção do Estado para materialização dos Direitos e das Políticas Públicas; Mandel (1982) e Behring (2009), que tratam sobre capitalismo; Sant'Ana (2012) e Lustosa (2012), que enfatizam as políticas e particularidades dos espaços rurais, dentre outros.

A discussão se dá com vistas a responder à questão norteadora: qual o lugar do rural na configuração das políticas públicas?, propondo um diálogo com os autores citados. Em um primeiro momento, delineia-se a relação geral de Estado, Capitalismo, Direitos, Cidadania e sociedade civil e participação democrática de direito, elementos essenciais no processo de construção do Sistema de Proteção Social no país. Num segundo momento, apresenta-se o lugar do território rural perante as políticas públicas sociais, o qual se configura no mundo da agropecuária, por meio do agronegócio com a exploração capitalista

e da agricultura familiar sem perspectiva de mudança estrutural e cultural, sem objetivos de superação das desigualdades sociais e da pobreza que contribuem para a dicotomia entre Urbano e Rural.

Os embates de ideias realizadas têm como objetivo demonstrar que o espaço rural requer políticas para além do capital, pensadas na realidade das famílias que habitam as comunidades e com isso torná-lo um espaço que valoriza seus sujeitos de direitos e evita que saiam em busca de melhorias no meio Urbano.

2 I DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Para compreender a abordagem dos direitos e das políticas públicas no Brasil, deve-se reflete criticamente a importância de recorrer à visão dos clássicos e posteriormente articular suas ideias com a construção do Bem-Estar Social no país trabalhando com a visão de cidadania de Carvalho (2003) e Santos (1994) para tratar da perspectiva de proteção social sob a ótica da sociedade brasileira. Antes dos pensadores brasileiros, Marshal (1967), sociólogo inglês de matriz liberal, já tinha o conceito de cidadania no Século XX, na Inglaterra. Para o estudioso, a cidadania é constituída por três partes/elementos constituintes das esferas civil, política e social.

Quando Marshall (1967) pontua que o direito civil surgiu no século XVIII, identifica-o como indispensável para a economia de mercado, tendo a liberdade individual aos direitos políticos surgido no Século XIX. Os direitos políticos relacionam-se ao direito de participação política de votar e ser votado para contribuir com o processo de formação do Estado. Em se tratando dos direitos sociais, surgidos no Século XX, o autor destaca o direito de participação à riqueza social, o qual “se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade” (MARSHALL, 1967, p. 63-64). Analisando os direitos sociais nesse contexto, percebe-se que o cidadão precisa de serviços mínimos para a garantia do bem-estar social, que incluem educação, saúde, segurança, renda – serviços ofertados na amplitude estatal.

Observando os pensamentos de Marshall (1967), entende-se que a cidadania no Brasil não seguiu as mesmas diretrizes da Inglaterra do século XX, uma vez que essa configuração foi invertida, como afirmam as pesquisas de Carvalho (2003). Em uma sociedade marcada por contradições e heranças de governos escravocratas, autoritários, ditatoriais, a população brasileira, em sua maior parcela histórica, vivenciou, sem garantia de direitos civis, políticos e sociais, um tempo em que os direitos sociais na Inglaterra eram ofertados no viés de participação da riqueza da nação e os disponíveis aos brasileiros se configuraram na benemerência, sem nenhuma participação política da sociedade civil. Em seu estudo, o pesquisador deixa claro que, no Brasil, primeiro são garantidos os direitos civis e sociais, posteriormente os políticos, fator que contribuiu para o “comprometimento

de uma cidadania ativa" (CARVALHO, 2003, p. 110).

As intervenções do poder público brasileiro, direcionadas à garantia de direitos e à cidadania, constitucionamente, não são algo tão distante em tempo cronológico, porém, segundo Santos (1994), a primeira expressão que se pode citar como algo relevante a esse processo seria a Lei Eloy Chaves de 1923, direcionada aos trabalhadores do setor ferroviário. "Não se tratava de um direito de cidadania inerente a todos os membros de uma comunidade nacional, [...] mas de um compromisso a rigor privado entre os membros de uma empresa e seus proprietários" (SANTOS, 1994, p. 22), marco iniciar para o desenvolvimento da previdência social brasileira, nesse período aqueles que não possuíam relações de trabalho restavam a filantropia desenvolvida pela igreja católica e demais entidades filantrópicas, já na contemporaneidade aos idosos que não contribuíram com a previdência social e que tenham mais de 65 anos, sem renda recorrem a política de assistência social (BRASIL, 2005).

Esse entendimento é trabalhado por Santos (1994), ao tratar da cidadania como algo regulado pelo Estado, contrapondo-se à abordagem de igualdade de direito do cidadão pregada por Marshall (1967). Santos (1994) apresenta os direitos adquiridos pela sociedade brasileira como "estratégia de governo" para a manutenção do capital, ligando o *status social* à desigualdade social, pois, no Brasil, o lugar de cidadão na sociedade é denominado pelo processo de acumulação de capital. Nesse contexto, o cidadão seria aquele que estivesse ligado às atividades reconhecidas e definidas em lei como profissão, deixando à margem da pré-cidadania os demais membros da sociedade, dentre estes, os trabalhadores rurais.

Debater direitos no Brasil é primordial para compreender a necessidade de implementação de políticas públicas como um processo de luta pela sociedade e garantia de direitos aos cidadãos pelo Estado. Sendo assim, é pertinente discorrer sobre a visão de Estado e acerca da ligação que existe entre a efetivação das políticas públicas e o capital. Sabe-se que as ações do Estado em prol dos direitos adquiridos na sociedade são fruto de sua relação com a classe dominante, uma vez que o Estado desenvolveu "uma vasta maquinaria de manipulação ideológica para 'integrar' o trabalhador à sociedade tardia como consumidor, 'parceiro social' ou cidadão [...] procurava constantemente transformar qualquer rebelião em reforma [...]" (MANDEL, 1982, p. 341) buscando, assim, sempre intervir através do controle.

A discussão do papel do poder público em relação aos direitos sociais está presente na prestação de atividades que não são oferecidas pelo setor privado, haja vista que, na atual conjuntura, as atividades são oferecidas no viés de serviços essenciais. Percebe-se que esse mesmo Estado tenta de todas as formas proteger a sociedade capitalista dominante nas mais variadas perspectivas, através do Judiciário, das forças armadas e/ou do sistema penitenciário, contribuindo para que a ideologia dessa classe esteja sempre em evidência. Sendo assim, a classe trabalhadora não se permite visualizar a exploração de sua força de

trabalho e continua, no processo de dominação, sem poder de fala, acreditando que seria um processo inerente à vida em sociedade e que não possui possibilidades de mudanças (MANDEL, 1982). Essa visão esteve e continua presente em qualquer sociedade que possua o sistema capitalista como regulador das relações de trabalho.

Foi na relação de meritocracia que os direitos sociais no Brasil, de 1930 a 1970, se constituíram e consolidou-se institucionalmente o Estado de Bem-Estar, apresentando uma relação dicotómica com o universalismo e usando a seletividade em suas ações para alcançar os grupos particulares, sem levar em consideração a visão de que “Estado e sociedade civil compõem uma totalidade, donde não se pode pensar o Estado sem a sociedade civil e vice-versa” (BEHRING, 2009, p. 2). O Estado de Bem-Estar Social, conhecido também como *Welfare State*, é um sistema de gestão das políticas sociais que teve sua hegemonia nos países capitalistas pós-segunda Guerra Mundial com o intuito de responder aos anseios da sociedade e aos interesses do capital (ESPING-ANDERSEN, 1991).

Essa metodologia de se proporem políticas públicas sociais sucedeu-se em 3 (três) características distintas, cada uma liderada por países diferentes. Em se tratando dos modelos de *Welfare State*, Esping-Andersen (1991) destaca o liberal, o conservador e o social-democrata. No modelo liberal, adotado nos Estados Unidos, no Canadá e na Austrália, o bem-estar era voltado principalmente para aqueles que ocupavam um lugar no mercado de trabalho, oferecendo apenas o mínimo. No modelo conservador, adotado na Alemanha, na França e no Japão, a ação protetiva do Estado estava ligada aos regimes corporativos influenciados pela igreja e comprometidos com a vocação da tradição familiar. Essa ação é ligada à classe e ao *status*, portanto seu impacto, em termos de distribuição, é desprezível. Nele, a estratificação do sistema de proteção social é alta e a desmercadorização é baixa.

Já no modelo social-democrata, representado pelos países escandinavos, Dinamarca, Suécia e Noruega, a intencionalidade dos direitos do cidadão era diferenciada dos demais modelos, pois foi pregado no âmbito da universalidade, tentando uma mobilidade social através do “seguro-desemprego, igualdade e erradicação da pobreza” (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 95). O Brasil tentou trabalhar nessa mesma linhagem, porém, como já citado, o país não avançou; foi necessária a intervenção da sociedade civil com as lutas sociais democráticas para a consolidação do sistema de proteção social no país por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para Dagnino (2004) e Draibe (1989), após o processo de luta e conquista da CF/1988, o poder público foi obrigado a trabalhar com o viés da garantia de direitos em vez do favoritismo, instalando um Estado com garantias sociais, em meio a um modelo fragmentado e seletivo de proteção social.

Na atual conjuntura, a população conta com um sistema de proteção social voltado para a universalização da saúde e educação, com políticas sociais focalizadas, direcionadas a diversos segmentos sociais que buscam responder às mais diversas

expressões da questão social. Apesar das conquistas de direitos com a presença de uma legislação, a política social brasileira ainda requer avanços significativos, desenvolvendo políticas públicas efetivas que contribuam com mudanças estruturais e culturais, tendo como exemplo a realidade das comunidades e trabalhadores rurais, os quais contam com políticas públicas direcionadas à exploração da mão de obra e de programas que estimulam a competitividade buscando responder aos anseios do sistema capitalista e excluindo aqueles que não possuem características distintas.

3 I DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO RURA: A PESPECTIVA BRASILEIRA

O conceito de território é uma discussão presente nas mais diversas ciências, sendo que cada área de conhecimento atrela sua denominação (SCHNEIDER, 2009). No referido estudo, a abordagem de território ultrapassa os limites geográficos, pois, ao trabalhar com políticas públicas, é necessário levar em consideração as múltiplas facetas da questão social, que, por sua vez, se apresenta através das “disparidades econômicas, políticas e culturais das classes sociais, mediadas por relações de gênero, características étnico-raciais e formações regionais” (IAMAMOTO, 2001, p. 17). Sendo assim, o estudo se assenta na abordagem de que o território é um espaço composto por contradições e relações sociais.

A pesquisa em questão tem como cena o território rural que, por vezes, nos olhares de Sant’Ana (2014), ao tratar de políticas públicas nesse contexto, visualiza a precarização nos direitos sociais dos indivíduos das comunidades rurais, sendo que a maior parcela desse espaço é voltada à produção agrícola, ao acúmulo de capital representado pelas grandes empresas nacionais e transnacionais. A “[...] agricultura empresarial, que apenas concentra a terra, explora todo o seu vigor e depois vai embora” (BARBOSA, 2011, p. 10), não oportunizando melhores condições de vida à população rural, excluindo os trabalhadores rurais do processo de trabalho, uma vez que as atividades do agronegócio, em sua maior parcela, são desenvolvidas por maquinarias. “Assentado nessa lógica, o crescimento na agricultura trouxe poucas contribuições para redução da pobreza rural”. (PEDROSO, 2017, p. 50).

É na perspectiva de obter respostas à situação de pobreza que as famílias das comunidades rurais vão ao encontro das políticas sociais, seja qual for sua situação de vulnerabilidade social, uma vez que “o trabalhador rural assalariado é o principal usuário da política de assistência, seja na condição de migrante que não conseguiu trabalho, [...] seja na condição de trabalhador [...] que não está conseguindo por meio do trabalho garantir sua reprodução social [...]”. (SANT’ANA, 2012, p. 154). O problema da pobreza no campo já faz parte da história do Brasil, devido à ausência de infraestrutura das mais variadas políticas sociais que proporcionem melhores condições de vida à população rural, que

contribuam com o desenvolvimento educacional, renda, segurança e assim por diante. Neste sentido, para Pedroso (2017, p. 51), “a pobreza no campo é um fenômeno resultante do agrupamento de diferentes causas que geram sua manutenção e impedem o acesso às condições que possibilitaram sua superação”.

Ao tratar da intervenção do Estado, através de políticas públicas destinadas à população rural, as pesquisas apontam que essas políticas estão mais voltadas ao desenvolvimento da agricultura familiar e primordialmente à produção agrícola, lembrando que, “no atual contexto, são as relações capitalistas que dão a formatação ao modelo de desenvolvimento agrário, embora alguns conflitos éticos e culturais extravasem o âmbito específico das relações capital/trabalho” (SANT’ANA, 2012, p. 153).

Essas intervenções estatais não são pensadas na perspectiva de contribuir com o desenvolvimento agrário desse espaço para sua população e sim na visão de “reafirmar um reformismo agrário ‘conservador’, pelo qual não se questionam um dos seus fundamentos centrais da sociedade burguesa, a propriedade privada da terra” (LUSTOSA, 2012, p. 48), negando o direito à terra, o direito de a população rural trabalhar no seu “pedaço” de chão adequado às suas necessidades de trabalho, contribuindo, assim, com a visão imposta pela sociedade dominante e polarizando ainda mais as desigualdades sociais existentes entre campo e cidade.

Nesse sentido, entende-se que o lugar do rural na configuração das políticas públicas está voltado para a exploração da mão de obra da população, na exploração do uso da terra, no acúmulo de capital pelo agronegócio e não nas políticas direcionadas aos sujeitos de direitos dessas localidades, negando-se os direitos apontados por Marshall (1967). É importante destacar que os diversos programas destinados ao espaço rural, dentre estes o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF) com seus respectivos subprogramas, estão direcionados ao capital e não ao desenvolvimento e superação da pobreza das comunidades, pois as propostas “[...] beneficiam os que detêm poder de decisão sobre as condições necessárias para aproveitar as oportunidades” (GEHLEN, 2004, p. 96).

As propostas governamentais direcionadas ao espaço rural devem buscar contribuir com garantias de melhorias para além da agricultura, que contribuam com a permanência dos indivíduos em seu espaço de origem, através de políticas públicas eficientes que respondam às demandas das famílias rurais: infraestrutura, ações voltadas para nutrição, educação, saúde, buscando responder às perspectivas apresentadas a esse espaço sejam elas no âmbito do setor privado e/ou social (GEHLEN, 2004; LUSTOSA, 2012; GAMEIRO; MARTINS, 2018).

Além disso, para apresentar alternativas que estejam voltadas para minorar as desigualdades, devem-se trabalhar políticas estruturais e culturais valorizando a realidade das comunidades, pois “Um novo olhar sobre o rural complexificado resgata o cidadão crescentemente participativo não só nas suas questões (local), mas também nas nacionais

e internacionais, e em processo de diferenciação e profissionalização" (GEHLEN, 2004, p. 96).

Pensar em políticas públicas emancipatórias que de fato consigam atingir os objetivos propostos seria um avanço significativo para a superação da situação de pobreza e desigualdades sociais nas comunidades rurais e certamente não seriam necessárias "políticas sociais compensatórias, recomendadas para situações emergenciais e de risco ou de superação de legados históricos específicos, como, por exemplo, incluir segmentos sociais não contemplados historicamente pelas políticas de desenvolvimento" (GEHLEN, 2004, p. 95).

A realidade da Política de Assistência Social, que apesar de constituir, em sua maior parcela, beneficiários indivíduos dos territórios rurais, não possui, em suas premissas, ações direcionadas a esse contingente populacional deixando-o aos critérios de sua equipe profissional que, por sua vez, deve buscar adotar estratégias diferenciadas para superar o princípio da homogeneidade apresentado pela política. Para Sant'Ana (2014), por diversas vezes, esses profissionais não possuem de fato leitura suficiente da realidade desse público, sem correlacionar os fatores ligados as desigualdade nas comunidade rurais com as particularidades advindas da questão social.

Quando se volta ao debate de políticas público e direito social para os sujeitos que estão presentes nesse contexto social, e correlaciona-os com os autores que pesquisam sobre essa categoria, observa-se que a proteção social preconizada no âmbito da Política de Assistência Social é ausente em sua amplitude das famílias desse território. Isso se dá, porque não há efetivação de direitos sem a presença de equipamentos públicos nesses espaços, sejam eles de Assistência Social ou de qualquer outra política de direito. Sendo assim, o território rural, como espaço de convívio familiar e acesso a direitos sociais, possui uma gama de deficiências devido à ausência do Estado com seus respectivos serviços (BEHRING, 2009).

Com base nos conhecimentos de Behring (2009), as políticas sociais ofertadas às famílias e indivíduos brasileiros. Sejam elas, residentes nos territórios, rurais e/ou urbanos, possuem diretrizes neoliberais, as quais não trabalham na visão da superação da situação de vulnerabilidade social de seu público, e, sim, com uma visão paternalista do Estado mínimo, onde os serviços públicos perdem a visão de direito da sociedade e obrigatoriedade do Estado podendo ser ofertados no viés de serviços essenciais disponíveis nas mais diversas instituições privadas.

4 | CONCLUSÃO

A discussão aqui proposta chama a atenção para a comparação de pontos importantes dos autores por meio dos quais se buscou analisar qual a forma de intervenção do Estado para a materialização do direito social e das políticas públicas com enfoque para

o território rural. Percebeu-se que a intervenção do Estado por meio da implementação de políticas públicas é uma forma de solucionar as situações de vulnerabilidade e risco social na conjuntura do capitalismo, porém é interessante destacar que houve soluções de governo e de formas de intervenção em tempos distintos.

O estudo se propõe contribuir com as particularidades do contexto brasileiro com cenas da realidade do território rural das famílias e trabalhadores dessa região. Na atual conjuntura sócio-histórica, as análises desenvolvidas no estudo são importantes para se pensar o direito legítimo à cidadania contra a dominação capitalista efetuada através dos princípios de controle da ação estatal, buscando trabalhar no viés de garantia de direitos promulgada pelo Estado para responder às demandas da população. Além disso, pode-se também deduzir que o debate sobre as políticas públicas na cena rural ainda se constitui em programas e projetos voltados para o desenvolvimento do agronegócio.

O diálogo aqui proposto se deu no sentido de contribuir para melhor compreensão do lugar do rural na configuração das políticas públicas fazendo isso a partir da discussão entre direitos sociais e políticas públicas universais e buscando entender o porquê de as famílias e os trabalhadores das comunidades rurais não serem percebidos além do agronegócio e da agricultura familiar. Percebe-se que é preciso trabalhar a visão de políticas públicas efetivas que contribuam com a mudança estrutural e cultural desse segmento social através de programas e projetos que valorizem e incluam todos com ou sem habilidades distintas, buscando a superação da situação de pobreza vivenciada pela população rural.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Thiago Michelini. **A cidade e a roça: semeando agroecologia.** Rio de Janeiro: AS-PTA, 2011. Disponível em: <https://mst.org.br/biblioteca-da-questao-agraria/?tipo=Cartilha>. Acesso em: 06 abr. 2022

BEHRING, Elaine Rossetti. As novas configurações do Estado e da Sociedade Civil no contexto da crise do capital. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais.** Brasília: CFESS, 2009.

BRASIL. **Política de Assistência Social – PNAS/ 2004.** Brasília, 2005.

CARVALHO, José M de. **Cidadania no Brasil.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DAGNINO, Evelina. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. **Política & Sociedade**, n. 05, p.139-164, out. 2004.

DRAIBE, Sonia Miriam. O “Welfare State” no Brasil: características e perspectivas. **Ciências Sociais Hoje**, 1989. São Paulo: ANPOCS; Vértice, p. 13-59, 1989.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. **Lua Nova**, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set.1991.

GAMEIRO, Mariana Bombo Perozzi e MARTINS, Rodrigo Constante. **O desenvolvimento rural sob regime de verdade**: o discurso do Banco Mundial. In: Revista Sociedade e Estado – Volume 33, n 1, p. 15-39, abr. 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/se/a/H5RRBnTcjLQfvp9c8mrDFLw/?lang=pt>>. Acessado em: 15 de Abr de 2022.

GEHLEN, Ivaldo. Políticas públicas e desenvolvimento social rural. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 2, p. 95-103, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/fC3c7q6pWCFJdWTtdjgZTRs/?lang=pt>. Acesso em: 14 abr. 2022.

IAMAMOTO, Marilda Villela. A Questão Social no Capitalismo. In: Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social. **Revista Temporalis**. n. 3. Brasília: UNB, 2001.

LUSTOSA, Maria das Graças Osório P. **Reforma agrária à brasileira**: política social e pobreza. São Paulo: Cortez, 2012.

MANDEL, E. **O capitalismo tardio**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

PEDROSO, Gustavo Lopes. **Pobreza Rural e Políticas Públicas**: Uma análise sobre a Estratégia de Enfrentamento da Pobreza no Campo no estado de Minas Gerais. Minas Gerais: EJP, 2017. Disponível em: <http://monografias.fjjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/2433/1/Pobreza%20Rural%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABblicas%20_%20Uma%20an%C3%A1lise%20sobre%20a%20Estrat%C3%A9gia%20de%20Enfrentamento%20da%20Pobreza%20no%20Campo%20no%20estado%20de%20Minas%20Gerais.pdf>. Acessado em: 03 de Abr de 2022.

SANT'ANA, Raquel Santos. **Trabalho Brutal no Canavial**: questão agrária, assistência e Serviço Social realidade rural. São Paulo: Cortez, 2012.

SANT'ANA, Raquel Santos. Trabalho e desenvolvimento: a realidade rural e a questão social. In: **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 120, p. 723-745, 2014.

SANTOS, Wanderlei Guilherme dos. **Cidadania e justiça**: a política social na ordem brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

SCHNEIDER, S. Território, Ruralidade e Desenvolvimento. In: VELÁSQUEZ LOZANO, Fábio; MEDINA, Juan Guillermo Ferro (Org.). **Las Configuraciones de los Territorios Rurales en el Siglo XXI**. 1. ed. Bogotá/Colombia: Editorial Pontifícia Universidad Javeriana, 2009, v. 1, p. 67-108. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/pgdr/wp-content/uploads/2021/12/726.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O DIREITO AMBIENTAL

Data de aceite: 01/09/2023

Fernanda Aparecida Astolphi Ribeiro

**THE PRINCIPLE OF
INSIGNIFICANCE AND
ENVIRONMENTAL LAW**

RESUMO: O artigo analisa o princípio da insignificância, e seus fundamentos, aplicado aos delitos ambientais. Nesse sentido, a partir de uma conceituação de bem jurídico-penal, e da origem do princípio em questão, sua natureza jurídica, conceituação e requisitos, discute-se acerca da proteção constitucional dispensada ao meio ambiente na Carta Magna de 1988, bem como na legislação penal ambiental que surgiu após a CF/88. Tendo isso em consideração, o objetivo do artigo é compreender as divergências entre os estudiosos e operadores do direito quanto à possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância em crimes de natureza ambiental, elencando, para tanto, o posicionamento e a argumentação presente na doutrina, bem como na jurisprudência dos principais tribunais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Insignificância; Meio Ambiente; Crimes Ambientais.

ABSTRACT: The article analyzes the principle of insignificance, and its foundations, applied to environmental crimes. In this sense, from a conceptualization of criminal-legal good, and the origin of the principle in question, its legal nature, conceptualization and requirements, it is discussed about the constitutional protection given to the environment in the Magna Carta of 1988, as well as in the environmental criminal legislation that emerged after CF/88. Taking this into account, the objective of the article is to understand the divergences between scholars and operators of law regarding the possibility of applying the Principle of Insignificance in crimes of an environmental nature, listing, for this purpose, the position and arguments present in the doctrine, as well as in the jurisprudence of the main national courts.

KEYWORDS: Principle of Insignificance; Environment; Environmental Crimes.

1 | INTRODUÇÃO

Hodiernamente, há uma busca

incessante por cuidados e defesa ao meio ambiente, resultado da preocupação com o crescimento industrial desenfreado pós-revolução industrial.

Essa preocupação refletiu, e não poderia ser diferente, nas legislações contemporâneas. No Brasil, o maior progresso com relação à proteção ambiental se deu com a Constituição Federal de 1988, que de forma completa e inovadora dispensou em seu texto um capítulo todo ao assunto, ao tratar desse bem como direito transgeracional, além de deixar explícito em seu artigo 225, § 3º, uma autorização ao legislador infraconstitucional para editar normas de prevenção e repreensão aos agentes que lesionarem o meio ambiente, denominado de “Mandado Expresso de Criminalização”.

Como consequência desse tratamento constitucional, em 1998 foi publicada a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998), texto normativo em que são definidas condutas consideradas lesivas ao bem jurídico meio ambiente, e por essa razão lhe são cominadas sanções administrativas e/ou penais.

Referida lei foi outro grande avanço no campo do Direito Ambiental, pois ao obedecer ao mandado expresso de criminalização, editado pelo constituinte, o legislador infraconstitucional buscou exercer, de maneira efetiva, a tutela penal necessária à proteção ambiental. No mais, ressalte-se que até então as legislações penais de guarda ao meio ambiente consistiam em leis esparsas e de pouco conteúdo de Direito Penal.

A despeito de tratar-se de lei com conteúdo penal, a Lei n. 9.605/1998 abrange muito conteúdo administrativo, e por ser o bem jurídico em questão o meio ambiente, abarca também outros ramos da ciência, principalmente na área biológica, além disso, tem-se ainda em foco um bem jurídico extremamente relevante à sociedade, essencial à vida no Planeta. Todos os aspectos conferidos ao bem jurídico ambiental tornam complexa a atuação tanto do legislador como do operador da lei penal, tendo em vista a importância da sua atuação.

Ao legislar ou atuar na área do Direito Penal Ambiental cabe ao operador jurídico aplicar, no que couber, os institutos e princípios de Direito Penal. No entanto, deve sempre respeitar e ter em mente a posição e características do bem que está em foco, qual seja, o meio ambiente. A essência do bem jurídico em tela deve ser observada, não bastando ao operador analisar a adequação ou não da conduta de forma unilateral.

Assim, em que pese a posição que o Princípio da Insignificância ocupa hoje na seara penal, a sua aplicabilidade no que concerne aos delitos ambientais requer cuidados maiores, por se tratar do bem jurídico-penal meio ambiente, com características que o diferem de outros bens salvaguardados pelo Direito Penal, de modo que tanto as condutas típicas quanto as lesões jurídicas delas consequentes possuem aspectos ímpares.

Diante do exposto, o artigo tem por escopo demonstrar que pairam divergências doutrinária quanto à possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância, princípio de Direito Penal, aos delitos de natureza ambiental, considerando a natureza do bem, seus aspectos e sua relevância para a coletividade.

2 | CONCEITO E ORIGEM DO PRÍNCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O legislador penal, na busca pela proteção dos bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, ao legislar com o objetivo de proteger o maior número possível de bens, acaba, certas vezes, por criar tipos penais abstratos e indeterminados, e assim um grande número de ações ou omissões passíveis de sanções penais.

Perante tal imperfeição legislativa, o arcabouço jurídico penal suga para si condutas absolutamente desnecessárias do merecimento da sanção penal, mas que se enquadram perfeitamente na descrição formal do tipo penal¹, quando na realidade deveriam ser excluídas do âmbito de aplicação da lei criminal, já que esta deve se preocupar apenas com as condutas que de fato atentem contra bens jurídico-penais.

Diante desse contexto perturbador, Claus Roxin, por volta de 1964, foi quem formulou a Teoria do Príncípio da Insignificância tal qual a conhecida contemporaneamente.

Ainda que formulada por Roxin, cabe trazer à baila que no Direito Romano já existia resquícios do que conhecemos hoje como princípio da insignificância, como mostra o brocado romanístico *minima non curat praetor*, que significa “o magistrado deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis”.

Convém, no entanto, ressaltar que em 1903, Franz Von Liszt, discorreu sobre a hipertrofia pela qual passava o Direito Penal da época, indagando diante da sociedade sobre a possibilidade e oportunidade em restaurar-se a máxima *minima non curat praetor*, como forma de frear a excessiva, e por vezes desnecessária, aplicação da lei penal.

Não há divergências entre a doutrina e a jurisprudência pátrias ao classificar a insignificância como princípio jurídico do direito penal, ainda que não exista nenhum dispositivo legal que disponha expressamente sobre tal princípio.

Contemporaneamente já está consolidada entre os juristas a concepção de que o Direito não se exaure no texto escrito, e que princípios podem existir ainda que não estejam legislados, como é o caso do princípio da insignificância. No entanto, para ser um princípio válido no nosso ordenamento jurídico, a insignificância passou pelo reconhecimento constitucional, que só foi possível devido à existência da norma constitucional prevista no artigo 5º, § 2º da CF/88, conhecida como cláusula de reserva, que preceitua:

[...] Os direitos expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte (BRASIL, 2023a).

A retomencionada cláusula possui tal denominação, pois é a norma constitucional que dá margem para a entrada no nosso ordenamento jurídico de princípios implícitos, sem que estejam delineados formalmente por lei.

1 Vale lembrar, que para alguns autores, cite-se Zaffaroni, ao definir a tipicidade penal denomina o conceito de “tipicidade conglobante”, onde a tipicidade resulta da somatória da tipicidade formal e tipicidade material. A primeira consiste na perfeita adequação do fato à letra da lei, enquanto que para aferição da segunda se faz necessária a análise de dois juízos distintos, quais sejam, de desaprovação da conduta e de desaprovação do resultado jurídico.

O princípio da insignificância deriva de construção doutrinária e jurisprudencial, de modo que não possui um conceito descrito e expresso em um dispositivo legal, fato este que por bom período foi óbice para sua aceitação.

As barreiras que o aplicador da lei penal colocava a frente da aplicação do princípio da insignificância, devido este não se encontrar expresso em nenhuma norma, já não encontra mais fundamento, pois cumpre ao estudioso da ciência jurídica reconhecer que o Direito não se esgota no texto legal, haja vista que vários princípios implícitos hoje se mostram usualmente aplicáveis em nosso ordenamento jurídico.

Diante da ausência de norma que regule o tema, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência fixar critérios para delimitar e conceituar Princípio da Insignificância em matéria penal. Vejam-se alguns conceitos ensinados pela doutrina.

Vico Mañas, citado por Silva (2011), ensina que:

[...] O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal (SILVA, 2011, p.100).

A jurisprudência pátria caminhou no mesmo sentido que a doutrina para conceituar o princípio estudado. Cabe trazer à colação o seguinte julgado:

[...] O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.

- O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. (...) (HC 98.152/ MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, DJe 5.6.2009)"

Por derradeiro, todas as conceituações aqui demonstradas, entre outras tantas, seguem em sua maioria a mesma linha de raciocínio, ao conceber o princípio da insignificância como um princípio do direito penal que estabelece que as lesões insignificantes, mínimas, pequenas deverão ser desconsideradas, não caracterizando crime e gerando a atipicidade do fato.

Vale notar que o princípio em tela se mostra mais como um método de política criminal, uma vez que surgiu como uma resposta ao reclamo social diante do excesso de utilização do Direito Penal como meio de repressão.

O Direito Penal deve, sim, repreender e sancionar os agentes que incidem nas

condutas tipificadas pela lei penal. Entretanto, ele deve se impor somente àquelas condutas que necessariamente reclamem pela sua sanção, aquelas condutas que afrontem, que concretamente lesionem ou exponham a perigo bem jurídico tutelado pela norma criminal.

Numa mais detida análise dos conceitos estudados até aqui, acerca do princípio em questão, não restam dúvidas, senão que sua finalidade precípua está em evitar que o aplicador da lei penal seja positivista ao ponto de causar injustiças.

Nesse sentido, vale conferir as palavras de Silva (2011):

Assim, a função do Princípio da Insignificância consiste em servir de instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, tomando-o como possuidor de um conteúdo material, para excluir do âmbito da lei penal condutas formalmente típicas que, em face de sua escassa lesividade, não demonstram relevância jurídica para o Direito Penal (SILVA, 2011, p.117).

3 I FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Estudar o fundamento jurídico de dado instituto constitui em pesquisar a razão de ser e, por conseguinte, a posição que ocupa dentro do ordenamento jurídico.

A insignificância, constituindo-se em um princípio, tem seus fundamentos senão em outros princípios de Direito Penal, assim reconhecidos dentro do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

São três os principais princípios de Direito Penal que fundamentam o princípio da insignificância, que são: o princípio da proporcionalidade, intervenção mínima e fragmentariedade.

O princípio da proporcionalidade consiste em um pressuposto de Direito Penal que visa a coibir que a lei penal seja aplicada em excesso, que sejam impostas sanções acima das adequadas, desnecessárias.

Referido princípio se faz de extrema importância no Direito Penal, porque deve ser observado tanto pelo legislador no momento de elaborar a lei penal, para que haja a devida adequação entre a conduta descrita no tipo legal e a sanção a lhe ser imposta, como pelo aplicador da lei criminal que ao cominar a sanção deve estabelecer-la observando as circunstâncias do caso concreto, de modo que seja proporcional a conduta perpetrada pelo agente.

Realizar o juízo de proporcionalidade evita que ocorram injustiças por parte do legislador ou aplicador da lei penal, e evita a aplicação de penas absolutamente desproporcionais ao fato praticado pelo agente.

A proporcionalidade é supedâneo para a teoria da insignificância exatamente no que diz respeito a esse juízo de aferição de proporcionalidade, já que ele também acontece para que ocorra a aplicação do princípio da insignificância.

Serão consideradas insignificantes as lesões ínfimas ao bem jurídico, de modo que

a aplicação da lei criminal seria flagrantemente desproporcional.

Assim assevera Silva (2011):

[...] Em sede da teoria da insignificância em matéria penal, o Princípio da Proporcionalidade serve de fundamento ao Princípio da Insignificância, já que este o realiza concretamente quando incide sobre as condutas penalmente insignificantes para excluí-las do âmbito do Direito Penal em razão de haver desproporcionalidade entre o fato praticado e a resposta penal a essa prática (SILVA, 2011, p.135).

No mesmo sentido, citado por Silva (2001), preleciona Odone Sanguiné:

[...] O fundamento do princípio da insignificância está na idéia de 'proporcionalidade' que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste nenhuma razão para o *pathos* ético da pena. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato (SILVA, 2011, p.135).

Assim, conclui-se que o operador do direito penal, ao aplicar a teoria da insignificância deve preliminarmente realizar um juízo sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Já o princípio da intervenção mínima, também denominado por alguns autores como princípio da subsidiariedade, atribui ao Direito Penal a característica de *ultima ratio* (última razão), ou seja, só atuará quando os demais ramos do direito já não se mostrarem suficientes, haja vista que a sanção penal sobre o indivíduo produz efeitos extremamente gravosos.

O referido princípio fundamenta a teoria da insignificância, pois que se trata de princípio de política criminal, que restringe o uso excessivo do *jus puniendi* estatal, para as condutas que gerando lesões ínfimas não careçam da aplicação da sanção penal.

4 I REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Da mesma forma que por muito tempo houve discussão quanto à conceituação desse instituto, ocorreu para que houvesse uma análise quanto aos requisitos necessários para sua aplicação, e tal se deve ao fato de que a teoria da insignificância trata de construção jurisprudencial e doutrinária, sem dispositivo legal que a regule.

Logo, a delimitação quanto aos requisitos válidos, critérios ao menos razoáveis, para a aplicação do princípio da insignificância também restou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Num primeiro momento houve grande rejeição por parte dos operadores do direito para que passassem a aplicar a insignificância, sob alegação de que geraria verdadeira insegurança jurídica, haja vista a fixação vaga e falta de clareza objetiva dos critérios de aplicação, mas hoje tal aversão já foi em parte superada. Veja-se, a respeito, as palavras de Odone Sanguiné, citado por Silva (2011):

[...] Certamente que um conceito indeterminado ou vago pode implicar em risco para a segurança jurídica. Porém, a doutrina e a própria práxis jurisprudencial têm sabido encontrar os índices e critérios delimitadores através de uma reconstrução dogmática, dentro dos limites categoriais do crime de bagatela, contra toda a tentação de empirismo ou de lógica do 'caso a caso (SILVA, 2011, 154).

A doutrina majoritária formulou uma teoria, pela qual se entende que para que a conduta do agente possa ser considerada insignificante deve ser analisada sobre dois prismas, que são os índices de desvalor da ação e de desvalor do resultado, produtos da concepção pessoal do injusto trazida pelo finalismo.

Nessa linha de entendimento, salutar reproduzir o entendimento de Silva (2011):

[...] De nossa parte, entendemos que para reconhecer a conduta típica penalmente insignificante deve ser empregado o modelo clássico de determinação, realizando-se, assim, uma avaliação dos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado da conduta realizada, para se aferir o grau quantitativo-qualitativo de sua lesividade em relação ao bem jurídico atacado. Com efeito, é a avaliação da concretização dos elementos da conduta realizada que indicará a sua significância – ou insignificância – jurídica para o Direito Penal (SILVA, 2011, p.156-157).

Visando a uma maior segurança jurídica, e acompanhando o que já vinha sido concebido pela doutrina e jurisprudência pátrias, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Habeas Corpus nº 84412/SP, estabeleceu critérios objetivos para aplicação do princípio da insignificância em cada caso concreto, são eles i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) nenhuma periculosidade social da ação; iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Importante ao estudo, transcrever a ementa da retromencionada:

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. (...) O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (84412 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 18/10/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005,

Analisando tais critérios podemos constatar que os dois primeiros fazem referência ao desvalor da ação, o terceiro faz alusão à magnitude da culpabilidade, enquanto que o último diz respeito ao desvalor do resultado. Grande questionamento surgiu na doutrina após a fixação dos critérios acima expostos, no que concerne a sua aplicação cumulativamente ou separados. A doutrina ainda diverge sobre isso.

5 I MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO QUE REQUER TUTELA

Em âmbito global, a primeira grande conferência para tratar sobre o meio ambiente foi em 1972 em Estocolmo na Suécia, lá surgiram os primeiros grandes princípios norteadores da ciência de proteção ambiental, que passariam a influenciar todo o mundo, fazendo surgir uma preocupação mais concreta no que concerne à necessidade de pensar e aplicar meios que fomentem a sustentabilidade ambiental do Planeta.

Entre os princípios reconhecidos na Declaração de Princípios de Estocolmo, há que se destacar que a partir de então passou a considerar-se o meio ambiente não apenas como um direito fundamental de todo ser humano, mas também como um direito transgeracional, ou seja, um direito não só da presente geração, mas que deve também ser preservado para as futuras gerações. Nesse sentido a professora Padilha (2010):

[...] A DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS da Conferência de Estocolmo proclama, pela primeira vez, desde as primeiras cartas de direitos oriundas das Revoluções Burguesas, o reconhecimento de que, dentre os direitos fundamentais do homem, além da liberdade e igualdade, se encontra, também, o direito a adequadas condições de vida num meio ambiente cuja qualidade lhe permita uma vida de dignidade e bem-estar. Ressalta, ademais, que o reconhecimento desse tal direito implica a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, não só para as presentes, mas também para as futuras gerações. Trata-se, portanto, de um direito não só fundamental mas também geracional, pois aqueles que ainda não nasceram possuem igual direito à preservação dos recursos naturais da terra (PADILHA, 2010, p. 52).

Após a Conferência de Estocolmo, no contexto mundial, surgiu a necessidade imediata de conscientização ambiental, o que gerou um reflexo nas Constituições da época, que diferente das anteriores, passaram a tratar do meio ambiente como um bem jurídico carente de cuidados, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido os ensinamentos de Prado (2009):

[...] Todavia, data de época recente o reconhecimento da importância da conservação do ambiente. Como meio natural dos seres vivos, o interesse por sua garantia provém do momento em que o homem se vê compelido a salvaguardar bens raros (PRADO, 2009, p.64).

Esse contexto se deve, principalmente, às grandes inovações trazidas pelas revoluções industriais e tecnológicas da época, em que o homem passou a utilizar

desenfreadamente dos bens naturais, que por sua vez são finitos, e esse mesmo homem, quando se viu diante de uma iminente escassez desses bens, caso não passasse a utilizá-lo de forma racional e sustentável. Nesse momento, surgiu, na consciência mundial, a necessidade de se desenvolver nos países uma política de proteção, melhora e restauração ambiental.

6 I A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1988, comparada às Constituições anteriores do Brasil, trouxe importante inovação na proteção ao meio ambiente, ouse-se em dizer que a inovação tenha sido justamente a ampla proteção dispensada ao meio ambiente, já que até então nenhuma Constituição havia tratado o meio ambiente como bem jurídico de tão relevante valor à sociedade.

Dessa forma a Carta Magna de 1988 é um marco histórico no que diz respeito ao tratamento do Direito Ambiental brasileiro, pois de forma pioneira dedicou em seu texto todo um capítulo para o meio ambiente. Veja-se a lição de Padilha (2010) acerca do tema.

[...] O passo decisivo para a sistematização do Direito Ambiental Constitucional brasileiro foi realmente dado pela Constituição Brasileira de 1988, que, além de fazer referências explícitas e diretas em várias partes do texto constitucional, impõe deveres ao Estado e à sociedade, com relação ao meio ambiente, dedicou-lhe um capítulo próprio (Capítulo VI) dentro da Ordem Social (Título VIII) (PADILHA, 2010, p. 156).

O alicerce de toda essa proteção vem inscrito no artigo 225 da Constituição Federal, que dispõe:

[...] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Da análise do supracitado artigo, pode-se, com clareza, afirmar que a Constituição Brasileira, ao proclamar de forma explícita o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, sendo este um direito não só das presentes, mas também das futuras gerações, mostra que trouxe consigo as raízes principiológicas estabelecidas na Conferência de Estocolmo, principalmente no que se refere à característica de direito transgeracional.

Pela primeira vez, o legislador constituinte proclamou na Carta Magna meios de proteção ao meio ambiente, isso por estar dentro de todo um contexto internacional, em que se fez necessária a afirmação de um meio ambiente como bem comum, e a necessidade perene de cuidados e proteção.

As considerações de Prado (2009, p.71): “A intenção do legislador constituinte brasileiro foi dar uma resposta ampla à grave e complexa questão ambiental, como requisito

indispensável para garantir a todos uma qualidade de vida digna”.

O texto constitucional, ainda ao consignar o meio ambiente como um direito de todos, o erigiu a ordem de direito “supraindividual”, concebido dessa forma, por tratar-se de direito difuso e coletivo, para além da dimensão, entendido assim pois é bem de titularidade de toda a humanidade e não direcionado a qualquer indivíduo específico, e por este motivo está entre os chamados direitos de *terceira dimensão*².

Com efeito, o constituinte, no artigo 225, § 3º da Constituição (“§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”), disciplinou de forma direta e explícita, que ficaria sob a responsabilidade do legislador infraconstitucional legislar no campo do Direito Penal, criando normas não só prevenção, mas também de repreensão a agressões injustas ao meio ambiente.

Tal característica é denominada de “Mandado Expresso de Criminalização”, pois em que pese o caráter subsidiário e de *ultimo ratio* do Direito Penal, esse mandado é uma forma que o constituinte encontrou não apenas de impor ao legislador infraconstitucional a edição de normas, mas também de consolidar o meio ambiente como um bem efetivamente, e para não restar dúvidas, da ordem dos bens jurídico-penais, em um mundo onde outros tantos bens de valores inferiores já se consolidaram no campo do Direito Penal. Cabendo assim, ao legislador, amparado na Constituição definir de modo taxativo e aplicar a devida sanção às condutas que causem lesão ou exponham à lesão o bem jurídico meio ambiente.

Adequado se faz analisar os ensinamentos de Prado (2009):

[...] Afinal, a partir dessa exigência constitucional, impende ao legislador ordinário construir um verdadeiro sistema normativo penal que defina, de modo certo e taxativo, as condutas puníveis e respectivas penas, em harmonia com os princípios constitucionais penais, como estrutura jurídica mínima, para dar cumprimento ao estatuído na Constituição Federal (PRADO, 2009, p.76).

7 | LEI N° 9.605 DE 1998 (LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS)

A Lei dos crimes ambientais data de 12 de fevereiro de 1998, e como se observa, trata-se de lei pós-constitucional, e de outro modo não poderia ser, pois tal norma surgiu em resposta ao já referido “mandado de criminalização” disciplinado no artigo 225, § 3º do Diploma Maior, bem como das necessidades mais urgentes de uma sociedade cada vez mais sedenta de recursos naturais para sustentar seu desenvolvimento, tal como suas necessidades mais básicas, essenciais.

Ressalte-se que anterior à lei dos delitos contra o meio ambiente não tinha no Brasil

2 A título de nota, vale recordar que classificam-se como direitos de *primeira dimensão* os direitos civis e políticos, já os direitos de *segunda dimensão* referem-se aos econômicos, sociais e culturais, enquanto que os direitos de *terceira dimensão* fazem alusão aos direitos difusos e coletivos. Muito embora boa parte da doutrina já tenha usado os termos gerações ou dimensões dos direitos humanos, alguns doutrinadores mais recentemente evitam os dois termos, a fim de não fragmentar tais direitos, que ocorrem de forma mais ou menos simultânea na visão deles.

nenhuma legislação que tratava do tema diretamente e de modo tão específico, havia apenas leis esparsas e de cunho principalmente administrativo.

A lei dos crimes ambientais é denominada pela doutrina como uma lei de natureza híbrida, pois no corpo de seu texto intercala conteúdos distintos de âmbito penal, administrativo e internacional. O caráter internacional adicionado à lei penal ambiental encontra supedâneo na característica básica do meio ambiente como bem coletivo, bem de toda a humanidade. No que concerne ao fato de ter característica de norma carregada de excessiva dependência administrativa convém analisar devido à sobrecarga de normas penais em branco no corpo do seu texto.

Vale lembrar que norma penal em branco constitui-se na norma em que a descrição da conduta punível está incompleta, necessitando dessa forma da complementação de outro dispositivo legal, que pode consistir numa outra lei ou então em um ato normativo administrativo (por exemplo uma portaria).

Luiz Regis Prado assim conceitua referido instituto:

[...] A lei penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para sua integração ou complementação. Isso vale dizer: a hipótese legal ou prótase é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser colmatada/determinada por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal (PRADO, 2008, p.170).

Ao passo que numa breve análise quanto aos tipos criados pelo legislador de 1998, verifica-se que este fez largo uso da norma penal em branco heterogênea, ou seja, que necessita da sua complementação em um ato normativo de outro poder, no caso o administrativo, para que sua conduta possa ser punível, e isso se deve ao fato de que a matéria ambiental entra em conceitos de outras áreas do conhecimento, não se restringindo à matéria unicamente penal.

O legislador penal ambiental, ao tipificar as condutas que atentam contra a ordem de proteção ambiental, optou por fazer vasto uso dos tipos penais na forma de delitos de perigo, tanto abstrato quanto concreto.

Antes de adentrar a conceituação do que são delitos de perigo, há que se fazer uma breve análise das razões pelas quais o legislador decidiu utilizar dessas espécies de tipos penais. É necessário interpretar a matéria penal ambiental complexa tal como ela é, veja-se.

Quando se trata de Direito Penal Ambiental, tal qual a expressão já traduz, é uma situação em que o Direito Penal atrai para seu campo outro ramo do ordenamento, para que possa oferecer sua tutela.

Pois bem, ao passo em que o Direito Ambiental se trata de um ramo extremamente complexo, com conceitos e determinações enraizados a outros ramos do conhecimento que não o Direito, e isso ocorre de maneira diversa do que ocorre com o Direito Penal.

A legislação penal ambiental se torna, da mesma maneira, excessivamente complexa e, mormente cheia de conceitos puramente técnicos. Ao mencionar em conceitos puramente técnicos, faz-se aqui referência a conceitos de ordem de outras áreas do conhecimento, tais como de áreas da engenharia, administrativa, biológica, entre outras.

Diante da complexidade do tipo penal ambiental, a maioria dos doutrinadores conceitua os delitos principais em sede ambiental como delitos de perigo, que pode ser classificado em perigo abstrato e perigo concreto, em contrapartida aos delitos de resultado.

Luiz Régis Prado faz suas considerações quanto ao tema:

[...] Ipso facto, a doutrina majoritária tem consagrado, sobretudo para os tipos penais básicos – em matéria ambiental -, a forma de delito de perigo, especialmente de perigo abstrato, em detrimento do delito de lesão ou de resultado (material), mediante um rígido processo de tipificação que leve sempre em relação entre o bem protegido e a conduta perigosa (PRADO, 2009, p.112-113).

O delito de perigo abstrato é classificado desta forma, pois se trata de delito em que o perigo integra, e é realizado um juízo *ex ante*, e o perigo se faz inerente a conduta humana, de modo que se torna presumido. Enquanto que no perigo concreto, para que a conduta seja punível o perigo para o bem jurídico deve de fato ter ocorrido.

Salutar a reprodução do trecho em que Prado (2008) conceitua as duas modalidades de delitos:

[...] delitos de perigo: basta a existência de uma situação de perigo – lesão potencial. Dividem-se em: delito de perigo concreto: o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado. (...); e delito de perigo abstrato: o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta. Apreciável *ex ante*, o perigo é inerente à ação ou omissão, não necessitando de comprovação (PRADO, 2008, p.240-241).

Seguindo essa linha de raciocínio, vê-se que a adoção pelo legislador dos tipos penais de perigo está estreitamente ligada à complexidade da formulação do tipo de injusto penal ambiental e a importância do bem a ser protegido.

A principal característica do delito de perigo é a de que na ação descrita no tipo, o agente não provoca uma lesão no bem jurídico protegido, mas sim ameaça de lesão expõe a perigo dito bem, e por este motivo foi que o legislador de 1998 teria optado por utilizar desta tecnologia jurídica na edição da lei dos crimes ambientais.

O legislador buscou com referida técnica focar na prevenção de futuras lesões ambientais, pois essas, por sua vez, geram danos irreparáveis e incalculáveis com efeitos a longo prazo.

8 I DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS DELITOS AMBIENTAIS

A grande discussão que paira em torno do tema concentra-se no fato de ser o meio ambiente bem jurídico de tão importante relevância, e, principalmente, por tratar-se de bem erigido pela Constituição da República à garantia de bem supraindividual. Há, no entanto, alguns que hoje já entendem pela aplicação da insignificância nos crimes ambientais.

O bem jurídico meio ambiente por ser considerado bem jurídico autônomo e de importante valor para a sociedade. Ele é tutelado pelo Direito Penal, e por ser bem jurídico penal está sujeito aos princípios que fundamentam e regulam o Direito Penal, tais como intervenção mínima e fragmentariedade.

Silva (2008), acerca do assunto, leciona:

[...] O Direito Penal deverá ser chamado naqueles casos em que a relevância do bem jurídico protegido, agregado à reprovabilidade social da conduta àquele lesiva, exija a respectiva intervenção como solução punitiva criminal do conflito. Fora disso, por ser a *ultima ratio*, não deverá ser invocado. Isso também vale (ou deveria valer) para o Direito Penal Ambiental (SILVA, 2008, p.55).

Os autores adeptos à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais se se valem apenas de uma análise quanto à tutela penal, sem levar em consideração à classificação do bem como individual ou supraindividual.

Não sendo realizada uma distinção por ser o meio ambiente de bem supraindividual, para que o instituto da insignificância possa ser aplicado faz-se uma análise quanto à possibilidade de saber/constatar se a lesão ao meio ambiente pode ser considerada insignificante, o que na visão de Silva (2008) é perfeitamente possível, senão observe-se:

[...] No que concerne, especificamente, à tutela penal ambiental, a primeira questão é saber se há lesão ao meio ambiente que possa ser considerada penalmente insignificante. A resposta a tal questionamento é afirmativa, pois, como já exposto, a imperfeição e amplitude do tipo penal ambiental alcançam algumas condutas que não possuem significação alguma para o Direito Penal (SILVA, 2008, p.88).

Ao prever a análise realizada para se aferir quando uma lesão será considerada ínfima, Silva (2008, p.89) denomina de “critério de insignificância concreta”, consistente na avaliação quanto aos índices de desvalor da ação e desvalor do resultado do injusto penal ambiental, considerando que a lesão será insignificante quando os dois índices avaliados puderem serem considerados ínfimos.

Salutar reproduzir o entendimento de Tagliajinha (2005) acerca do assunto:

[...] sem dúvida, é possível, viável e desejável a aplicação do princípio da insignificância no âmbito dos crimes contra a ictiofauna, sempre que houver insignificante dano ambiental, ou quando uma conduta, embora socialmente adequada, venha a formalmente constituir em um fato típico.

[...] não cabe ao operador do direito negar a aplicação da sanção penal sob o

argumento de que os peixes, ou os crustáceos, ou os moluscos, ou os vegetais hidróbios não possuem relevância para o Direito Penal. Porém, sempre que a lesão ao bem tutelado for ínfima caberá, plenamente, a incidência do princípio da insignificância (TAGLIALENHA, 2005, p.100-101).

Extrai-se do entendimento expendido pelos citados autores, que a análise para aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais faz-se perfeitamente possível por dois motivos, quais sejam, primeiro por antes de considerar o meio ambiente como bem supraindividual, considerá-lo unicamente sob a ótica de bem jurídico-penal, e segundo pela possibilidade de poder aferir o grau da lesão ambiental como sendo ínfima, através de uma análise do desvalor da ação e desvalor do resultado.

No que se refere à jurisprudência, por muito tempo, entre os operadores do direito, a ideia de aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais foi totalmente rechaçada, porém, atualmente já existem precedentes pela aplicação em praticamente todos os Tribunais pátrios.

Abaixo estão colacionados julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

"RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A devolução do peixe vivo ao rio demonstra a mínima ofensividade ao meio ambiente, circunstância registrada no "Relatório de Fiscalização firmado pelo ICMBio [em que] foi informado que a gravidade do dano foi leve, além do crime não ter sido cometido atingindo espécies ameaçadas."

2. Os instrumentos utilizados - vara de molinete com carretilha, linhas e isopores -, são de uso permitido e não configuraram profissionalismo, mas ao contrário, demonstram o amadorismo da conduta do denunciado. Precedente.

3. Na ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verifica-se a atipicidade da conduta.

4. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta, restabelecendo a decisão primeva de rejeição da denúncia."

(REsp n. 1.409.051/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe de 28/4/2017.)

"PENAL. POSSE DE ANIMAIS SILVESTRES. CONDUTA DE POUCO RELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. A incidência da normal penal, em face do princípio da intervenção mínima, deve ocorrer apenas na medida necessária para a proteção do bem jurídico, somente devendo sancionar as lesões que produzam graves consequências.

2. A posse de nove pássaros silvestres, por acusado residente no meio rural, dentro dos hábitos da cultura local, sem demonstração de intenção comercial, não caracteriza o crime previsto no art. 1º da Lei n. 5.197/67. Aplicação do princípio da insignificância.

3. Improvimento do recurso em sentido estrito" (TRF – 1ª REGIÃO, Proc.:

2. Entretanto, é imprescindível que a aplicação do referido princípio se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 19.04.04). 3. Para incidir a norma penal incriminadora, é indispensável que a pesca com equipamentos proibidos possa, efetivamente, causar risco às espécies ou ao ecossistema; nada disso, todavia, se verifica no caso concreto, em que dois pescadores, utilizando-se de somente uma rede - rede esta considerada ilegal porque superior em 50 centímetros ao limite legalmente estabelecido, como registrado no arresto -, tinham retirado da represa apenas 2 quilogramas de peixes, de espécie diversas. 4. Evidente a atipicidade material da conduta, pela desnecessidade de movimentar a máquina estatal, com todas as implicações conhecidas, para apurar conduta desimportante para o Direito Penal, por não representar ofensa a qualquer bem jurídico tutelado pela Lei Ambiental. 5. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 6. Ordem concedida para trancar a Ação Penal movida contra os pacientes, por suposta infração ao art. 34, par. único, II da Lei 9.605/98." (STJ, HC 20080172886, QUINTA TURMA, DJE DATA:03/05/2010, rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO) (BRASIL, 2012).

O Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de decisões de outros Tribunais pela aplicação da insignificância em crimes ambientais, em suas decisões, mantinha-se, inicialmente, fiel à inaplicabilidade do referido princípio aos delitos que atentassem ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No entanto, em decisão datada de 21 de agosto de 2012, a Segunda Turma do STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 112563, absolveu, pela primeira vez, um pescador de Santa Catarina, que havia sido condenado às sanções do artigo 34, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.605/98, a 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, pela prática de pesca em época proibida e com apetrechos proibidos de 12 (doze) camarões.

Os ministros que votaram pela aplicação do princípio, anotem-se Peluso e Gilmar Mendes, em síntese, fundamentaram seus votos na desproporcionalidade entre a sanção aplicada e o resultado da conduta impetrada pelo agente, ou seja, a análise recaiu sobre o desvalor do resultado obtido, qual seja, a pesca de apenas 12 (doze) camarões que, segundo os Ministros, gerou uma lesão ínfima.

Atualmente, o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema não afasta a aplicação do princípio *in comento* para os crimes de natureza ambiental, como se pode deduzir das palavras do Ministro Marco Aurélio na Ação Penal nº 439/SP.

[...] Conforme lição de Francisco de Assis Toledo, contida em Princípio Básicos de Direito Penal, "segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro por sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas". Sufragando essa óptica, a

Segunda Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 92.463-8/RS, relator Ministro Celso de Mello, ressaltou o princípio da intervenção mínima do Estado em matéria penal. A circunstância de ter-se como bem protegido o meio ambiente não é de molde a afastar esse entendimento (AÇÃO PENAL 439/SP; MARCO AURELIO; STF).

9 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise, é possível considerar que já é pacífico, tanto doutrinaria quanto jurisprudencialmente, que ainda que não se trate de princípio delineado formalmente por lei, o princípio da insignificância já integra o sistema jurídico-penal brasileiro, como princípio explícito, e sua aplicação já se faz usual principalmente no que concerne a delitos patrimoniais e fiscais.

Também é possível notar que tal princípio é essencialmente de Política Criminal, por meio do qual o operador, analisando as dadas circunstâncias, pode deixar de aplicar a mão pesada do Direito Penal àquelas condutas que mesmo formalmente delineadas ao tipo, não possuam o condão de afetar significativamente o bem jurídico protegido pela norma penal, e, portanto, deixam de ser materialmente típicas e, simplesmente, não carecem de sanção criminal.

Isso posto, após buscar compreender a essência de referido princípio, para entender sobre a possibilidade de sua aplicação nos delitos ambientais, é importante discutir a situação do meio ambiente como bem jurídico-penal. Nesse sentido, o meio ambiente, hoje, está resguardado pela proteção emanada da Constituição Federal de 1988, e, portanto, é merecedor de tutela por parte do Direito Penal, diferente do que ocorria há poucos anos. A proteção dispensada ao meio ambiente cresceu proporcionalmente à preocupação mundial com crescimento absurdo da população, bem como a evolução industrial desenfreada, fator que fez surgir essa consciência ambiental protecionista.

No Brasil, essa consciência emergiu com a atual Carta Magna, e, partindo-se da Constituição como um marco temporal, como já mencionado, para após ser criada norma penal para a proteção ambiental, tendo em vista a defasagem na proteção ambiental na seara criminal, já que até então havia apenas legislações esparsas e com conteúdo administrativo muito superior ao penal.

A Lei n. 9.605/98, denominada Lei dos Crimes Ambientais, estabelece condutas lesivas ao meio ambiente, passíveis de sanção penal, e com alguns aspectos ímpares com relação às demais normas penais, por levar-se em conta o bem jurídico-penal em foco.

Assim, há que se reconhecer que, hodiernamente, em que pese posição contrária de parte da doutrina, ao menos na jurisprudência o princípio da insignificância vêm sendo aplicado aos crimes de natureza ambiental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal: Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Organização São Paulo: Saraiva, 2023a.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2023a.

CAPELARI JÚNIOR, Osvaldo. Meio ambiente, Descabimento da Aplicação do Princípio da Insignificância. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 56, p. 383-393, set./out. 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____, Edis. **Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco – Doutrina, Jurisprudência, Glossário.** 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____, Claus. **Problemas Fundamentais do Direito Penal.** 3 ed. Lisboa: Veja, 1998.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância e os Crimes Ambientais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

_____, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TAGLIALENHA, Júnior A. O Princípio da Insignificância e os Crimes contra a Ictiofauna. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 57 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio. **Tratado de Derecho Penal.** v.1 e v.3. Bueno Aires: Ediar, 1982.

CAPÍTULO 13

ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NO ENTORNO DAS HIDRELÉTRICAS COM BARRAMENTO DE ÁGUA: DIREITOS E OBRIGAÇÕES

Data de aceite: 01/09/2023

Domingos Benedetti Rodrigues

Pós-Doutor em Direito - URI Campus de Santo Ângelo - RS. Doutor em Educação nas Ciências - Direito - UNIJUI. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNISC. Graduado em Direito - FADISA. Graduado na Licenciatura em Artes Práticas Habilitação Técnicas Agrícolas - UNIJUI. Professor do Mestrado Profissional em Desenvolvimento Rural e do curso de Direito da UNICRUZ. Pesquisador do GPJUR Curso de Direito UNICRUZ. Advogado

Camila Fredi

Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta UNICRUZ. Advogada

culturais e econômicos foram inevitáveis ao longo das últimas décadas. Como medida compensatória para o desequilíbrio ambiental provocado por tais hidrelétricas, a normatização ambiental brasileira prevê, dentre tantas medias, a proteção e recuperação das Áreas de Preservação Permanentes - APPs no entorno dos lagos.

Estas faixas têm por objeto contribuir na proteção do entorno do lago da barragem, a recuperação e proteção florestal, controle da erosão do solo, o assoreamento do reservatório, criação de corredores para a fauna, preservação das espécies da flora regional, contribuição significativa para a biodiversidade regional e auxílio no equilíbrio do micro clima da bacia hidrográfica onde está situada a hidrelétrica.

O estudo torna-se importante para o momento vigente, pois as normas ambientais estabelecem obrigatoriedade da preservação ambiental existente no entorno dos lagos, numa faixa mínima estabelecida pela legislação brasileira, que deveria ser demarcada e indenizada pelas

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O desenvolvimento econômico do Brasil centrou-se na matriz energética produzida, especialmente, pelas empresas construtoras de usinas hidrelétricas com barramento de água. Tal forma de crescimento levou a construção de mais e mais centrais hidrelétricas, razão pela qual, os impactos ambientais, sociais,

concessionárias no momento da construção das barragens.

Como existem situações no Brasil, onde a demarcação e a indenização da faixa de APP não foram efetivadas durante as desapropriações das áreas a serem inundadas, atualmente alguns proprietários que utilizam as terras até a beira do lago da hidrelétrica. Situação que os colocam como ocupantes da faixa de APPs do entorno do lago. De uma forma, os Órgãos Públicos Ambientais Brasileiros estão exigindo das concessionárias, que realizem as demarcações das faixas verdes no entorno das suas hidrelétricas com barramento de água. Por outro lado, os proprietários que estão utilizando suas terras até próximo ao nível máximo das águas estão compelidos a rever tal situação. Assim, a faixa de APP a ser demarcada poderá acontecer a qualquer momento poderá acontecer em suas propriedades.

O objetivo geral do trabalho é identificar os direitos e obrigações, que os proprietários ribeirinhos das hidrelétricas e suas concessionárias possuem em relação as Áreas de Preservação Permanente - APPs como sendo os espaços ambientais protegidos por norma constitucional e infraconstitucional.

A metodologia empregada para a produção do presente estudo é teórica, tendo em vista que a temática resulta de uma análise histórica, conceitual e normativa. No tocante a produção de dados a pesquisa se constitui em qualitativa. Ademais, no que concerne ao método de procedimento, utilizou-se o método dedutivo e o histórico-evolutivo e a fundamentação em material bibliográfico e legislação pertinente ao assunto.

A situação problema é saber quais são os direitos e as obrigações dos proprietários ribeirinhos e das concessionárias das hidrelétricas, que possuem barramento de água para produção de energia elétrica, no que concerne a proteção das Áreas de Preservação Permanente em seu entorno?

Para uma maior compreensão do tema, optou-se em estruturar o texto em três abordagens. A primeira versa sobre os aspectos conceituais e jurídicos das Áreas de Preservação Permanente. A segunda parte aborda a construção de hidrelétricas com barramento de água e seus impactos ambientais. Por último, a terceira abordagem menciona a questão dos direitos e obrigações dos proprietários ribeirinhos e das concessionárias de hidrelétricas com barramento de água em relação as Áreas de Preservação Permanente no seu entorno.

Sendo assim, no Estado Republicano e Democrático como é o caso do Brasil, todos os proprietários de terra, sejam de área rural ou urbana, bem como as concessionárias de hidrelétricas com barramento de água, possuem direitos e obrigações positivadas no ordenamento jurídico. Então, espera-se que o trabalho venha contribuir no debate sobre o enfrentamento do caso da demarcação das APPs, que vão atingir significativas as áreas de terra nas propriedades ribeirinhas aos lagos artificiais.

2 | ASPECTOS CONCEITUAIS E JURÍDICOS DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Como marco inicial do presente estudo, é importante a realização de uma abordagem a respeito dos aspectos conceituais das Áreas de Preservação Permanente - APPs, especialmente, aquelas voltadas ao objeto deste trabalho, ou seja, as que irão ser demarcadas no entorno dos lagos das hidrelétricas com barramento de água, ou ainda, proteger aquelas já existentes.

São espaços ambientalmente protegidos, que tem por finalidade preservar o meio ambiente e fazer a recuperação de áreas, que foram alagadas pelos reservatórios de hidrelétricas com barramento de água. Segundo Braga (2007, p. 1) o Código Florestal Brasileiro - Lei 12.651/2012, conceitua como sendo as “[...] áreas cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.”

Neste sentido, as APPs são espaços ambientalmente protegidos e tem como finalidade preservar o meio ambiente, sendo áreas cobertas ou não por vegetação. Possuem a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, a fauna e flora, assegurar o bem-estar das presentes e futuras gerações.

Como são áreas que possuem a função de proteger e preservar o meio ambiente, não é possível realizar intervenções, pois é considerado crime ambiental. Quando não demarcadas e protegidas na forma da legislação ambiental, há obrigatoriedade de fazer a demarcação e a recuperação. Corrêa et al. (1996, p. 127) ressaltam que as APPs foram criadas por determinação legal, com a finalidade de estabelecer proteção ao ambiente natural “[...] o que significa que não são áreas apropriadas para alteração de uso da terra, devendo estar cobertas com a vegetação original. A cobertura vegetal nestas áreas irá atenuar os efeitos erosivos e a lixiviação dos solos, contribuindo também para regularização do fluxo hídrico, redução do assoreamento dos cursos d’água e reservatórios [...].”

As Áreas de Preservação Permanente foram criadas para proteger o ambiente natural, não podendo, então, ser alterado o uso da terra. Elas devem se constituir em cobertura permanente no solo, neste caso, o entorno dos lagos de hidrelétricas com barramento de água. Segundo Oliveira et al (2017) elas devem manter-se com a vegetação natural que se desenvolve na região, a fim de contribuir com o equilíbrio dos ecossistemas existentes. Sobre as obrigações dos proprietários, a Lei nº 12.651/2012 - Código Florestal Brasileiro, em seu art. 7, §§ 1º e 2º, dispõe:

A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica de direito público ou privado (art. 7º, *caput*, Lei nº 12.651/2012). Nota-se que a incidência de Áreas de Preservação Permanente

em propriedades públicas ou privadas, assim como a obrigação de manter a vegetação, são tanto do proprietário como do possuidor ou mesmo do ocupante a qualquer título. Caso tenha ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados no Código Florestal, como será abordado (BRASIL, 2012).

De acordo com a previsão jurídica, tais áreas deverão ser protegidas pelos proprietários, possuidor ou ocupante, pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, ou seja, todos aqueles que, de alguma forma, possuem a obrigação de cuidar e mantê-las. Ocorrendo a supressão, os mesmos serão obrigados a fazer a recomposição. Além disso, a obrigação de cuidar e proteger o meio ambiente são de natureza real e é transmitida ao sucessor nos casos onde é transferido o domínio ou posse do imóvel rural.

A Lei 12.651/2012 estabelece seus princípios, quais as áreas que podem ser utilizadas para atividades rurais e urbanas, bem como o acesso de pessoas e de animais. Importa ressaltar que, a norma estabelece um benefício ao pequeno proprietário, conforme artigo 9º deste Código Florestal: “É permitido o acesso de pessoas e animais às Áreas de Preservação Permanente para obtenção de água e para realização de atividades de baixo impacto ambiental, colocando limites nesse espaço protegido.” Para Machado (2013, p. 887) o regime jurídico das APPs “[...] vai abranger a pequena, a média e a grande propriedade rural nos seus princípios gerais. A pequena propriedade rural tem regime especial para determinadas atividades.”

O mesmo autor (2013, p. 887) ressalta que, é “[...] permitido o acesso de pessoas e animais as Áreas de Preservação Permanente para obtenção de água e para realização de atividades de baixo impacto ambiental.” Em relação o desenvolvimento das atividades rurais Oliveira et al (2017, p. 203) considera de “[...] forma taxativa que estas atividades, além de serem praticadas de forma sustentável e que não traga danos ambientais, deverão ser praticadas na pequena propriedade ou posse familiar ou por povos de comunidades tradicionais.”

Tal benefício estabelecido em lei é apenas para a pequena propriedade ou posse familiar e por povos de comunidades tradicionais. Mas, por analogia a regra aplica-se a propriedade minifúndio nos termos da Lei nº 4.504/1964. As atividades devem ser praticadas de forma sustentável, de baixo impacto ambiental e que não produzam danos às APPs. O produtor rural não precisa ser o proprietário da terra para ser considerado agricultor familiar, bastando ter posse legítima e tirar o seu sustento da mesma.

Neste caso, somente a propriedade minifúndio e a pequena propriedade poderão usufruir dessa área, não podendo aqueles de propriedade média e grande ter o mesmo benefício e nem receber nada em troca pela não utilização da área. Silva R. (2015, p. 313) entende que:

Inova ainda a nova legislação ao beneficiar, em inúmeras situações, a

produção na pequena propriedade ou posse rural familiar, conceituada como “aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3º da Lei nº 1.1326, de 24 de julho de 2006.” O parágrafo 5º do artigo 4º, ao dispor sobre as Áreas de Preservação Permanente, admite, nas pequenas propriedades, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre. O Código passa a admitir, também, a prática da aquicultura nas matas ciliares e nas áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais dos imóveis rurais com até 15 (quinze) módulos fiscais, ou seja, passa a ser lícita a produção de organismos aquáticos como crustáceos, peixes e anfíbios, para uso do ser humano, naquelas hipóteses previstas pelo parágrafo 6º do artigo 4º da Lei 12.651/12.

Importa ressaltar que, o *Código Florestal Brasileiro* de 2012 separou os reservatórios artificiais das lagoas e lagos. Então, os reservatórios não aparecem mais como acumulações de águas naturais e estabelece a delimitação para os reservatórios de água destinados para a geração de energia elétrica. Ressalta-se que, no artigo 5º do Código Florestal antes mencionado, está definida a delimitação dos reservatórios de água artificiais destinados a geração de energia elétrica ou abastecimento público, com faixa mínima de 30 metros e máxima de 100 metros em área rural e para a área urbana, com mínima 15 metros e máxima 30 metros. Também, como está expresso na Lei, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, onde deverão ser observadas as faixas mínimas estabelecidas nesta Lei.

Tais áreas são consideradas importantes para atenuar a erosão do solo, regularizar os fluxos hídricos e reduzir o assoreamento dos cursos de água, não ocasionando mais prejuízos ao meio ambiente, como explica Rosa (2011, p. 84) a respeito das Áreas de Preservação Permanentes. Elas foram regulamentadas em norma “[...] para proteger o ambiente natural, o que significa que não são áreas adaptadas para alterações ou uso da terra, necessitando estar coberta pela vegetação original.”

Portanto, as Áreas de Preservação Permanente são de extrema importância para proteção dos ambientes naturais. Elas se constituem em espaços ambientalmente protegidos, que tem como função preservar os recursos hídricos, o solo, a fauna e flora e a biodiversidade, assegurando o bem-estar da população e das futuras gerações. Tais áreas, como foi mencionado anteriormente, são espaços delimitados por lei e, nos casos das propriedades minifúndios e as pequenas, os proprietários são beneficiados, podendo utilizar a área, desde que não causem impactos ambientais. Por este aspecto, a norma estabelece obrigações aos ribeirinhos, que não podem mais utilizar economicamente as áreas de APPs existentes no entorno dos reservatórios das barragens com barramento de água, devendo apenas preservá-las. No tópico seguinte, será realizada uma abordagem a

respeito das hidrelétricas com barramento de água e seus impactos ambientais.

3 I CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICAS COM BARRAMENTO DE ÁGUA E SEUS IMPACTOS AMBIENTAIS

Com o aumento do consumo de energia elétrica em todo o país, o Brasil optou pela construção de grandes usinas hidrelétricas com barramento de água, a fim de suprir a demanda crescente de consumo. Então, mais reservatórios foram construídos. Com isso, maior é o impacto ambiental e as consequências para a população que é atingida por tais projetos. O objeto deste estudo é conhecer quais são os impactos ambientais causados pela construção de hidrelétricas com barramento de água. Apesar do meio ambiente ser de interesse geral, tais construções não diminuem os impactos ambientais e sim, geram inúmeros problemas a toda a população.

Neste sentido Sousa (2000, p. 9) afirma que: “As obras hidrelétricas, de uma forma geral, produzem grandes impactos sobre o meio ambiente, que são verificados ao longo e, além do tempo de vida da usina e do projeto, bem como ao longo do espaço físico envolvido.”

Especialmente, as obras de hidrelétricas com barramento de água, causam grandes impactos ambientais, os quais são percebidos ao longo do tempo, durante e após as construções, bem como ao longo do espaço utilizado. Tais impactos afetam o andamento dos projetos e do meio ambiente como um todo. Rogério (2016, p. 16) afirma que estes barramentos “[...] vem causando muitas polêmicas e discussões, dada a preocupação com os danos gerados pela construção dessas barragens ao meio ambiente natural e à propriedade daqueles que são deslocados dos seus locais de origem para outras regiões desconhecidas ou, até mesmo, para centros urbanos maiores.”

As famílias que possuem suas terras alagadas, normalmente serão realocadas para outras áreas desconhecidas, ou até mesmo para a cidade mais próxima, mudando suas rotinas, sua vida econômica e a sua cultura. Colito (2000, p. 278) esclarece que, a “[...] construção dessas Usinas nem sempre obedece ao cronograma previamente estabelecido, uma vez que não é raro acontecer a paralização das obras em virtude da falta de recursos para o término das mesmas ou instalação de equipamentos necessários.”

Neste aspecto, os impactos ambientais que já aconteceram, os rios foram barrados e as populações já retiradas dos locais, na maioria das vezes, sofrem com o Estado para conseguir um lugar para moradia, que lhes ofereça as condições iguais ou melhores aquelas anteriormente existentes. Braga (2007, p. 1) menciona alguns dos impactos causados pelas construções de usinas hidrelétricas com barramento de água “[...] é uma atividade que causa significativa degradação do meio ambiente. Um dos impactos ambientais causados por esses empreendimentos hidroelétricos é a formação do lago artificial que forma novas Áreas de Preservação Permanente (APP) no seu entorno, e suprime outras áreas pela

inundação.”

Os reservatórios construídos para as hidrelétricas provocam impactos importantes para as florestas ribeirinhas, rios, fauna e flora. Tais fatores produzem interferências no equilíbrio ambiental, prejudicando a vida no ecossistema, conforme Inatom; Udaeta, (2005, p. 5) explicam:

Elas interferem drasticamente no meio ambiente devido à construção das represas, que provocam inundações em imensas áreas de matas, interferem no fluxo de rios, destroem espécies vegetais, prejudicam a fauna, e interferem na ocupação humana. As inundações das florestas fazem com que a vegetação encoberta entre em decomposição, alterando a biodiversidade e provocando a liberação de metano, um dos gases responsáveis pelo efeito estufa e pela rarefação da camada de ozônio.

Existem outros pontos negativos que não apenas os ambientais. Mas, também sociais, econômicos e culturais que atinge a todos. Com isso, as hidrelétricas são importantes para a geração de energia elétrica por barramento de água, mas, em contrapartida, também provocam prejuízos às sociedades, como menciona Rogerio (2016, p. 17) a respeito da “[...] construção das hidrelétricas pode causar muitos impactos negativos em vários segmentos, sejam sociais, ambientais, econômicos e culturais, principalmente pela remoção das famílias dos locais atingidos pela construção e pelos reflexos nas comunidades.”

Estes empreendimentos hidrelétricos afetam diretamente as famílias e tudo que há no ambiente local e regional. Grande parte das áreas alagadas pelos reservatórios são de ótima produção e produtividade, porém, elas são obrigadas a abandonar suas terras, como afirma Mendes (2005, p. 45):

A formação dos lagos das usinas hidrelétricas, em geral, atinge áreas de solos férteis. Dessa forma, as várzeas e as terras agricultáveis, ao ficarem sob as águas, provocam a saída compulsória da população, desintegrando os costumes e tradições históricas que a população da área atingida possuía, além de suas relações com o rio (tipo de agricultura desenvolvida, as técnicas utilizadas através da irrigação, regime das cheias e, outrossim, a relação social e cultural).

A construção de hidrelétricas com barramento de água atinge também os Municípios fronteiriços bem sucedidos, acumulando perdas econômicas e culturais significativas. De acordo com Slongo (2014, p. 14):

No Brasil, os impactos socioambientais decorrentes da construção de grandes hidrelétricas são inúmeros. Alguns dos impactos das barragens (e seus lagos) nas usinas hidrelétricas, normalmente apagam paisagens cênicas de importância cultural, podem retirar dos municípios lindeiros uma boa parte das suas áreas produtivas e limitar sua dinâmica econômica em longo prazo. De qualquer forma, esses são alguns dos possíveis impactos que alteram de região para região e de projeto para projeto.

Existem outros fatores causadores de impactos. No Brasil, os impactos socioambientais causados pelas hidrelétricas são inúmeros e, um deles, se trata das áreas

produtivas que são retiradas dos Municípios vizinhos. A curto e longo prazo pode ocorrer perdas significativas na arrecadação dos municípios, por decorrência da diminuição da população local.

Este episódio impacta no retorno das verbas federais e estaduais relacionadas, especialmente, a saúde, educação e fomento a produção rural pelos Governos, pois tudo isso é calculado pelo número de habitantes do Município alagado. As perdas são tantas, que não são superadas pelo retorno da arrecadação proporcional a área inundada do Município, com a produção de energia por parte da hidrelétrica com barramento. Os impactos causados ao meio ambiente são preocupantes e a preservação dessas áreas é de suma importância, como afirma Machado (2013, p. 876):

A remoção de florestas ripárias e áreas alagadas tem um efeito extremamente negativo, degradando a qualidade das águas superficiais e subterrâneas, acelerando a sedimentação de lagoas, represas e rios diminuindo o estoque de água nas nascentes e aquíferos. Todos os serviços ambientais dos ecossistemas aquáticos ficam comprometidos com o desmatamento e remoção de áreas naturalmente alagadas, portanto a preservação destas áreas é essencial para regular tanto os ciclos hidrológicos como os ciclos biogeocíclicos. A remoção destas áreas torna insustentável a agricultura em curto prazo.

Com isso, é preciso a preservar tais áreas, para que ocorra alguma a minimização dos impactos ambientais produzidos. Então, a criação das APPs, surge para que essas áreas sejam preservadas em função da qualidade do meio ambiente e das populações futuras. Outros impactos ocorrem como no sistema aquático, explica Sousa (2000, p. 10):

Os impactos físicos mais comuns são a diminuição da correnteza do rio alterando a dinâmica do ambiente aquático, com isso o fluxo de sedimentos é alterado favorecendo a deposição deste no ambiente lótico, a temperatura do rio também é modificada, tendendo a dividir o lago da represa em dois ambientes: um onde a temperatura é mais baixa (o fundo do lago) e outro onde a temperatura é mais alta (superfície do lago). Este fato repercute, também, em outros impactos uma vez que com essa disposição há pouca mistura na água do ambiente represado, criando condições anóxicas e favorecendo a eutrofização do mesmo e a ocorrência de reações químicas que geram compostos nocivos ao interesse humano, sendo estes os principais impactos químicos observados.

A diminuição da correnteza do rio alterando a dinâmica do ambiente aquático é um dos impactos físicos mais comuns, ou seja, mudanças nos rios ocorrem, produzem impactos em relação a temperatura do lago. Cria condições anóxicas e reações químicas que geram compostos nocivos ao humano e a vida aquática.

Mesmo com tantos impactos ambientais, as hidrelétricas com barramento, ainda fazem parte dos grandes projetos. Como o Brasil é rico em recursos hídricos, as hidrelétricas são vistas pelos Governos como indispesáveis, sem contudo, universalizar as políticas públicas de fomento as fontes de energias alternativas, como a energia solar e a eólica.

Conforme Bortoleto (2001, p. 57), aquelas hidrelétricas consideradas como grandes empreendimentos “[...] foram consideradas no Brasil como indispensáveis e tecnicamente mais adequadas para a produção de energia elétrica, devido à riqueza de recursos hídricos do País que, por suas condições físicas, permite um amplo aproveitamento hidrelétrico.”

O mesmo autor antes mencionado (2001) afirma que, as hidrelétricas fazem parte dos empreendimentos, dos grandes projetos do Brasil e são vistas como indispensáveis para a produção de energia elétrica por conta da riqueza de recursos hídricos. Porém, os mencionados empreendimentos, vão prejudicar gravemente o equilíbrio ambiental, causando grandes modificações no ecossistema e na vida das pessoas que residem nas regiões onde há construções de hidrelétricas com barramento de água.

Não se pode ignorar que a geração de energia elétrica é de extrema relevância para toda a população. Mas, também é de se considerar o valor das externalidades ambientais, sociais, econômicas e culturais das pessoas, que são atingidas pelos barramentos, que produzem consequências diretas e indiretas para toda a população. Muitos problemas são ocasionados com estas obras e muitas mudanças ocorrem nas regiões atingidas pelos lagos. A respeito explica Bortoleto (2001, p. 57-58):

Os problemas advindos da implantação dessas obras, tanto os sociais quanto os ambientais, são mais amplos do que se imagina. Um dos grandes impactos sociais provenientes da implantação de grandes projetos é a mudança na demografia das regiões de locação. A partir dessa primeira alteração, surgem as demais como, por exemplo, as alterações na estrutura urbana, muitas vezes inadequada para receber esse novo contingente populacional, e, ainda, as desapropriações, que levam a rupturas do processo de reprodução social dos ribeirinhos.

A autora menciona os problemas que estas obras causam, os quais são mais amplos do que se imagina. Um dos problemas provenientes destes projetos é a mudança na demografia das regiões de locação, como nas áreas urbanas, onde muitas cidades não possuem estrutura para receber as populações, que são realocadas e os ribeirinhos precisam reconstruir suas vidas sociais e econômicas com o auxílio de uma indenização de baixo valor.

Portanto, a produção de impactos ambientais causados pelas construções deste tipo de usinas hidrelétricas são notórios, bem como os problemas sociais, econômicos e culturais, que vão atingir a todos de uma maneira em geral. Mesmo que a intensão é beneficiar os consumidores com a energia elétrica, estes reservatórios em uma grande mudança no meio ambiente, transformando seus recursos naturais e a vida das populações que residem em áreas ribeirinhas. Tal situação gera uma série de direitos e obrigações aos ribeirinhos e as concessionárias, assunto que será tratado logo a seguir.

4 | DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS PROPRIETÁRIOS RIBEIRINHOS E DAS CONCESSIONÁRIAS DE HIDRELÉTRICAS COM BARRAMENTO DE ÁGUA EM RELAÇÃO AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

A construção dos reservatórios das hidrelétricas com barramento ocasiona grandes impactos ambientais sociais, culturais e econômicos, provocando prejuízos às famílias que habitam a região do lago. Em certos casos recebem valores pela indenização, que não condizem com o valor de mercado. Muitas famílias são realocadas para outras regiões e outras permanecem nas proximidades dos reservatórios, enfrentando dificuldades para continuar a vida social, cultural e econômica.

As Áreas de Preservação Permanente a serem demarcadas em todo o entorno do lago da hidrelétrica, tem por objetivo a recuperação e preservação da vegetação que outrora foram destruídas durante a construção da barragem. A demarcação das APPs deverá acontecer no âmbito da propriedade, caso esta faixa de terras não tenha sido desapropriada e indenizada no momento da construção do barramento. Por força da Lei do Código Florestal - Lei 12.651/2012, a concessionária tem a obrigatoriedade de realizar estas demarcações, gerando direitos e obrigações para as duas partes envolvidas neste episódio.

Caso a área destinada à faixa de APP não tenha sido desapropriada, nem adquirida e nem indenizada pela concessionária antes da construção do lago, agora o proprietário ribeirinho estará diante de situações complexas, pois, ele precisa autorizar a demarcação da faixa em sua propriedade, sem contudo, ter sido desapropriado e indenizado pela perda do imóvel.

Em relação aos reservatórios artificiais formados pela construção destas hidrelétricas, ressalta-se que o proprietário ribeirinho está compelido a aceitar a demarcação em sua propriedade que encosta até o lago, permitindo que sua terra seja ocupada pela vegetação nativa permanente. Caso esteja utilizando, como por exemplo, com culturais gerais, terá obrigação de abandonar estas atividades produtivas e preservar a faixa do entorno. Tórtola (2012, p. 18) menciona ser necessário “[...] observar, no que diz respeito aos reservatórios artificiais formados pela construção de usinas hidrelétricas, que é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, com vistas à preservação das formas de vida e do novo microssistema que ali surge.”

Neste sentido, estas áreas do entorno das hidrelétricas com barramento da água, a concessionária estatal ou privada possui obrigatoriedade de solicitar à União que a desaproprie por interesse público seguido das indenizações na forma da legislação vigente. De outra forma, ela pode adquirir as áreas mediante compra, evitando assim, o processo expropriatório, a fim de construir o lago com a faixa de APP já demarcada.

Oliveira R. (2017, p. 601) conceitua desapropriação por utilidade pública, necessidade pública e interesse social como: “[...] trata-se da desapropriação ordinária que

pode ser utilizada por todos os Entes Federados, ainda que a propriedade atenda a sua função social, pois não há, aqui, sanção ao particular, mas, sim, necessidade de atender o interesse público. Por essa razão, é imprescindível a indenização prévia, justa e em dinheiro.”

Dante da obrigatoriedade legal da demarcação das áreas de APPs no entorno das hidrelétricas brasileiras, surgiram obrigações perante os proprietários ribeirinhos, que possuem suas terras demarcadas pelas APPs. Salienta-se que, o proprietário possui a obrigação de cuidar e proteger a área demarcada, razão pela qual, não poderá utilizá-la para fins econômicos.

Para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal de 1988 trouxe obrigações aos proprietários, conforme Silva M. (2015, p. 4):

Como uma das formas de assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal, no art. 225, § 1º, III, estabeleceu ao Poder Público a atribuição de definir em todas as unidades da Federação os espaços territoriais dotados de atributos ambientais relevantes (pela sua beleza, biodiversidade, função ambiental) e trouxe a obrigação de protegê-los, limitando a atuação do proprietário.

Na busca pela proteção de espaços territoriais como afirma o autor antes mencionado (2015), a Constituição Federal de 1988 positivou este direito, com a intenção de que todos possam viver num meio ambiente equilibrado e preservado, pois todos necessitam para sua sobrevivência e de futuras gerações. Contudo, como previsto pela própria Constituição de 1988, cabe a todos a obrigação de cuidar destes espaços e proteger perante as limitações impostas.

Em relação aos reservatórios de água artificial para a geração de energia elétrica, está previsto no Código Florestal de 2012, artigo 5º¹, que os empreendedores têm a obrigação de aquisição, desapropriação e servidão administrativa perante a Área de Preservação Permanente, a serem criadas no entorno dos reservatórios com faixas mínimas nas áreas rurais e urbanas.

Os proprietários têm a obrigação de aceitar a desapropriação ou aquisição destas áreas mediante compra por parte da Concessionária e mantê-las em estado de preservação. No entendimento da Machado (2013. P. 880), a APP deve “[...] ser recomposta se a sua dimensão, prevista em lei, for alterada ou diminuída pela ação ou pela omissão do proprietário rural, ou por motivos alheios a sua vontade, nos casos, entre outros, de inundações, vendavais e secas.”

Se os proprietários não cumprirem com suas obrigações perante essa área (manter

1 Art. 5º - Na implantação de reservatório d'água artificial destinado a geração de energia ou abastecimento público, é obrigatória a aquisição, desapropriação ou instituição de servidão administrativa pelo empreendedor das Áreas de Preservação Permanente criadas em seu entorno, conforme estabelecido no licenciamento ambiental, observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana.

ela protegida) e realizam alguma alteração, que possa causar impactos à vegetação que nela está situada, os mesmos serão responsabilizados perante o Direito Ambiental, conforme prevê o artigo 7º, § 1º do Código Florestal:

[...] a vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. §1 Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei (BRASIL, 2012).

A limitação administrativa pode atingir apenas uma parcela da propriedade, para cumprir com a função do direito de bem-estar e paz social, sendo o proprietário responsabilizado por sanção administrativa e/ou Processo Cível e Penal Ambiental pela desobediência de fazer e não fazer naquela área. Contudo, é importante ressaltar que, além das obrigações impostas aos proprietários, os mesmos possuem direitos diante de APP do entorno do lago, a ser demarcada pela concessionária.

No entendimento de Pacheco (2012, p. 17), a limitação administrativa “[...] só pode atingir uma parcela da propriedade, para condicionar o uso e gozo deste direito ao bem-estar e a paz social através de imposições de ordem pública (obrigações de fazer e de não fazer), cuja desobediência pode acarretar ao proprietário a aplicação de sanção administrativa, como multa, interdição ou suspensão de atividade.”

No contexto da preservação da área das APPs do entorno dos lagos das hidrelétricas, gera obrigações às concessionárias e aos proprietários ribeirinhos. Mas, de outra forma gera restrições ao direito de propriedade, proporcionando direitos de indenização aos proprietários. Importa ressaltar o entendimento de Machado (2008, p. 4):

A utilização da Área de Preservação Permanente de determinada propriedade para fins de necessidade ou interesse públicos revela-se uma clara e inequívoca afronta do Estado na propriedade do particular. É ato desapropriatório e o proprietário deve ser indenizado pela limitação imposta a seu imóvel, até porque é o responsável pelo dever de conservação das APP, e a supressão da vegetação existente nesta área, de forma ilegal e indevida, poderia acarretar-lhe sanções de natureza cível e penal.

Em relação ao direito de indenização, o artigo 5º XXIV da Constituição Federal (BRASL, 1988), estabelece que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, deverá haver justa e prévia indenização em dinheiro. Sendo assim, esta área demarcada não será mais utilizada pelo proprietário, com a finalidade de cultivos de cereais ou outras fontes geradoras de renda e sustento. Então é necessária a indenização deste espaço ocupado para a preservação.

Para que o proprietário preserve tais áreas de maneira adequada, são necessários gastos importantes para a sua manutenção, pois, do contrário ele será responsabilizado de acordo com a norma de Direito Ambiental em vigor. Importa salientar que, a obrigatoriedade

imposta à concessionária da hidrelétrica em demarcar a faixa de APP, por força da legislação ambiental, especialmente a Lei 12.651/2012 se aplica ao proprietário ribeirinho que, por sua vez, não poderá mais utilizá-la com suas atividades produtivas, como por exemplo, cultivar culturas anuais.

No entanto, esta obrigatoriedade imposta ao proprietário ribeirinho cria as condições para surgimento de direitos em seu favor, por decorrência da prestação de serviços ambientais extensivos ao meio ambiente e a toda coletividade. Segundo Beznos (2016, p. 67) essas áreas de “[...] floresta de proteção permanente ou de reserva legal podem incidir não apenas sobre terras públicas, mas também sobre terras privadas, coloca-se a questão de assistir ou não aos proprietários privados o direito à indenização quanto à obrigação da manutenção daquelas em suas propriedades.”

Diante do exposto o art. 5º, XXII da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988)², prevê que todos os cidadãos são iguais perante a lei, tendo o direito de utilizar a propriedade, de usufruir dos frutos ali produzidos e de dispor dela quando necessário. De outra forma, o artigo 5º, XXIII da mesma Constituição estabelece que, toda a propriedade precisa cumprir com sua função social. Então, o proprietário ribeirinho tem a obrigação de preservar a faixa ribeirinha do entorno da hidrelétrica com barramento e a concessionária possui o dever de demarcar estas faixas no entorno do lago, a fim de cumprir com a função social e ambiental prevista neste dispositivo constitucional e no artigo 170.

Por força do artigo 5º XXII e do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, o ônus decorrente do cumprimento da função social da empresa concessionária deve ser suportado por ela mesma, pois explora um bem natural para geração de lucros por tempo indeterminado.

Então, o ônus financeiro da preservação do entorno do lago não pode recair ao proprietário ribeirinho, nas circunstâncias em que, a concessionária não desapropriou e nem indenizou o ribeirinho pela área correspondente a faixa de APP, por ocasião do planejamento e da construção da hidrelétrica. Assim, quanto à obrigação de proteger esta área e o direito de indenização, afirma Guena (2016, p. 5):

Não basta que o Estado imponha a não utilização da área no entorno do reservatório artificial de cumulação da Usina Hidroelétrica (com a imposição de APP), mas sendo a reunião de interesses coletivos e beneficiado maior com a geração de energia elétrica; deve tomar atitudes positivas, inclusive dando os meios necessários aos proprietários lindeiros para atuação ambiental. Por exemplo, indenização aos proprietários pela não utilização da área, isolamento da área, inclusive cercando-a, promovendo a recuperação da flora e da fauna na área, distribuindo espécimes vegetais e animais, promovendo educação ambiental, dentre outros.

O interesse pela preservação é de todos, pois os maiores beneficiados com a geração

2 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: XXII - é garantido o direito de propriedade.

de energia elétrica é o Estado e as concessionárias, que terão lucros permanentes por tempo indeterminado, mediante a venda da energia ali produzida. Neste sentido, se constitui numa obrigatoriedade a utilização de partes dos dividendos com a venda da energia produzida pela hidrelétrica, para promover indenizações permanentes aos proprietários ribeiros a afetados pela demarcação das APPs, razão pela qual, seu faturamento é permanente.

Tal direito deve ser extensivo aos seus descendentes, se a propriedade permanecer em nome da família, pois com a demarcação da faixa acontecerá uma redução da produção rural da propriedade afetada e lucros cessantes. Nesta linha a argumentação Corrêa (2009, p. 2) ressalta que, a “[...] cobertura florestal que reveste os imóveis não possui valor economicamente neutro quando da avaliação da justa indenização devida pelo Estado, ao contrário, possui grandiosa expressão econômica, devendo, desta forma, o Poder Público indenizar o *dominus* de forma justa, observando essa expressiva valoração econômica proveniente da cobertura florestal.”

Diante da questão, estimar o valor econômico destas áreas de APPs, não é uma tarefa fácil, mas é responsabilidade da concessionária realizar a indenização permanente aos proprietários e seus herdeiros pelos serviços ambientais por eles prestados ao meio ambiente e toda coletividade beneficiada com a energia elétrica. Tal indenização será proporcional ao tamanho da faixa de APP da propriedade e da energia produzida pela hidrelétrica. Segundo Machado (2008, p. 7):

O Estado tem o dever tutelar o meio ambiente, utilizando-se de todos os mecanismos existentes para efetivar conservação dos recursos naturais disponíveis. Contudo, tem também a obrigação legal de respeitar os direitos de cada cidadão, entre eles o de poder utilizar sua propriedade, segundo os preceitos do desenvolvimento sustentável. Havendo a necessidade de restringir o uso e gozo do direito de propriedade, em um patamar maior que ao determinado pelo princípio da sustentabilidade, impõe-se o pagamento de indenização pela limitação deste direito.

Este autor (2008) contribui com a ideia da obrigação das concessionárias indenizarem as áreas afetadas pela demarcação das APPs, pois elas estão vinculadas diretamente na geração de energia elétrica e proteção do lago artificial, possuindo assim, a obrigação de compensar economicamente os proprietários das áreas afetadas com a demarcação. Neste contexto, é importante mencionar o Plano de Uso e Ocupação do Solo no Entorno do Reservatório da UHE do Passo Real (CEEE-GT, 2011, p. 185). Então, “As Zonas são localizadas dentro da Faixa de 100m. Por se tratarem de terras de propriedade e responsabilidade da CEEE-GT ou terras de terceiros, a regulamentação é baseada, principalmente, nos aspectos legais. Os proprietários que invadem a propriedade da CEEE-GT deverão regularizar a sua situação com a mesma.”

Ao analisar um dos Planos de Uso do Entorno dos Reservatórios da Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE-GT, 2011), verifica-se que, essas áreas de preservação são de propriedade da mesma, sendo ela a responsável por essas áreas no entorno dos

reservatórios e os proprietários possuem a responsabilidade de proteger. Quem fiscaliza e tem por posse é a Companhia Estadual de Energia Elétrica, não podendo mais o ribeirinho utilizá-la ou invadi-la para seu uso econômico.

De acordo com este Plano a área demarcada e desapropriada antes da construção da hidrelétrica é uma obrigação do proprietário ribeirinho proteger o ambiente. Beznos (2016, p. 67) ressalta que:

Inquestionavelmente, o instituto da desapropriação é que dá a exata dimensão do direito de propriedade em nosso ordenamento jurídico, pois fixa o critério da indenização justa e prévia para a hipótese do sacrifício desse direito, em prol do interesse público ou social. Além disso, o princípio da igualdade na lei e perante a lei constitui-se em importante barreira de ordem constitucional à ideia do sacrifício específico, individual, para a fruição de todos.

Para o mesmo autor (2016), o proprietário terá sacrifício individual em deixar esse espaço ser ocupado e preservado, sendo que, a população regional será beneficiada com a preservação e recuperação das florestas. Então, os proprietários possuem o direito assegurado em receber justa indenização, pois, estão beneficiando toda a população, o Poder Público e as próprias concessionárias.

Contudo, ressalta o art. 37 § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, neste caso, os danos causados aos proprietários ribeirinhos, que não poderão mais ocupar aquele espaço demarcado em sua propriedade.

O artigo 884 e § único do Código Civil³ (BRASIL, 2002), traz como fundamento para este estudo o enriquecimento sem causa ou sem justa causa. Se enriquecer à custa de outrem será obrigado a restituir o prejudicado, com a devida atualização dos valores monetários e, se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la. Então, o dispositivo legal prevê devida indenização aos proprietários ribeirinhos, por parte das concessionárias das hidrelétricas com a demarcação das áreas de APPs, pois as mesmas contraem lucros com as construções e o seu funcionamento permanente.

Já, o artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002) menciona a obrigação de indenizar aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Ressalta-se que, o ato ilícito se configura na circunstância em que o ribeirinho não tenha sido desapropriado e nem indenizado antes da construção da hidrelétrica com barramento. A demarcação sem a desapropriação e indenização prévia à construção se configura uma violação ao direito de propriedade previsto no art. 22, XXII da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1.228

3 Art. 884 Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

do Código Civil.

A compensação econômica mais justa aos ribeirinhos seria com uma indenização pela não ocupação destas áreas, reparando as perdas que os mesmos sofrem economicamente, como explica Gonçalves (2017, p. 420):

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o status quo ante, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. Assim, o dano patrimonial, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante.

Neste caso, indenizar não significa apenas reparar do dano causado à vítima, restaurando ou devolvendo a mesma no estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Mas, como a maioria dos casos se torna impossível tal reparação é necessário uma compensação em forma de pagamento de uma indenização pelos lucros cessantes ao dano sofrido pelos ribeirinhos, por decorrência da demarcação das APPs no entorno dos lagos das hidrelétricas com barramento.

Venosa (2018, p. 383) conceitua o dano como sendo, “[...] o prejuízo, uma diminuição patrimonial sofrida pelo agente. Pode decorrer de um ato do próprio agente, de terceiro ou simplesmente de um fato natural.” Por isso, a indenização por danos pela diminuição do patrimônio sofrido pelos ribeirinhos em suas propriedades, significa dizer que, não mais poderão utilizar esta faixa de terras e obter renda com a produção advinda destas áreas, necessitando, pois a indenização por parte das concessionárias e de forma permanente, inclusive a seus herdeiros enquanto o imóvel permanecer na família.

Sendo assim, o Artigo 932, III, do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) menciona que, “[...] são responsáveis pela reparação civil, o empregador ou comitente, por seus empregados, serviciais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.” Assim, as construções das hidrelétricas pelas concessionárias que, consequentemente, causaram danos aos proprietários ribeirinhos, são responsáveis pelas reparações.

Portanto, na região das hidrelétricas com reservatórios de água, grandes impactos ambientais serão causados vão ocorrer muitas mudanças na vida das populações que serão realocadas. Além disso, após a construção das hidrelétricas com barramento de água surgem obrigações aos proprietários ribeirinhos. Eles são obrigados a permitir tais demarcações das APPs em suas propriedades e, preservar tais espaços sem o devido retorno financeiro. De outra forma, as concessionárias possuem a obrigação de promover a demarcação e a indenização dos lucros cessantes aos proprietários por prazos a serem definidos em norma e, não somente a compra ou indenização da área afetada pelo valor de mercado.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Áreas de Preservação Permanente são de suma importância para o equilíbrio ambiental e são espaços ambientalmente protegidos, que tem como função preservar os recursos hídricos, o solo, a fauna, a flora e a biodiversidade, assegurando o bem-estar das presentes e futuras gerações. Tais áreas, como estudado anteriormente, são espaços delimitados por lei, pois em determinados casos, como as pequenas propriedades, os proprietários são beneficiados, podendo ser utilizadas sem causar impactos ambientais. Por este viés, surgem obrigações aos proprietários ribeirinhos, que não poderão mais utilizar tais áreas demarcadas na obtenção de lucros econômicos, devendo apenas preservá-las.

Diante do exposto no estudo, os impactos ambientais causados pelas construções destas usinas hidrelétricas, criam uma série de problemas que atingem a todos de alguma maneira. Mesmo que seja para beneficiar os consumidores com a energia elétrica, a construção dos grandes reservatórios produz mudanças ao meio ambiente e provocam mudanças nas populações que ali residem. Então, entende-se que não é justo que os proprietários ribeirinhos assumam a demarcação das APPs em suas propriedades com ônus dos lucros cessantes.

Os proprietários ribeirinhos têm o direito a uma indenização, pois estão cumprindo com a função social da propriedade. Porém, com o estudo realizado, eles sofrem danos em seu patrimônio, sendo que, ele não perde a posse, mas perde o direito de usufruí-la, ocasionando assim, a perda dessa área para seu rendimento econômico.

Também é importante ressaltar que, se no momento da construção da hidrelétrica com barramento de água, estas áreas de preservação foram demarcadas e indenizadas na forma da legislação da época, os proprietários ribeirinhos não possuem direito a indenização, pois, agora elas pertencem a hidrelétrica. Se porventura, na construção da hidrelétrica não houve a demarcação das APPs, os proprietários ribeirinhos possuem direito a indenização do bem e dos lucros cessantes pelos empreendedores das hidrelétricas, pois os mesmos tem a obrigação da aquisição, desapropriação ou instituir servidão administrativa perante estas áreas com faixas mínimas de 30 metros e máxima de 100 metros. Então, os proprietários ribeirinhos tem a obrigação de deixar que a área de APP seja demarcada.

Assim, pode-se afirmar que as Áreas de Preservação Permanente são importantes para o meio ambiente. Elas devem ser preservadas pelos proprietários ribeirinhos, mas também conforme estudo realizado neste trabalho, eles têm o direito de receber indenização na forma da lei em troca dessa área que é demarcada, pois eles sofrem danos em seu patrimônio. Neste sentido, a hipótese prevista no projeto de pesquisa e que fora mencionada na introdução, foi confirmada na plenitude.

Por fim, diante dos direitos e obrigações dos proprietários ribeirinhos e das concessionárias das hidrelétricas, os primeiros possuem a obrigação de autorizar a demarcação das APPs em sua propriedade. Se, caso as áreas não foram demarcadas e

nem indenizadas em favor dos ribeirinhos no momento da desapropriação ou da compra para a construção do lago, entende-se que, a concessionária tem a obrigação de indenizar esta faixa de terras pelo valor do bem e, de forma permanente pelos lucros cessantes. Indenização de acordo com a produção de energia elétrica, razão pela qual, não foi o proprietário quem deu causa a ocupação ilegal do entorno do lago.

REFERÊNCIAS

BEZNOS, Clóvis. **Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação. 2ª edição revista, ampliada e atualizada.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BORTOLETO, Elaine Mundim. A implantação de grandes hidrelétricas: desenvolvimento, discurso e impactos. **GEOGRAFARES**, Vitória, n.2, jun. 2001. p.53-62. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/geografares/article/view/1140/853>>. Acesso em: 24, abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaoooriginal-1-pl.html> . Acesso em 12 de julho de 2023.

BRASIL. **Código Civil - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** São Paulo: 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012.** Código Florestal. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em 23 de fevereiro de 2022.

CEEE-GT - Companhia Estadual de Geração e Transmissão De Energia Elétrica. **Plano de uso e ocupação do solo no entorno do reservatório da UHE Passo Real.** Porto Alegre: 2011. Disponível em: <http://www.ceee.com.br/pportal/ceee/archives/solo/jacui/Reservatorio_Passo_Real.pdf>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2022.

COLITO, Clementina. A construção de usinas hidrelétricas e os impactos sobre a população e o espaço. Comunidades Rurais ameaçadas pela U.H. de Jataizinho - Rio Tibagi /Pr. **Serv. Soc. Rev.**, Londrina, v.2, n.2, p.275-285, jan./jun. 2000. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/ssrevista/n2v2.pdf>>. Acesso em: 18, abr. 2019.

CORRÊA, Thomaz; COSTA, Castro da; SOUZA, Marília Gonçalves de; BRITES, Ricardo Seixas. Delimitação e caracterização de Áreas de Preservação Permanente, por meio de um Sistema de Informações Geográficas (SIG). **Anais...** VIII Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto, Salvador, Brasil, 14-19 abril 1996, INPE, p. 121-127. Disponível em: <<http://marte.sid.inpe.br/col/sid.inpe.br/deise/1999/01.27.16.17/doc/T48.pdf>>. Acesso em: 15, abr. 2019.

CORRÊA, Paulo Victor Ramos. A não indenização das áreas de preservação permanente administrativas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n.2344, 1dez. 2009. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13943>>. Acesso em: 9, out. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil.** 12º edição, volume 4, Saraiva. São Paulo, 2017.

GUENA, Rodrigo. Ocupação antrópica do entorno do reservatório de cumulação da usina hidrelétrica de ilha solteira: Aspectos Socioeconômicos e inovações trazidas pelo novo Código Florestal de 2012. **Revista do Agronegócio - Reagro**, Jales, v.5, n.1, p. 49 - 56, jan/jun. 2016. Disponível em: <http://www.fatecjales.edu.br/reagro/images/artigos/1a_edicao/volume5/ocupacao-antropica-do-entorno-do-reservatorio-de-cumulacao-da-usina-hidroeletrica.pdf>. Acesso em: 28, set. 2018.

INATOMI, Thais. A. H.; UDAETA, Miguel E. M. Análise dos Impactos Ambientais na Produção de Energia dentro do Planejamento Integrado de Recursos. In: III Workshop Internacional Brasil - Japão: Implicações Regionais e Globais em Energia, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, 2005, Campinas - Brasil. **Anais...** Campinas: III Workshop Internacional Brasil - Japão: Implicações Regionais e Globais em Energia, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, 2005. Disponível em: <http://seeds.usp.br/portal/uploads/INATOMI_TAHI_IMPACTOS_AMBIENTAIS.pdf>. Acesso em: 27, set. 2018.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. Revista, Ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MACHADO, Rodrigo. **A Indenizabilidade das áreas de preservação permanente (APP) no direito brasileiro**. São Paulo: 2007, 2008.

MENDES, Noeli Aparecida Serafim. **As usinas hidrelétricas e seus impactos: os aspectos socioambientais e econômicos do Reassentamento Rural de Rosana - Euclides da Cunha Paulista**. 2005, 222 f. Dissertação (Mestre em Geografia) - Programa de Pós-graduação em Geografia da Faculdade de Ciências e Tecnologia – FCT/UNESP, Campus de Presidente Prudente: 2005. Disponível em: <http://www2.fct.unesp.br/pos/geo/dis_teses/05/05_noeli.pdf>. Acesso em: 15, abr. 2019.

OLIVEIRA, Dean Gomes; VICENTE, André Luiz; CAPELLARI, Marta Botti. A desequiparação do pequeno agricultor no código florestal como forma de concretização da igualdade material. **Geographia Opportuno Tempore**, Londrina, v. 3, n. 1. p. 196 -206, 2017. Disponível em: <<http://www.uel.br/rivistas/uel/index.php/Geographia/article/view/31867/22939>>. Acesso em: 13, abr. 2019.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. **Direito ambiental**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PACHECO, Sérgio. **O novo código florestal e a isenção da reserva legal para áreas inundadas pelos reservatórios das hidrelétricas**. 2012. 33 f. Disponível em: <<http://www.abce.org.br/downloads/Artigo%20RL.pdf>>. Acesso em: 17, set. 2018.

ROGERIO, Marcele. **Construção de Hidrelétricas no rio Uruguai: comunicações políticas e jurídicas relacionadas aos impactos ambientais e sociais**. Ijuí/RS: 2016.

ROSA, Mardioli Dalla. A relevância ambiental das áreas de preservação permanente e sua fundamentação jurídica. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**. Macapá, n. 3, p. 83-95, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/423/RosaN3.pdf>>. Acesso em: 04, abr. 2019.

SILVA, Mariana. O cabimento de indenização decorrente das limitações impostas pelas áreas de preservação permanente. **Revista Âmbito Jurídico**, n.137, Ano XVIII – jun. 2015 - ISSN - 1518-0360. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16133&revista_caderno=5>. Acesso em: 14, set. 2018.

SLONGO, Daniela Roberta. **A nova lei florestal brasileira (lei nº 12.651/12) aplicada às áreas de preservação permanente (apps) nas margens da usina hidrelétrica de itaipu vista pelo princípio de proibição de retrocesso ambiental**. 2014, 151 f. Dissertação (Mestre em Meio Ambiente e Desenvolvimento) - Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento, da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Curitiba 2014. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36049/R%20-%20D%20-%20DANIELA%20ROBERTA%20SLONGO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05, abr. 2019.

SOUZA, Wanderley Lemgruber. **Impacto ambiental de hidrelétricas: uma análise comparativa de duas abordagens**. 2000. 160 f. Tese (Mestre em Ciências em Planejamento Energético) - Programa de Pós-Graduação de Engenharia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Como Parte Dos Requisitos Necessários. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<http://antigo.ppe.ufrj.br/ppe/production/thesis/wlemgruber.pdf>>. Acesso em: 08, abr. 2019.

TÓRTOLA, Elissandra. **O Direito de propriedade em face da preservação ambiental**. São Paulo: 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil obrigações e responsabilidade civil**. 18. Ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2018.

CAPÍTULO 14

A CONSTITUIÇÃO DE HOLDING PATRIMONIAL PELO PRODUTOR RURAL COMO ESTRATÉGIA TRIBUTÁRIA SUSTENTÁVEL

Data de submissão: 25/07/2023

Data de aceite: 01/09/2023

Silvana Potrich Cescon

Mestre em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde (PPGDAD)
Rio Verde – GO
<http://lattes.cnpq.br/4124071149021611>

João Porto Silvério Junior

Doutor em Direito Processual, Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da UniRV (Graduação e Pós-graduação).
Rio Verde – GO.
<http://lattes.cnpq.br/8323553235935271>

se-á cuidadosamente os dispositivos do Código Tributário Nacional, priorizando-se a doutrina majoritária e a leitura cuidadosa do texto legal, objetivando-se demonstrar que há viabilidade da instituição de empresa familiar rural como estratégia tributária sustentável capaz de reduzir os encargos fiscais aplicáveis ao setor.

PALAVRAS-CHAVE: agronegócio, tributação, *holding*

THE CONSTITUTION OF EQUITY HOLDING BY THE RURAL PRODUCER AS A SUSTAINABLE TAX STRATEGY

RESUMO: Este estudo parte do questionamento relacionado à alta carga tributária incidente sobre as atividades do produtor rural, com recorte na hipótese de constituição de *holding* patrimonial rural. Para compreender os resultados esperados pela instituição da empresa rural será utilizado o método indutivo, analisando os dispositivos tributários aplicados ao setor, fazendo um comparativo entre a tributação da pessoa física e da pessoa jurídica, visando verificar em qual situação a carga tributária será mais onerosa. Através de procedimento técnico bibliográfico, analisar-

ABSTRACT: This study starts from the questioning related to the high tax burden on the activities of the rural producer, with a focus on the hypothesis of the constitution of a rural asset holding company. In order to understand the results expected by the institution of the rural company, the inductive method will be used, analyzing the tax devices applied to the sector, making a comparison between the taxation of the individual and the legal entity, in order to verify in which situation the tax burden will be more onerous. Through a technical bibliographic procedure, the provisions of

the National Tax Code will be carefully analyzed, prioritizing the majority doctrine and the careful reading of the legal text, aiming to demonstrate that there is viability of the institution of rural family business as a sustainable tax strategy capable of reducing the tax burden applicable to the sector.

KEYWORDS: agribusiness, taxation, *holding*

1 | INTRODUÇÃO

O agronegócio encontra-se atualmente em merecida posição de destaque no debate econômico e nas grandes pautas de discussão no Brasil, com ampla repercussão nos meios de comunicação. É considerado como o maior negócio da economia brasileira, sendo uma das principais locomotivas do progresso do país (LOUREZANI; LOUREZANI, 2006).

Com seus 8,5 milhões de km², o Brasil é o país mais extenso da América do Sul e o quinto do mundo com potencial de expansão de sua capacidade agrícola de forma sustentável, ou seja, sem degradação do meio ambiente (TCU, 2021).

Sua produção agrícola tem se destacado como uma das mais produtivas do mundo, com utilização de recursos tecnológicos modernos e eficientes. Considerando que a maior parte desta produção é realizada por empresas rurais familiares, a constituição de *holdings* familiares no agronegócio tem sido vista como uma estratégia viável para o planejar a sucessão, estruturar a parte herdeira, regrando limites e comportamentos, além de buscar uma diminuição legal na carga tributária.

A carga tributária relacionada às atividades do produtor rural pessoa física e a possibilidade de sustentabilidade com a constituição de *holdings* familiares será o objeto da presente pesquisa científica que visa averiguar eventuais benefícios oriundos da utilização desta forma societária na consecução dos negócios rurais.

A motivação para o presente estudo partiu da própria atuação profissional no setor, onde pôde-se observar uma alta incidência tributária em relação ao produtor rural pessoa física e a necessidade de encontrar caminhos legais e sustentáveis para a viabilizar a atividade. Uma das hipóteses possíveis é a estruturação de *holdings*, ou seja, a transição entre o exercício da atividade pela pessoa física para o exercício pela pessoa jurídica.

Será analisada a legislação vigente, permitindo identificar oportunidades e incentivos fiscais e possibilidade de recuperação de créditos pagos em excesso, trazendo eventuais vantagens competitivas e sustentabilidade para a atividade do produtor rural.

2 | METODOLOGIA

Neste trabalho será utilizado o método indutivo, através do acesso a livros, artigos, periódicos e consulta jurisprudencial, os quais possibilitarão a leitura, o conhecimento e reflexão sobre o assunto, de modo a sistematizar as informações relevantes, evoluir a

compreensão e avançar nas propostas alinhadas ao objeto de estudo nesta pesquisa. Utilizar-se-á procedimento técnico bibliográfico, visando o aprofundamento conceitual e teórico.

Adotar-se-á uma abordagem multidisciplinar do Direito, porém, com viés prático, voltada à apresentação de um modelo viável à iniciativa empresarial rural, a fim de propor uma análise pormenorizada da viabilidade de constituição de *holding* familiar rural para obtenção de benefícios tributários e consequente sustentabilidade da atividade empresarial agrícola.

3 I FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Na atual conjuntura econômica brasileira, a carga tributária onera demasiadamente toda a atividade econômica. Não bastasse isso, cerca de 95% das empresas familiares brasileiras podem ser extintas durante o processo sucessório familiar (RICCA, 2016).

Por esse motivo, a constituição da *holding* familiar rural pode trazer ao produtor rural inúmeras vantagens, como organizar o planejamento sucessório, estruturar a parte herdeira, melhorar a estrutura das relações entre a família, o negócio e o patrimônio, otimizar as relações familiares e formar uma estrutura administrativa com regras, funções e responsabilidades bem definidas.

Além destas incontáveis vantagens, a constituição da *holding* familiar rural poderá implicar, na prática, numa substancial e concreta redução da carga tributária.

A título de exemplo, destaca-se a redução da carga tributária incidente sobre os rendimentos da pessoa física mediante distribuição de lucros entre os sócios, sem sujeição à incidência do IR na fonte ou integração da base de cálculo de renda do beneficiário.

Apesar das inúmeras e aparentes vantagens, a *holding* é um instrumento pouco utilizado no Brasil. A falta de informação do setor agrícola, os altos custos para a constituição societária, a inexistência de políticas públicas de incentivo à constituição, aliados à inexistência de um sistema regulatório específico, são alguns fatores que contribuem para a parca utilização deste tipo de organização societária no meio rural.

Considerando a profissionalização do setor agrícola, rumo à chamada Agricultura 4.0, torna-se necessário promover a disseminação das informações dos benefícios oriundos desta prática, bem como a ação do Estado, visando a promoção de um marco regulatório próprio.

A estimativa do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), é de que a produção agropecuária brasileira para a safra de 2021 atinja a cifra de R\$ 959,66 bilhões, sendo R\$ 651,16 para a lavoura e R\$ 308,50 para a pecuária. São números expressivos e que exceetuam as agroindústrias (MAPA, 2021).

No ano de 2019, o PIB do agronegócio foi responsável por 21,4% do Produto Interno Bruto (PIB). Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), em

2018 todas as cadeias do agronegócio, inclusas as agroindústrias, renderam ao país cerca de R\$ 489 bilhões em tributos (MAPA, 2021).

Com uma carga tributária tão elevada, a busca por incentivos fiscais é uma medida obrigatória para aqueles que pretendem sobreviver e crescer nessa área. O objetivo é desenvolver estratégias tributárias e de gestão do risco fiscal visando redução tributária.

O sucesso da constituição e uso da *holding* está diretamente vinculado ao estabelecimento de uma base jurídica segura e adequada para dar tradução correta e otimizada aos interesses, deveres e direitos das partes envolvidas, permitindo que o negócio efetivamente conduza ao resultado visado. (MAMEDE; MAMEDE, 2021)

Por este motivo, o estudo do tema, com consequente demonstração destes benefícios, poderá contribuir para o desenvolvimento do setor.

Um levantamento inicial prévio identificou a existência de juristas e doutrinadores concordes com a existência de concretas vantagens ao produtor rural quando constituída a *holding* rural, contribuindo para a permanência do negócio e crescimento do setor.

De acordo com Teixeira (2019), é inegável que, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro, a constituição de uma sociedade personificada com limitação da responsabilidade dos sócios continua sendo uma importante forma para a estruturação do planejamento sucessório.

Na mesma linha de raciocínio, Garcia (2018) considera que a constituição de *holding* permite evitar possíveis conflitos entre os herdeiros, esquivar-se de encargos e tributação sucessória excessivos, coibir o uso do condomínio civil em imóveis e disciplinar a divisão dos bens do autor da sucessão em relação aos seus herdeiros, equacionando e evitando ao final, possíveis conflitos entre eles.

Segundo Loubet (2017), o legislador constituinte preocupou-se com as pessoas que se dedicam à atividade rural, justamente pela importância que esse segmento econômico exerce no atendimento das necessidades básicas do cidadão, como a alimentação.

O constituinte, assim, tomou por certo que a manipulação da tributação para a atividade rural é um dos meios para se atingir os objetivos traçados pela Constituição, tornando-o um dos mecanismos para consecução das políticas públicas do agronegócio de forma sustentável.

Considerando o peso atribuído ao setor, a manutenção e crescimento desta atividade fica, de maneira bastante clara, vinculada à necessidade de redução da carga tributária.

Nesta esfera, Mamede e Mamede (2021) ensinam que as vantagens tributárias devem ser avaliadas conforme o cenário fiscal, sendo importante o planejamento tributário para a geração do melhor resultado possível nas escolhas fiscais.

É correto dizer que um bem elaborado estudo tributário poderá direcionar o produtor rural à forma mais benéfica e eficaz de organização societária.

Neste sentido, também a experiência profissional tem demonstrado que a constituição de *holding* mostra-se benéfica em inúmeros sentidos, dentre eles, a questão tributária.

A despeito da iniciativa de alguns produtores rurais em adotar a *holding* patrimonial rural no seu negócio, ainda são muitos os que, mesmo após a constituição da *holding*, desenvolvem a atividade ainda na pessoa física, fazendo uso, para tanto, de institutos como o contrato de parceria ou de arrendamento.

Esta prática está ligada à falta de informações e de estudo adequado, que possa identificar qual a forma de organização mais benéfica para a consecução dos negócios: produção 100% na pessoa física, 100% na pessoa jurídica, ou uma mescla entre os dois.

Ainda neste sentido, no meio rural o conhecimento gerencial é quase sempre baixo, o que ocasiona a ausência de um planejamento estratégico na consecução dos negócios. Por este motivo, a intervenção do jurista é de primordial importância. Em vista disso, a pesquisa científica neste campo eleva o nível de atualização da intervenção jurídica, reaproximando a academia, o jurista e o produtor rural. Esta reaproximação do advogado com a atividade cotidiana do cliente pode torná-lo um consultor do que será feito e conduzir a uma elevação da qualidade do trabalho e de sua eficácia, o que proporcionará segurança e prosperidade também para a sociedade.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo refere-se a pesquisa que se encontra em andamento, e que tem por objeto analisar o tratamento tributário dado ao produtor rural pessoa física e a sustentabilidade da atividade através da constituição de *holdings* patrimoniais rurais. Visa identificar se existe oportunidade de redução da carga tributária quando implementada a forma societária proposta.

Os resultados esperados, que surgirão em decorrência do refinamento do estudo, serão no sentido de constatar quais são os incentivos fiscais que podem ser usufruídos por empresas rurais devidamente constituídas, detectando a possibilidade de recuperação de créditos pagos em excesso, o que permitirá ao produtor rural, uma melhor competitividade e sustentabilidade no mercado.

Inicialmente foi promovido um levantamento técnico bibliográfico prévio, onde se identificou o entendimento de que a atividade de produção rural, envolvendo agricultura, pecuária ou agroindústria de uma maneira geral, possui grande importância para o desenvolvimento do país, constituindo-se uma das bases sustentadoras da economia nacional.

Evidenciou-se, pela leitura da doutrina previamente selecionada, que incontáveis são os benefícios da implementação desta estratégia, qual seja, a constituição de *holding* patrimonial, sobremaneira na questão sucessória, de gestão do negócio, e na esfera tributária.

Constatou-se, através da análise de dados governamentais, que os valores arrecadados pelo setor são extremamente elevados, e de fundamental importância para a

economia nacional. Almeja-se, desta forma, por resultados que comprovem com clareza a possibilidade de redução tributária para o produtor rural, através da constituição de *holding* patrimonial rural e uso desta ferramenta no desenvolvimento da atividade rural, tornando-a sustentável.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Agropecuária brasileira em números**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/agropecuaria-brasileira-em-numeros/abn-01-2021.pdf/view>. Acesso em 04 de março de 2021.
- GARCIA, Fátima. **Holding Familiar: Planejamento sucessório e proteção patrimonial**. Maringá: Viseu, 2018.
- LOUBET, Leonardo Furtado. **Tributação Federal no Agronegócio**. São Paulo: Noeses, 2017.
- LOURENZANI, W. L.; LOURENZANI, A. E. B. S. Potencialidades do Agronegócio Brasileiro do Amendoim. In: **Sociedade Brasileira de Economia e Sociologia Rural**, 44, 2006. Anais do XLIV SOBER. Fortaleza: SOBER, 2006, 1 CD.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e suas Vantagens**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021.
- RICCA, Domingos. **95% das empresas familiares são extintas no processo de sucessão à segunda ou terceira geração**. Fundação Vanzolini. São Paulo, 10 de mai. de 2016. Disponível em: <https://vanzolini.org.br/noticia/95-das-empresas-familiares-sao-extintas-no-processo-de-sucessao-segunda-ou-terceira-geracao/#:~:text=10%2Fmaio%2F2016,-95%25%20das%20empresas%20familiares%20s%C3%A3o%20extintas%20no%20processo%20de,%C3%A0%20segunda%20ou%20terceira%20gera%C3%A7%C3%A3o&text=Segundo%20dados%20do%20IBGE%20-Instituto,constitu%C3%ADdas%20no%20pa%C3%ADs%20s%C3%A3o%20familiares>. Acesso em 04 de março de 2021.
- TCU. **Agricultura e Desenvolvimento Rural**. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/desenvolvimento-nacional/agricultura-e-desenvolvimento-rural.htm>. Acesso em: 04 de março de 2021.
- TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A INCOMPATIBILIDADE DA INDÚSTRIA FAST-FASHION E O MERCADO ESG

Data de aceite: 01/09/2023

Bruna Luchi Fiorot

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Alessandra Lignani de Miranda Starling e Albuquerque

Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC) e professora de Direito empresarial na Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

RESUMO: A indústria *fast-fashion* é impulsionada pelo crescente desejo da população por novidades, frente a uma moda que vem se tornando cada vez mais transitória. Paralelamente, começa a ser desenvolvida uma maior consciência coletiva acerca dos males provocados pela produção em massa e pelo consumo desenfreado de peças de vestuário, fazendo com que as empresas têxteis se sintam pressionadas a adotar práticas mais sustentáveis, alinhadas aos princípios ESG. Diante deste cenário, o presente estudo trata da importância da implementação de práticas ESG no âmbito empresarial

como forma de dirimir os impactos da moda rápida, entendendo-as como uma forma de concretização horizontal dos direitos fundamentais no âmbito privado. Para isso, realiza pesquisa histórico-bibliográfica acerca do desenvolvimento dos modelos de consumo e das práticas ESG, elucidando esses conceitos. Por meio do método indutivo, analisa casos reais, propondo generalizações a partir das premissas particulares. Ao final, conclui que, embora prevaleça, atualmente, uma cultura consumista no Brasil, são as práticas ESG que devem prevalecer para os gestores e CEOs das empresas têxteis, porquanto podem contribuir para a melhoria na qualidade de vida da comunidade e na preservação do meio ambiente natural, para esta e para as próximas gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Fast-fashion; Consumo; Práticas ESG; Sustentabilidade.

THE INCOMPATIBILITY OF FAST-FASHION INDUSTRY AND THE ESG MARKET

ABSTRACT: The fast-fashion industry is driven by the population's growing desire for novelty in face of a fashion that has become increasingly transitory. At the

same time, a greater collective awareness about the evils caused by mass production and unbridled consumption of garments is beginning to be developed, causing textile companies to feel pressured to adopt more sustainable practices, aligned with ESG principles. Given this scenario, this study deals with the importance of implementing ESG practices in the corporate sphere as a way to mitigate the impacts of fast fashion, understanding them as a form to guarantee fundamental rights in the private sector. The study conducts a historical-bibliographical examination of the mass production of clothing and ESG practices and how they have developed over time. Using the inductive method, it analyzes real cases, proposing generalizations from particular premises. The study deduces that although a consumerist culture currently prevails in Brazil, it is the ESG practices that should prevail for managers and CEOs of textile companies, as they can contribute to improving the quality of life of the community and to preserving the natural environment for this and future generations.

KEYWORDS: Fast-fashion; Consumption; ESG practices; Sustainability.

1 | INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do mercado globalizado da moda, aliado ao fomento da publicidade e à ascensão das redes sociais, transformou a sociedade e, principalmente, a sua forma de consumir. A demanda por mais inovações em menos tempo fez com que surgisse o *fast-fashion*, modelo de produção, consumo e descarte rápido de roupas, no qual se apresenta ao consumidor uma extensa variedade de peças, em sua maioria de baixo preço, que se renovam em curtos períodos de tempo.

Embora o consumidor, até mesmo de forma inconsciente, avalie esse consumo como economicamente vantajoso, são incontestáveis os impactos negativos gerados pela indústria da moda rápida ao meio ambiente e a milhões de trabalhadores ao redor do mundo. A exposição dos efeitos negativos ocasionados por essa indústria fez se desenvolver uma maior consciência coletiva acerca das questões socioambientais, impulsionando uma mudança por parte das empresas, que têm buscado adotar práticas ESG, isto é, práticas em prol de objetivos ambientais, sociais e de governança corporativa.

A adoção de tais medidas, que visam a “desacelerar” a moda por meio de uma atuação mais ética e sustentável, é eficaz na construção de uma boa imagem e reputação para a marca, o que atrai a atenção de investidores, de acionistas e de consumidores conscientes. Ao mesmo tempo, é inegável que subsiste o desejo do brasileiro de estar em dia com a moda por um preço acessível, fazendo com que este recorra ao *fast-fashion* para alcançar este objetivo.

Dante desse cenário dicotômico, será avaliado o que tem prevalecido na prática: a reivindicação pelos ideais ESG ou o desejo pelo consumo e a satisfação pessoal dos consumidores, de modo a verificar o que deve ser priorizado pelas empresas que desejam alcançar o sucesso.

Para isso, foi realizada pesquisa histórico-bibliográfica acerca do desenvolvimento

dos modelos de consumo até o padrão *fast-fashion*, e do surgimento das práticas ESG, elucidando esses conceitos no primeiro e no segundo capítulo deste estudo. Por meio do método indutivo, foram analisados casos reais no terceiro capítulo, a fim de avaliar a experiência de empresas brasileiras e estrangeiras, propondo generalizações a partir das premissas particulares com o intuito de deduzir se é possível distanciar-se do modelo de produção *fast-fashion* e, ainda assim, prosperar diante das demandas do mercado atual.

2 | A CULTURA DO CONSUMO EM MASSA E O SURGIMENTO DO FAST-FASHION

Se há alguns séculos o consumo tinha suas bases nas necessidades, quase que biológicas, do ser humano, hoje, no contexto contemporâneo, a necessidade humana e a sua satisfação se transformam em um anseio permanente de consumir, vinculado, principalmente, à ideia de felicidade. Fazemos parte de uma sociedade predominantemente capitalista e consumista, que, com frequência, deposita seus desejos e emoções no ato de adquirir um produto ou serviço.

Por essa razão, o consumo tem sido o fundamento para o sucesso da economia mundial, sendo este o termômetro para o empreendimento e a tomada de medidas nas empresas do mercado, seja no setor têxtil, que será explorado neste estudo, ou em qualquer outro (CIETTA, 2012).

Em um contexto histórico, o século XX foi o marco que impulsionou a sociedade para este desejo de consumir, já que as mercadorias passaram a ser revestidas de imagens e signos, acarretando a explosão do consumo em massa. Consumir passou a elevar o indivíduo que integra essa sociedade a um status e a uma posição social privilegiada e, também, na afirmação de sua própria identidade, “à medida que esta última era definida total ou parcialmente pelo status” (SEMPRINI, 2006, p. 60).

Ao longo deste século, a diversificação da oferta de bens de consumo em diversos segmentos, incluindo no setor da moda, foi ampliada. Esse fator ajudou a modificar a relação entre produtos e indivíduos. Uma nova cultura de massa, ligada ao bem-estar, ao lazer e à felicidade instantânea, impulsiona a vontade por novidade. Assim, a relação entre os seres humanos e os objetos passa a ser pautada por práticas de compra incessantes.

A produção de massa gera cada vez mais oferta e impulsiona as vendas. Esse conjunto de circunstâncias move a economia, que passa por uma metamorfose, à medida que o poder de compra dos salários sobe tão rapidamente quanto as novas necessidades dos consumidores. A maior mudança, no entanto, encontra-se nas motivações do consumidor, que não mais estão embasadas em finalidades de distinção social, e sim em objetivos e significados importantes para si mesmo.

Segundo Daniela Delgado (2008, p. 4), “os artigos de vestuário que antes eram utilizados como forma de disputar status social, aos poucos, vão se convertendo em

símbolos que representam culturalmente os indivíduos". Assim, especialmente a partir da década de 1960, o estilo das vestimentas e acessórios consumidos deixou de ser tão homogêneo e passou a ser um reflexo da forma como as pessoas se comportavam e pensavam.

As tendências anuais relativamente unificadas de antes, ditadas pela alta costura, perderam força e, "ao longo dos anos 1960 e 1970, esse consenso estético foi pulverizado com o impulso do *sportwear*, das modas jovens marginais, dos criadores do *prêt-à-porter* [pronto a vestir]" (LIPOVETSKY, 1989, p. 124). Assim, como bem descreveu Lipovetsky, já não havia uma moda, mas muitas modas.

Desde a década de 1980, essas muitas modas vêm se tornando cada vez mais rápidas e transitórias, e o mercado vem se aprimorando através das necessidades e desejos subjetivos que constantemente surgem na sociedade. Isso se deu e se dá em decorrência de alguns fatores, como, por exemplo, a globalização e a expansão da internet, que viabilizou o acesso à informação a todos, possibilitando o alcance de um maior público por meio de campanhas e novas técnicas de comunicação.

Uma das consequências decorrentes do desenvolvimento do mercado globalizado da moda foi o surgimento do *fast-fashion*, ou "moda rápida", sendo este o modelo produtivo de maior sucesso no setor da moda nos últimos anos (CIETTA, 2012, p. 33). Criado na década de 1990, o *fast-fashion* surgiu para atender a demanda dos clientes por mais inovações em menos tempo, adotando um novo sistema de produção e distribuição de produtos.

Segundo Guillaume Erner (2005), o conceito do *fast-fashion* nasceu mais especificamente em Sentier, um bairro de Paris, quando pequenos comerciantes do setor têxtil começaram a produzir suas peças rapidamente, após terem a certeza sobre quais eram as tendências daquela temporada, objetivando mitigar as chances de erro e de perda nas vendas.

O grande diferencial do *fast-fashion* é a velocidade de resposta ao mercado e, segundo Cietta (2012, p. 147), isso é feito de duas formas. A primeira diz respeito às verificações e correções, que são feitas com frequência nos produtos que estão nas lojas: o que não vende é logo retirado das prateleiras e o que esgota com rapidez é imediatamente reposto. A segunda maneira de corresponder às expectativas do cliente, de forma rápida, consiste na criação de oportunidades de consumo, as quais surgem por meio da capacidade de compreender e testar os sinais de novas tendências e estilos de vida.

Dessa forma, comprehende-se que o *fast-fashion* se baseia na sobreposição entre produção e consumo, dissociando a ideia comum de oferta e procura, uma vez que vivenciamos uma cultura do consumo em massa. Ou seja, em uma sociedade em que o indivíduo é atraído por princípios baseados no prazer de usar bens e serviços, atribuindo ao ato de adquiri-los o sentimento de satisfação, ele compra coisas novas antes mesmo de ter consumido as antigas. Sobre isso, Julia Munhoz (2012, p. 25) explica que "o próprio

ato de consumir gera uma nova produção em um círculo vicioso no qual o consumidor é o protagonista. Enxergar essa subjetividade contemporânea e utilizá-la como essência de modelo de negócio é o grande trunfo do *fast-fashion*”.

Assim, o *fast-fashion* se sustenta por estar intrinsecamente relacionado ao desejo de novidade e à rapidez dos processos de consumo, de modo que a moda se torna ainda mais efêmera. Exemplos disso são lojas como Zara, H&M, C&A e Riachuelo, que funcionam a partir de um modelo de produção, consumo e descarte rápido, no qual se apresenta ao consumidor uma extensa variedade de peças, em sua maioria de baixo preço, as quais se renovam a cada mês, ou até mesmo em períodos mais curtos.

Atualmente, com uma expansão ainda maior dos meios de comunicação em massa e das redes sociais, vemos uma epidemia deste modelo de produção, já sendo possível se falar em uma moda ultrarrápida. A empresa que vem recebendo o maior destaque no cenário mundial por seus preços baixíssimos e extensa variedade de produtos, que se atualizam incessantemente, é a Shein, empresa com base de fabricação na China, a qual lança em seu aplicativo, diariamente, cerca de seis mil novos itens (PACHECO, 2022).

Em redes sociais como YouTube, TikTok e Instagram, é possível encontrar uma infinidade de vídeos postados por influenciadores digitais com o título “Shein Haul” (em português: aquisições da Shein), que mostram ao público as dezenas de peças adquiridas da referida empresa, que geralmente custam entre R\$15,00 e R\$60,00, cada.

A exposição constante a novos produtos através das redes, que ocorre não apenas por meio dos influenciadores, mas também graças aos anúncios personalizados para cada usuário, de acordo com seus interesses pessoais, tem impulsionado as vendas desta empresa e de muitas outras semelhantes, fortalecendo ainda mais a indústria da moda rápida.

2.1 As consequências do consumo inconsciente

Embora o *fast-fashion* seja um modelo de produção economicamente proveitoso para os fornecedores e consumidores, pouco se pensa sobre os impactos sociais, econômicos e ambientais provocados por esta maneira de consumir.

Para que tal modelo tenha êxito, as grandes empresas varejistas buscam mão de obra cada vez mais barata, para obter o máximo de lucro e para se manterem à frente da concorrência, importando suas peças de países como Bangladesh e Camboja, onde não existem direitos coletivos e sindicais, o salário mínimo é extremamente baixo e os trabalhadores não possuem benefícios como licença-maternidade e pensões trabalhistas.

Além de serem obrigados a trabalhar em condições extremamente precárias, cumprindo jornadas de trabalho extenuantes, em prédios com estruturas condenadas e muitas vezes expostos a produtos químicos altamente prejudiciais à saúde, estima-se que “o trabalhador que confecciona uma peça de roupa ganha entre 1% e 2% do valor final da venda de tal peça [...], o que não é suficiente sequer para repor suas necessidades

energéticas em termos de alimentação diária" (SALCEDO *apud* BERLIM, 2016, p. 93).

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a área têxtil é a que apresenta a maior concentração de trabalho em subcondições. Diversos organismos internacionais caracterizam esse tipo de trabalho como análogo à escravidão, eis que pessoas são vendidas como objetos (em sua maioria, mulheres e crianças), forçadas a trabalhar por pouca ou nenhuma remuneração e ficam à mercê de seus "empregadores" (ONG ANTI-SLAVERY, 2022). Falamos, portanto, de uma forma moderna de escravidão.

Como se isso não bastasse, "a indústria da moda atualmente representa o segundo setor que mais polui o meio ambiente, perdendo apenas para a indústria petrolífera" (ANDRÉA; GUNDIM, 2019, p. 610). O rápido consumo e descarte dos produtos do sistema *fast-fashion* ocasiona um enorme desequilíbrio ambiental, visto que é gerada uma exorbitante quantidade de lixo, sendo o material utilizado, na grande maioria das peças, de menor e mais frágil vida útil, pois são geridos dentro da lógica da moda, que significa o presente e a efemeridade (BERLIM, 2016, p. 91).

De acordo com o relatório de 2017 da Ellen MacArthur Foundation, grandes quantidades de recursos não renováveis são extraídos para se produzirem peças que são usadas pouquíssimas vezes, fazendo com que mais de US\$ 500 bilhões sejam perdidos a cada ano, devido à subutilização de roupas e à falta de reciclagem. Para se ter uma ideia, enquanto uma peça de roupa produzida no sistema *fast-fashion* é utilizada, em média, cinco vezes, as peças no *slow-fashion* (isto é, moda lenta) são utilizadas aproximadamente cinquenta vezes (CAMARGO, 2021).

Além disso, agências da ONU alertam que a indústria da moda, sozinha, é responsável por 8% a 10% das emissões de gás carbônico na atmosfera. A maior concentração de emissões de CO₂ está na fase de produção da matéria-prima, que abrange a produção das fibras, preparação dos fios, preparação do tecido, tingimento e acabamento (GEDEON, 2021).

O poliéster, uma das fibras mais utilizadas no mercado *fashion*, é responsável pela emissão anual de 32 das 57 milhões de toneladas globais, além de demorar mais de 200 anos para se decompor (CAMARGO, 2021). Outra fibra bastante utilizada nas roupas é a viscose, cuja fabricação exige o uso de vários produtos químicos que acabam sendo despejados no meio ambiente, sem qualquer tratamento prévio (CAMARGO, 2021).

No geral, as peças produzidas no sistema *fast-fashion* geram 400% mais emissões de carbono por ano do que peças de marcas *slow-fashion* (CONCA, 2015) e, durante esta fase de criação das peças, 25% de todo o material utilizado vira lixo. Especialistas preveem que, nesse ritmo, em 2050, o setor têxtil será responsável por um quarto das emissões de carbono de todo o planeta (ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, 2017), ocasionando mudanças climáticas irreversíveis.

Vemos, portanto, que o baixo custo para o consumidor equivale a um alto custo para o planeta e para milhares de trabalhadores em situação de miséria. Dentro deste contexto,

é evidente que as empresas do ramo da moda possuem uma enorme responsabilidade social e ambiental, detendo o poder de destruir ou de amenizar drasticamente a crise socioambiental que presenciamos hoje.

3 I É MODA SER ESG: O NOVO PADRÃO A SER BUSCADO PELAS EMPRESAS

Na medida em que são trazidas à luz as consequências do consumo desenfreado, surgem, em reação ao *fast-fashion*, tendências de consumo consciente, como a *slow-fashion*, a qual visa à aquisição de produtos baseada em necessidade, priorizando a qualidade em vez da quantidade. Esta tendência propõe, assim, uma “visão reabilitada da moda, onde o prazer atrela-se à responsabilidade socioambiental” (BERLIM, 2020).

Essa tendência ganhou ainda mais força durante a pandemia de Covid-19. Afinal, ter passado mais de um ano dentro de casa despertou a população para a superfluíduidade de se terem muitas roupas, bem como de um consumo acelerado que não acompanha a necessidade.

Ainda nesse período, com a maior divulgação de notícias sobre mudanças climáticas e a degradação do meio ambiente, “se revelou a característica de uma sociedade muito mais voltada para valores e princípios alinhados a uma concepção de sustentabilidade planetária, para as presentes e futuras gerações” (NASCIMENTO, 2022, p. 35). Essa consciência generalizada provoca uma mobilização da sociedade que, sem dúvidas, exerce maior pressão nas organizações e empresas, para que estas se tornem mais transparentes e responsáveis.

Não somente o olhar dos consumidores é transformado neste cenário pós pandêmico, como também o dos investidores, que atribuem um maior valor às marcas que são efetivamente responsáveis quanto aos aspectos socioambientais e de governança corporativa. Conforme tais critérios passam a ser mais importantes no mundo dos negócios, as empresas buscam atingir o padrão ESG, sigla para *environmental* (ambiental), *social* (social) e *governance* (governança).

A sigla ESG foi criada em 2004, na publicação do Pacto Global chamada “Who Cares Wins”, ou, em português, “quem se importa ganha”, quando o então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, desafiou os CEOs das 50 maiores instituições financeiras a integrarem os aspectos ambientais, sociais e de governança no mercado de capitais (NASCIMENTO, 2022, p. 51). Contudo, foi apenas nos últimos anos, especialmente em 2020, que o termo ganhou maior popularidade, sendo difundido como um padrão a ser alcançado pelas empresas.

Desse modo, o negócio não é mais avaliado apenas pelos critérios usuais de mercado, como rentabilidade, competitividade, segurança e resiliência, mas também pelo seu nível de envolvimento com o chamado “tripé da sustentabilidade”, que abrange as dimensões econômica, social e ambiental. O propósito é “garantir a perpetuidade da

empresa como instrumento de geração de valor para seus acionistas e investidores ou proprietários" (BELINKY, 2021, p. 41), construindo uma boa imagem perante a sociedade.

Insta salientar que, hoje em dia, questões ambientais e sociais são cada vez mais valorizadas pelos consumidores, no momento de optarem por uma marca. Um estudo sobre a reputação das empresas e a percepção dos consumidores com relação a práticas ESG, realizado pela Lew'Lara\TBWA em parceria com a DCODE, demonstrou que "42% da população acredita que as práticas ambientais de uma marca são o aspecto mais importante na hora de escolher uma empresa" (JATOBÁ, 2022).

Embora os estudos recentes demonstrem que a questão ambiental é a mais comentada e exigida pelos consumidores nas redes sociais, esses mesmos estudos mostram que as marcas têm sido reconhecidas principalmente pelas iniciativas que integram o fator social (PACTO GLOBAL, 2021), como o incentivo à diversidade e a proteção de gênero, direitos humanos, efetivação de direitos trabalhistas e de segurança do trabalho etc.

Nesse sentido, não há dúvidas de que as empresas com fraco desempenho em ESG tenderão a perder espaço no mercado, enquanto aquelas que vincularem a agenda econômica com a socioambiental serão cada vez mais valorizadas (BELINKY, 2021, p. 38). Por esse motivo, gestores de ativos e dirigentes empresariais têm buscado "recalcular a rota" de suas empresas, visando a enquadrar seus projetos nos critérios ESG.

De acordo com o estudo "A Evolução do ESG no Brasil", realizado em 2021 pela Rede Brasil do Pacto Global da ONU, as principais ações empresariais em alinhamento com o ESG apontam:

[...] 31% de combate e desdobramento de casos de corrupção; 29% de impactos e situação da Amazônia; 20% estímulos à inclusão social, 11% criação de conselhos e comitês para zelar pela integridade das empresas; 9% Políticas de incentivo à diversidade; 6% Medidas de combate ao Efeito estufa; 5% práticas de promover equidade (NASCIMENTO, 2022, p. 52).

Mesmo as empresas enquadradas como *fast-fashion* têm tomado medidas para reduzir problemas como degradação ambiental, desigualdades sociais e falta de transparência nas práticas empresariais.

No Brasil, a Renner, que é conhecida pela grande variedade de peças de vestuário e acessórios por um preço acessível, destacou-se no ranking das companhias abertas com as melhores notas de ESG, divulgado pela Bolsa de Valores do Brasil, ficando em segundo lugar (RIPARDO, 2022). A classificação tão alta no ranking se dá, principalmente, por conta das inovações trazidas pela empresa, que tem aplicado princípios de circularidade em seus estabelecimentos, que implica a "escolha de materiais duradouros, na preservação e reutilização de recursos, e no descarte adequado no fim do ciclo de vida útil" (LOJAS RENNER, 2022).

A Renner tem aplicado o conceito de circularidade desde a construção das lojas até a operação. Na obra, por exemplo, a empresa deixou de usar 8,5 toneladas de aço

estrutural (BEZERRA, 2021) e 97% dos resíduos não foram enviados para aterro, sendo reciclados ou reaproveitados (G.LAB, 2021). O impacto dessas medidas é tão significativo que “as emissões de CO₂ evitadas durante a reforma e o funcionamento de uma unidade, em um cenário de 20 anos, correspondem à restauração de uma área de 1,5 hectare de Mata Atlântica” (G.LAB, 2021).

No que tange às operações, a marca tem investido em “coleções-cápsulas”, que contêm menos peças do que uma coleção tradicional, enquadrando-se no conceito de *slow-fashion*. Além disso, as peças são feitas com matérias-primas mais sustentáveis – como o algodão orgânico e o linho certificado na origem – e por meio de processos de menor impacto, sendo possível citar, como exemplo, o tingimento natural de camisas, feito a partir de plantas, e a etapa de amaciamento realizada com cascas de laranja (G.LAB, 2021).

Outro exemplo brasileiro é a marca de calçados Arezzo, que também entrou para o ranking das campeãs de ESG da bolsa de valores, ficando em 40º lugar. De acordo com Rodrigo Crespi, analista da Guide Investimentos, “a Arezzo tem o foco na eficiência energética e nas emissões de gases estufa por meio do uso de energia 100% renovável” e, assim como a Renner, tem implementado propostas de economia circular (ROCHA, 2022).

Além das mudanças positivas implementadas em sua cadeia de produção, o grupo Arezzo tem buscado ampliar a sua atuação em tecnologia e inovação, mantendo o foco na moda sustentável. No ano de 2020, a companhia adquiriu a TROC, uma startup de compra e venda de peças usadas. O plano é conectar a TROC à sua plataforma de *marketplace* (ZZ Mall), para que os consumidores possam vender suas peças de vestuário usadas e utilizar os créditos obtidos com essa venda na compra de novos produtos (SALOMÃO, 2020).

Embora não seja fácil – e tampouco barato – investir em soluções inovadoras, o excelente desempenho das empresas citadas é um exemplo vivo de como as iniciativas conectadas aos fundamentos de ESG importam. Conforme explica Vincent Stanley, diretor de filosofia da empresa Patagonia:

Se você investe no longo prazo, não vai querer apostar seu dinheiro em empresas que ficaram paradas no tempo. Mas, sim, em companhias inteligentes e responsáveis que trabalharão para atender às necessidades das pessoas nesta era desafiadora. Empresas com boas práticas de governança têm mais chances de serem responsáveis, ágeis e de alcançar o sucesso (ROCHA, 2021).

A adoção de medidas mais éticas e sustentáveis não apenas atrai a atenção de investidores e consumidores, gerando benefícios tangíveis e intangíveis aos negócios, mas, acima de tudo, proporciona melhores condições de vida para a população e minimiza os efeitos negativos gerados pela indústria sobre o meio ambiente a longo prazo.

4 | DESEJO DE CONSUMIR VS. CONSCIÊNCIA ESG: O QUE PREVALECE NA PRÁTICA?

Vemos que, de um lado, cresce na população o desejo constante por novidades, frente a uma moda que vem se tornando cada vez mais transitória. De outro, começa a se desenvolver uma maior consciência coletiva acerca dos males provocados pelo consumo desenfreado e pela cadeia de produção de roupas em massa, impulsionando a adoção de práticas ESG. Mas, atualmente, o que tem maior peso, sob o ponto de vista empresarial?

Não existem dúvidas de que, por ora, os esforços para “desacelerar” a moda, investindo em modos de produção e consumo *slow-fashion*, têm pouco apelo entre a população em geral. As redes sociais revelam, pelo contrário, um entusiasmo crescente entre os membros das gerações mais jovens pela moda descartável, já que lhes permite possuir um guarda-roupa mais completo, atual e por um preço acessível.

No TikTok, rede social que atualmente conta com mais de um bilhão de usuários ativos por mês, os vídeos postados sob a hashtag *#zaravsshein* têm se tornado um grande sucesso, atingindo um número impressionante de visualizações. Esses vídeos consistem em uma exposição de dois produtos semelhantes, ou até mesmo idênticos, um deles comprado na Zara e o outro na Shein, nos quais os usuários comparam seu preço e qualidade.

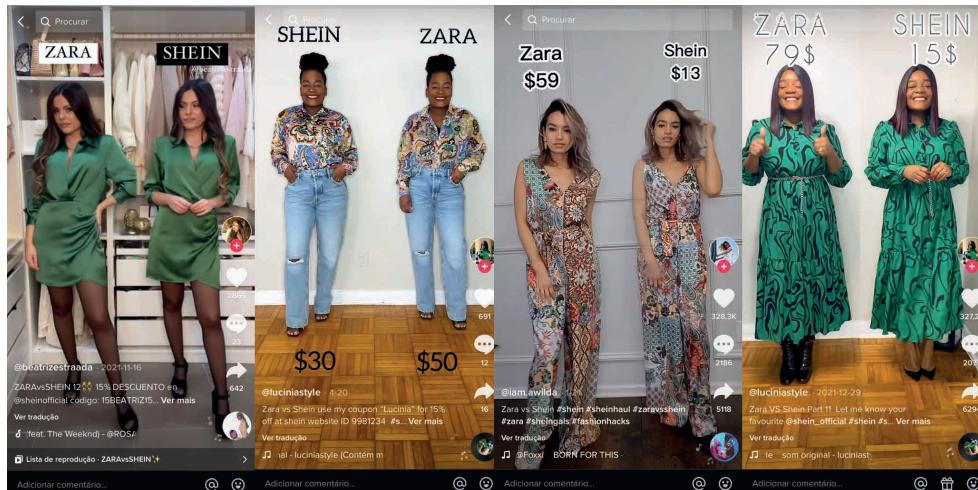


Figura 1 - Capturas de tela de vídeos extraídos do aplicativo TikTok.

Fonte: TIKTOK, 2022.

Na esmagadora maioria dos vídeos em questão, os consumidores elogiam os preços baixos da Shein, que, conforme já mencionado anteriormente, é o atual símbolo da moda ultrarrápida, enxergando a retalhista como uma alternativa mais barata à Zara. É

possível observar, na imagem acima, que as peças vendidas pela gigante da moda chinesa não possuem quase nenhuma diferença visual em relação às de sua concorrente. Porém, a diferença no valor é bastante significativa, podendo ser até cinco vezes mais barata.

Ao que parece, a Zara, que há alguns anos era automaticamente associada ao conceito de *fast-fashion*, tem se afastado dessa classificação. Isso porque a marca passou por drásticas mudanças estruturais a partir de 2011, após terem sido descobertos casos de trabalho escravo em sua cadeia de produção, momento em que assumiu o compromisso de adotar práticas mais éticas e sustentáveis (OJEDA, 2014).

Segundo Pablo Isla, CEO da Inditex – conglomerado de empresas têxteis da Espanha –, a Zara não mais importa suas peças de oficinas terceirizadas em outros países, onde não havia a devida fiscalização acerca das condições laborais dos trabalhadores. Atualmente, a empresa possui fábricas próprias, onde produz suas estampas e utiliza materiais e manufatura local, o que lhe garantiu o título de varejista mais sustentável pelo índice de sustentabilidade da Dow Jones, de 2016 a 2018 (UNIVERSA, 2019).

As mudanças pelas quais a marca passou implicam, naturalmente, um aumento dos preços dos produtos, já que o custo da cadeia de produção aumentou. Contudo, por mais irônico que possa parecer, os valores mais altos das peças desagradam o público que busca estar em dia com a moda, especialmente quando são capazes de encontrar imitações por metade (ou até menos) do preço.

A verdade é que, no momento da compra, questões como a origem das peças, as condições de trabalho dos produtores e os impactos da produção massificada são pouco lembradas pelos consumidores. Isso se dá não apenas porque os produtos por si só são atraentes aos olhos, mas, principalmente, pelo fato de que os consumidores são bombardeados com vídeos e fotos de outras pessoas exibindo seus estilos e novas aquisições, o que involuntariamente influencia suas decisões de compra.

Martin Lindstrom (2017), autor do livro “A Lógica do Consumo”, explica que possuímos, em nossos cérebros, neurônios-espelho que são ativados quando observamos uma ação sendo realizada, sendo este o motivo de muitas vezes imitarmos involuntariamente o comportamento de outras pessoas. Levando isso em consideração, não é surpresa que os hábitos de consumo de terceiros possam afetar diretamente nossa própria experiência de consumo, fazendo com que compremos produtos que, sem qualquer influência externa, sequer seriam uma opção para nós.

As empresas *fast-fashion* aproveitam-se dessa característica para impulsionar o negócio, ofuscando toda e qualquer racionalidade por trás da compra. A partir da Figura 1, é possível notar que algumas das influenciadoras digitais, nas legendas de seus vídeos, oferecem cupons de desconto no *site* da Shein. Assim, o usuário assiste ao vídeo, deslumbra-se com o baixo preço que é posto, em comparação com uma marca mais cara, e ainda lhe é oferecido um cupom de desconto! Torna-se uma oferta imperdível para o consumidor.

O sucesso de vendas obtido por meio dessas técnicas fez com que, em 2021, o aplicativo da Shein fosse o mais baixado no setor da moda, contando com mais de 23,8 milhões de *downloads* no Brasil. Além disso, estima-se que a empresa tenha faturado cerca de dois bilhões de reais apenas com as vendas no país, nesse mesmo ano (AZEVEDO, 2022).

Sob esse ponto de vista, parece não valer a pena investir em uma mudança firmada no tripé da sustentabilidade. No entanto, a necessidade de estar alinhado aos princípios ESG vai muito além dos lucros que a empresa pode obter a curto prazo. Como já mencionado, a transparência e a responsabilidade social nos negócios são características cada vez mais valorizadas no meio empresarial, sendo essencial que uma marca, para garantir seu sucesso, construa e mantenha uma boa reputação perante a sociedade.

Como bem destaca Juliana Nascimento (2022, p. 36), com os grandes casos de escândalos corporativos que ocorreram no mundo, os princípios da integridade e transparência se fortificaram ainda mais, não havendo mais espaço para a ausência de ética nas práticas empresariais. Como consequência, as organizações que, por algum motivo, têm sua reputação manchada, despencam de posições nas quais antes figuravam dentro das principais listas de negócios bem-sucedidos ou milionários (NASCIMENTO, 2022).

As recentes movimentações do mercado apontam que o engajamento em causas socioambientais não é obstáculo para a lucratividade das empresas. Muito pelo contrário, as companhias que investem em soluções inovadoras, com base nos ideais ESG, possuem maiores chances de sucesso no cenário atual.

Exemplo disso é a empresa de vestuário esportivo Patagonia, que conseguiu alcançar dois objetivos aparentemente dicotômicos: obter lucro com a venda de seus itens e, simultaneamente, encorajar o consumo consciente e a preservação do ecossistema. A marca é exemplar em sua atuação em prol da causa ambiental. Algumas das práticas adotadas são a utilização de energia solar na sua sede e nas lojas próprias; o investimento de mais de 600 mil dólares em iniciativas de reciclagem em suas instalações; a utilização de algodão orgânico em 100% de seu portfólio; e a utilização de um *e-commerce* próprio para compra e venda de peça usadas entre os clientes (ROCK CONTENT, 2019).

O discurso contra o consumismo e a eficaz atuação em favor das causas defendidas produziu frutos para a Patagonia, trazendo enorme visibilidade para a marca, especialmente no boca-a-boca das redes sociais. Tudo isso fez com que as vendas saltassem 150% entre os anos de 2007 e 2014 (EXAME, 2019), garantindo à empresa, hoje em dia, um lucro anual de 100 milhões de dólares. E o melhor: 1% de todo o lucro obtido no ano é doado para organizações que objetivam preservar e restaurar o meio ambiente (ROCHA, 2021).

Vê-se, portanto, que as empresas comprometidas com fatores ambientais, sociais e de boa governança tendem a prosperar em razão de sua transparência e responsabilidade com a sociedade na qual estão inseridas.

Mais do que isso, a aplicação de estratégias ESG “acaba por se tornar uma forma de concretização horizontal dos direitos fundamentais no âmbito privado” (SAAVEDRA, 2022, p. 192). Note-se que as três dimensões do ESG correspondem às dimensões dos direitos fundamentais:

[...] a dimensão social corresponde aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão e a dimensão ambiental, corresponde à temática da proteção ambiental, que tem sido denominada dimensão ecológica dos direitos fundamentais (SAAVEDRA, 2022, p. 192).

Muito além dos benefícios econômicos que o alinhamento aos princípios ESG pode proporcionar, é preciso que as empresas reconheçam seu papel na batalha em prol de um meio ambiente mais equilibrado. Diante da pressão de políticas internacionais voltadas a minimizar os impactos futuros das mudanças climáticas, há uma forte interdependência entre o avanço econômico do país e a adoção de práticas sustentáveis (QUEIROZ; WATANABE, 2021).

Assim, embora o desejo de consumir prevaleça, atualmente, no imaginário dos consumidores brasileiros, são as práticas ESG que devem prevalecer para os gestores e CEO das empresas têxteis, eis que possuem a capacidade de promover mudanças significativas no cenário atual da sociedade, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida da comunidade e para a preservação do meio ambiente natural para esta e para as próximas gerações.

5 | CONCLUSÃO

Graças à rápida disseminação de informações por meio das redes sociais e demais plataformas de comunicação atuais, as preocupações socioambientais vêm ganhando maior destaque, já sendo possível observar o princípio de uma mobilização em prol da sustentabilidade planetária. Isso faz com que as empresas alinhadas aos critérios ESG ganhem maior destaque no mercado, uma vez que essas práticas constroem boa reputação e imagem perante a sociedade, o que atrai não apenas uma maior gama de consumidores, mas também investidores e acionistas.

Ocorre que, embora a indústria *fast-fashion* esteja longe de atender tais critérios de sustentabilidade, sua popularidade se mantém firme entre os consumidores que buscam estar em dia com as tendências, os quais têm adquirido, como nunca, grandes quantidades de peças de vestuário por um preço baixíssimo. Vimos que as empresas da moda rápida e ultrarrápida, como a gigante chinesa Shein, têm obtido lucros altíssimos, apesar da ausência de transparência e da pouca – ou nenhuma – importância que atribuem às práticas voltadas para preservação ambiental e garantia de melhores condições de trabalho de seus empregados.

Este fato pode ser desanimador para as empresas que têm buscado “desacelerar”

a moda, adotando práticas ESG e trazendo inovações mais sustentáveis. Contudo, a necessidade de atingir o padrão ESG vai muito além dos lucros que a marca pode obter a curto prazo. O propósito principal a ser alcançado é a perpetuidade da empresa como instrumento de geração de valor para seus acionistas e investidores ou proprietários, o que lhes trará lucros a longo prazo. Felizmente, conforme foi demonstrado neste estudo, já existem marcas focadas nesses objetivos que têm crescido e ganhado maior reconhecimento a cada dia, tal como a Renner, a Arezzo e a Patagonia, mostrando ser possível alinhar o sucesso empresarial à sustentabilidade.

Em última análise, vale destacar que os critérios ESG devem ser almejados, principalmente, por serem uma forma de concretização horizontal de direitos fundamentais no âmbito privado, eis que as empresas estariam contribuindo com a preservação de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, e com a melhoria da qualidade de vida, tanto de seus funcionários como de toda a sociedade, prezando pelo respeito aos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e a abolição do trabalho escravo e infantil. Não restam dúvidas, portanto, de que esta é uma importante ferramenta no combate da produção exploratória da indústria *fast-fashion*.

REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. A indústria da moda “fast fashion” e seus impactos ambientais: da necessidade de desenvolvimento sustentável como preservação dos direitos humanos fundamentais. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires et al. (Org.). **Direitos Humanos**: Diálogos Interdisciplinares. 1^a ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2019, v. 1, p. 603-624.

AZEVEDO, Vitor. **Shein no Brasil**: expansão de companhia chinesa deixa analistas mais cautelosos com varejistas de moda. InfoMoney, 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/shein-no-brasil-expansao-de-companhia-chinesa-deixa-analistas-mais-cautelosos-com-varejistas-de-moda/>. Acesso em: 01 mai. 2022.

BELINKY, Aron. Seu ESG é Sustentável? **GVEEXECUTIVO**: Caminhos para a sustentabilidade, v. 20, n. 4, p. 37-44, out./dez. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/85080>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BERLIM, Lilyan Guimarães. **Slow Fashion, soluções práticas e ideológicas para novos tempos**. In: II Congresso Iberoamericano de Economia Criativa. Rio de Janeiro, 2020.

BERLIM, Lilyan Guimarães. **Transformações no Campo da Moda**: Crítica ética e Estética. 2016. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação de Ciências Sociais, Desenvolvimento, Sociedade e Agricultura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

BEZERRA, Sabrina. **Varejo ESG**: Renner cria novo conceito de loja sustentável. StartSe, 2021. Disponível em: <https://app.startse.com/artigos/sustentabilidade-lojas-renner>. Acesso em: 30 abr. 2022.

CAMARGO, Fernanda. **O custo por trás da indústria da moda é maior do que você pensa**. Estadão, 2021. Disponível em: <https://einvestidor.estadao.com.br/colunas/fernanda-camargo/impacto-ambiental-industria-moda>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CIETTA, Enrico. **A revolução do fast-fashion:** estratégias e modelos organizativos para competir nas indústrias híbridas. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2012.

CONCA, James. **Making Climate Change Fashionable - The Garment Industry Takes On Global Warming.** Forbes, 2015. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jamesconca/2015/12/03/making-climate-change-fashionable-the-garment-industry-takes-on-global-warming/?sh=2e3e6fd979e4>. Acesso em: 12 abr. 2022.

DELGADO, Daniela. Fast Fashion: estratégia para conquista do mercado globalizado. **Modapalavra e-periódico**, ano 1, n. 2, ago-dez. 2008.

ELLEN MACARTHUR FOUNDATION. **A new textiles economy: Redesigning fashion's future.** 2017. Disponível em: <https://ellenmacarthurfoundation.org/publications>. Acesso em: 29 abr. 2022.

ERNER, Guillaume. **Vítimas da moda? Como a criamos, por que a seguimos.** São Paulo: Senac, 2005.

EXAME. **Nesta Black Friday, não compre o meu produto:** O discurso diferenciado que elevou as vendas da Patagonia em 150%. 2019. Disponível em: <https://exame.com/colunistas/oportunidades-disfarçadas/nesta-black-friday-nao-compre-o-meu-produto/>. Acesso em: 19 set. 2022.

GEDEON, Maria. **O que é Pegada de Carbono e os impactos da indústria fashion.** Emigê, 2021. Disponível em: <https://emige.it/blogs/news/o-que-e-pegada-de-carbono-e-os-impactos-da-industria-fashion>. Acesso em: 12 abr. 2021.

G.LAB. **Projeto une circularidade, moda e experiência de compra diferenciada:** conheça a loja circular da Renner. O Globo, 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/ela/projeto-une-circularidade-moda-experiencia-de-compra-diferenciada-conheca-loja-circular-da-renner-25257468>. Acesso em: 29 abr. 2022.

JATOBÁ, Rosana. **Questão ambiental é a mais lembrada por brasileiros na hora de decidir se relacionar com uma marca.** CBN, 2022. Disponível em: <https://umsoplaneta.globo.com/sociedade/consumo-consciente/noticia/2022/04/24/na-vitrine-esg-questao-ambiental-e-a-mais-lembrada-por-brasileiros-na-hora-de-decidir-se-relacionar-com-uma-marca.ghtml>. Acesso em: 30 abr. 2022.

LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo:** verdades e mentiras sobre por que compramos. Rio de Janeiro: Harper Colins Brasil, 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero:** a moda e o seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

LOJAS RENNER. **Lojas Circulares.** 2022. Disponível em: <https://www.lojasrenner.com.br/sustentabilidade/circularidade>. Acesso em 30 abr. 2022.

MUNHOZ, Júlia Paula. **Ensaio sobre o fast-fashion e o contemporâneo.** São Paulo. Nov. 2012. Disponível em: <http://www2.eea.usp.br/moda/monografias/Julia.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. ESG vivo: a nova jornada da globalização pela transformação do capitalismo regenerativo e de stakeholder no mundo dos negócios. In: NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Coord.). **ESG - o Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder: A Tríade Regenerativa do Futuro Global**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 31-70.

OJEDA, Igor. **Zara admite que houve escravidão na produção de suas roupas em 2011**. Repórter Brasil, 2014. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2014/05/zara-admite-que-houve-escravidao-na-producao-de-suas-roupas-em-2011/>. Acesso em: 01 mai. 2022.

ONG ANTI-SLAVERY. **What is forced labour?** 2022. Disponível em: <https://www.antislavery.org/slavery-today/forced-labour/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

PACHECO, Beatriz. **Shein**: avaliada em US\$ 100 bilhões, fast fashion chinesa acende alerta no mercado. ISTOÉ Dinheiro, 2022. Disponível em: <https://www.istoeedinheiro.com.br/avaliada-em-us-100-bilhoes-fast-fashion-chinesa-acende-alerta-no-mercado/>. Acesso em: 02 mai. 2022.

PACTO GLOBAL. **Stilingue e Rede Brasil do Pacto Global lançam estudo sobre a evolução do ESG no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/noticia/520/stilingue-e-rede-brasil-do-pacto-global-lancam-estudo-sobre-a-evolucao-do-esg-no-brasil>. Acesso em: 29 abr. 2022.

QUEIROZ, Carolina; WATANABE, Cyntia. **A nova face dos negócios**: o impacto do ESG no ambiente empresarial, no consumo e nas finanças. VEJA, 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/insights-list/a-nova-face-dos-negocios-o-impacto-do-esg-no-ambiente-empresarial-no-consumo-e-nas-financas/>. Acesso em: 01 mai. 2022.

RIPARDO, Sérgio. **B3 divulga ranking dos campeões de ESG**; Vale e Petrobras estão fora. Bloomberg Línea, 2022. Disponível em: <https://www.bloomberglinea.com.br/2022/01/28/b3-divulga-ranking-dos-campeoes-de-esg-vale-e-petrobras-estao-fora/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

ROCHA, Daniel. **Conheça empresas do setor de moda comprometidas com pautas de ESG**. Estadão, 2022. Disponível em: <https://einvestidor.estadao.com.br/investimentos/moda-empresas-esg-compromisso-sustentabilidade/>. Acesso em: 29 abr. 2022.

ROCHA, Isabel. **Boas práticas viraram o coração da Patagonia, diz Vincent Stanley**. Exame, 2021. Disponível em: <https://exame.com/esg/boas-praticas-coracao-da-patagonia-vincent-stanley/>. Acesso em: 18 set. 2022.

ROCKCONTENT. **Case Patagonia**: o paradoxo do marketing anti-consumo. 2019. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/case-patagonia/>. Acesso em: 18 set. 2022.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. A ética de mercado: ESG como forma de concretização dos direitos fundamentais. In: NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Coord.). **ESG - o Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder: A Tríade Regenerativa do Futuro Global**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 184-193.

SALOMÃO, Karin. **Arezzo compra brechó online premium e lança fundo de investimentos**. Exame, 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/arezzo-compra-brecho-online-premium-e-lanca-fundo-de-investimentos/>. Acesso em: 19 set. 2022.

SEMPRINI, Andrea. **A marca pós-moderna**: poder e fragilidade da marca na sociedade contemporânea. São Paulo: Estação das Letras, 2006.

TIKTOK. **Zara vs Shein**. 2022. Disponível em: <https://www.tiktok.com/search?lang=pt-BR&q=zara%20vs%20shein&t=1664307073201>. Acesso em: 28 set. 2022.

UNIVERSA. **Zara produzirá roupas de tecidos 100% sustentáveis até 2025**. UOL, 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/07/19/zara-produzira-roupas-de-tecidos-100-sustentaveis-ate-2025.htm>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CAPÍTULO 16

DIREITO PENAL E NOVAS TECNOLOGIAS: ESPAÇOS NOVOS DE ATUAÇÕES COM MANEIRAS INOVADORAS E ATÉ ONDE A LIBERDADE DELAS

Data de aceite: 01/09/2023

Manuela Rodrigues de Souza

Heitor Romero Marques

RESUMO: A presente pesquisa tem o objetivo o desenvolvimento e análise das tecnologias que estão sendo utilizadas na sociedade atual, com o objetivo de garantir a justiça e consolidar uma maior segurança, levando em consideração a importância do tema para o meio jurídico e tecnológico. Ademais, descrever mudanças substanciais no cenário social e jurídico sobre como a criminalidade se manifesta e como os modos de investigação, as produções probatórias e a tomada de decisão são feitas nessa nova era. Outrossim, analisar até aonde pode ocorrer o uso dessa inteligência artificial devido a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para não intervir na privacidade e na liberdade do indivíduo, os quais são garantidos no artigo 5º da Constituição federal do Brasil de 1988. Para melhor compreensão desse tema e dos seus distintos aspectos foi utilizada a revisão bibliográfica com método dedutivo, a partir de informações e dados contidos em documentos impressos, artigos, dissertações, livros, além de literatura disponível na Internet.

1 | INTRODUÇÃO

A Internet abriu uma plataforma paralela para comunicações, troca de informações e bens. Embora a dimensão digital possa enriquecer as experiências do homem em muitos níveis diferentes, ela acentua a vulnerabilidade a novas ameaças. Na verdade, como os mercados, os hábitos dos consumidores e as relações interpessoais evoluem dentro de arenas digitais e virtuais, o mesmo acontece com o crime.

O *cibercrime* é o termo mais comum para se referir à criminalidade organizada que visa às atividades ilícitas envolvendo o uso de computadores ou tecnologia da Internet. Embora não sejam tangíveis como ataques físicos, os ataques *cibernéticos* podem ser tão impactantes e devastadores, como se tivessem sido cometidos fisicamente.

O presente estudo, objetiva analisar a evolução do Direito Penal, frente às novas tecnologias. Para atingi-lo, foram estabelecidos os seguintes objetivos

específicos: 1) explicar a revolução tecnológico e seus efeitos positivos e negativos na vida das pessoas; 2) abordar a evolução do direito penal frente as novas tecnologias; e 3) discutir alguns crimes virtuais de natureza sexual pouco abordados pelos doutrinadores.

O estudo se justifica e se faz relevante tendo em vista que com o advento da Internet, os crimes se tornaram cada vez mais complexos e dotados de características inimagináveis quando em 1940 foi promulgado o Código Penal Brasileiro. A acessibilidade e eficiência da Internet e das tecnologias da informação no apoio à infraestrutura das instituições da sociedade também fomentam o desenvolvimento de *cibercrimes* e comportamentos desviantes, demandando punição exemplar por parte do Estado.

Para melhor compreensão desse tema e dos seus distintos aspectos foi utilizada a revisão bibliográfica com método dedutivo, a partir de informações e dados contidos em documentos impressos, artigos, dissertações, livros, além de literatura disponível na Internet.

2 | EVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA

A tecnologia evoluiu muito rápido, do momento em que foi criado o primeiro automóvel até a chegada do homem na lua houve um intervalo de 80 anos, isso mostra o quanto o ser humano evoluiu e ainda pode evoluir, é tão rápido que a geração atual não consiga se adaptar com as tecnologias que surgirão daqui quarenta ou cinquenta anos, o que pode se tornar até um problema, em que os cidadãos poderão se sentir excluídos do meio em que vivem

Faranhos (2019) *apud* Santos, Borges, Rodrigues, e Souza(2019) com outros autores definem a tecnologia como uma simbiose entre o homem e a máquina, em que a segunda funciona como elemento cooperante e ativo durante os procedimentos de raciocínio dos sujeitos.

Os avanços tecnológicos vêm sendo muito importante para o mundo atual, trouxeram vários avanços tecnológicos, mas também muitos problemas, o consumismo incontrolável, a desvalorização do trabalhador, problemas no âmbito criminológico também, pois possibilitaram crimes virtuais e até mesmo dificultaram a procura dos malfeiteiros pela justiça.

O mundo contemporâneo configura-se como um período da história de profundas e contínuas mudanças em todos os setores e aspectos da vida em sociedade, assim como cada vez mais injusto, desigual, complexo e, em muitas situações e contextos, excludente. Nesse mundo, a ciência e as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), em articulação com as instituições de ensino, responsáveis pela sistematização, transmissão e retroalimentação do conhecimento, gozam de grande prerrogativa no desenvolvimento científico e tecnológico. Tecnologia é entendida pelo autor Pinto (2005, p.220) como: “o conjunto de todas as técnicas de que dispõe uma determinada sociedade, em qualquer

fase histórica de seu desenvolvimento”.

A sociedade informacional encontra-se ligada à expansão e à reestruturação do capitalismo. É uma nova forma de organização econômica e social pautada nas novas tecnologias, especialmente com o desenvolvimento da Internet, o que traduz a ruptura do modelo de contrato social entre capital e trabalho, então característicos do capitalismo industrial. Há, pois, alguns aspectos inerentes: informação como matéria prima; alta penetrabilidade das novas tecnologias; convergência das tecnologias e diferentes áreas do saber; flexibilidade quanto aos processos que são reversíveis; e, ainda, predominância da infraestrutura de Rede.

Nesse contexto, a comunidade atual é notada pelo tratamento da informação. Cada indivíduo e entidade não só possui meios próprios para retenção de dados, mas, de igual forma, tem uma aptidão quase ilimitada para conectar-se às mensagens captadas e, não bastasse, também tem a capacidade para ser um percussor da informação. Logo, a sociedade da informação é arquitetada com base nas tecnologias de comunicação e informação, que abarcam técnicas, adquirição, conservação e propagação de informações por instrumentos eletrônicos. Caracteriza-se, ainda, por ser aquela em que o desenvolvimento encontra-se calcado em bens imateriais, como os dados, a informação e o conhecimento.

O conceito da sociedade da informação é amplo e não se reduz ao aspecto tecnológico, abrangendo qualquer tratamento e transmissão da informação, que passa a possuir um valor econômico. Os membros da sociedade, empresas públicas ou privadas, onde quer que se encontrem e de que forma lhes é mais conveniente, têm a possibilidade de compartilhar e obter notícias instantaneamente valendo-se, em especial, da Rede Mundial de Computadores. Nessa linha, a Internet é um instrumento inerente às novas práticas da sociedade da informação, mormente porque é o principal veículo para troca de informação à distância.

Surgida na Guerra Fria, a Internet foi amplamente desenvolvida pelos Estados Unidos da América com o fito militar, apesar de já existissem estudos anteriores acerca da Rede. Almejava-se uma tecnologia que interligasse computadores situados em localidades diferentes, permitindo um maior controle sobre a então União Soviética. Com o passar do tempo, a informática e a Internet perderam o cunho de Guerra, ganhando espaço nas mais variadas relações humanas. Nos últimos anos, constata-se uma verdadeira revolução nos hábitos de comunicação, trabalho e entretenimento das pessoas, com o aumento excessivo de acesso às redes sociais, em virtude do barateamento destas vias de comunicação. Conforme dispõe Robert Spadinger (2012, p. 65):

A Internet é onipresente, seja na vida individual, como entretenimento ou forma de comunicação, seja nas corporações ou até nos serviços públicos governamentais. Nos próximos anos, se assistirá à continuada escala da Internet e de todos os serviços conjugados em todos os setores. O mundo se transforma a cada dia mais em uma grande Rede, cada vez maior, mas conectada, disponível em qualquer lugar e em qualquer aparelho com o qual

se realiza uma infinidade de atividades pessoais e profissionais.

A Internet reduziu as distâncias e permitiu a troca de mensagens instantâneas entre os indivíduos que se encontram em localidades diversas. Existe um intercâmbio social de experiências, modos de viver e pensar, representando, assim, uma face da globalização. Além do mais, a interligação dos computadores trouxe à tona um conceito novo de espaço, o *ciberespaço*. A utilização desta nova infraestrutura para práticas grupais Franco (2014, p. 19) ressalta:

A internet como um sistema de rede aberta, expressa na liberdade do fluxo de informação, a partir de uma rede internacional de computadores conectados entre si, que possibilita o intercâmbio de informações e a transferência de arquivos de toda a natureza, entre máquinas que estejam conectadas a uma rede, por meio do protocolo de rede TCR-IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol).

Em outras palavras, a criptografia pode ser realizada pela linguagem assimétrica ou simétrica. Na primeira, a mensagem é criptada por uma chave pública e desvendada por uma privada. Já na simétrica, tanto na origem quanto no destinatário há uma chave secreta de descodificação. O espaço de acesso também é um elemento a ser considerado quando se trata da Internet. Apesar da conexão com a Rede ocorrer principalmente em casa e no trabalho, cada vez mais os internautas têm uma maior flexibilidade geográfica de acesso. Nas ruas, parques, praças e, também, aeroportos, é possível o acesso à Internet por meio das redes sem cabos de Wi-Fi, as quais podem ou não serem gratuitas e administradas por empresas de telefonia ou pelo governo. Por fim, ao mesmo tempo em que se tem uma popularização dos meios de se interligar, há de se observar que os espaços públicos de acesso são cada vez mais vulneráveis no que concerne à interceptação de dados, senhas e outras informações privativas do usuário. Há, portanto, o lançando de novos desafios quanto à segurança da Rede.

3 I DIREITO PENAL

3.1 Direito penal e as novas tecnologias

O Direito Penal é uma ciência jurídica que sofre bastante influência da sociedade, por ser o principal ramo capaz de retirar um direito fundamental do indivíduo que é o direito à liberdade. Conforme o Art. 5 da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Com o avanço da humanidade novas tecnologias da informação foram criadas, entre elas é considerada uma das mais importantes a criação dos computadores e da rede

de informação conhecida por Internet.

O surgimento dos computadores se deu em meados da década de 1930 nas regiões do Atlântico médio nos Estados Unidos, localizado entre a nova Inglaterra e os estados do Atlântico Sul, essa região compreende as cidades de Nova York, Nova Jersey e Pennsylvania, formando o primeiro núcleo e mais importante na produção de computadores nos Estados Unidos da América. Trata sobre esse aspecto o Professor Pires (2005): O surgimento do primeiro computador eletrônico digital da chamada Primeira Geração Tecnológica foi concebido em 1939 por John Vincent Atanasoff, professor de física, e Clifford Berry, seu assistente, ambos do Iowa College, que o chamaram de Atanasoff-Berry Computer ou ABC. Este computador foi desenhado para solucionar equações algébricas lineares.

Com a criação dessa área voltada para o desenvolvimento tecnológico, chamada de Vale do Silício, houve grandes investimentos públicos e de empreendedores individuais. Entretanto, somente 30 anos depois com o surgimento de novas tecnologias foi possível a comercialização em massa dos computadores, por meio da redução dos custos de produção e do processo de miniaturização dos equipamentos, com isso o poder de processamento conseguiu aumentar de forma considerável usando um espaço ínfimo em relação a primeira geração, dando início à criação dos computadores pessoais na década de 1970.

Com a criação dos computadores era preciso um meio de conectar todos entre si para enviar e receber dados, dessa forma por meio de um projeto de pesquisa militar do governo dos EUA denominado de Advanced Research Projects Agency (ARPA), foi criada a Internet com o objetivo inicial de conectar todos os centros universitários de pesquisa com o Departamento de Defesa do país conhecido como O Pentágono, para a troca rápida e segura de informações. A primeira comunicação feita por meio da Internet se deu nos anos 1970, quando os computadores já estavam com o poder de processamento mais avançado, a ferramenta usada foi o E-mail que possibilitou a troca de dados dentro das universidades. Todavia, a linguagem utilizada para a comunicação em rede era bastante complicada, por isso a utilização em grande escala da Internet se deu apenas nos anos 1980, com o surgimento dos primeiros servidores de Internet. Com o surgimento dessas tecnologias que interferiram de forma significativa no cotidiano, várias condutas praticadas por meio dessas inovações merecem a tutela do Direito, principalmente no âmbito penal.

Como está relatado nos noticiários: o Brasil ocupa lugar de destaque no cenário global de *cibercrimes*. Em 2016, 42,4 milhões de brasileiros foram vítimas de crimes virtuais. Em comparação com 2015, houve um aumento de 10% no número de ataques digitais. Segundo dados da Norton, provedora global de soluções de segurança *cibernética*, o prejuízo total da prática para o país foi de US\$ 10,3 bilhões. Em maio de 2012, o Brasil acompanhou um dos casos mais emblemáticos de crime cibernético cometidos no país: o roubo e a divulgação de mais de 30 fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann. Hackers do interior de Minas Gerais e de São Paulo invadiram o e-mail da artista e a chantagearam, por meio de mensagens anônimas, pedindo R\$ 10 mil para apagar as imagens. O caso foi

parar no Congresso Nacional: a Câmara dos Deputados aprovou e colocou em vigor a Lei nº 12.737/2012 apelidada de Lei Carolina Dieckmann, que tipifica delitos cometidos em meios eletrônicos e na internet. Por meio de alterações legislativas a seara criminal vem se atualizando na questão de crimes cometidos com intermédio dessas tecnologias, tanto na fase inquisitorial (Inquérito Policial), com servidores especializados na área e na fase processual com leis que permitem a punição de indivíduos que cometem.

3.2 Liberdade de expressão e a responsabilização dos atos que ultrapassam os limites

A base constitucional é de extrema relevância para a regulamentação das normas específicas, a Carta Magna brasileira de 1988 estabelece em seu artigo 5º a garantia a liberdade e a livre manifestação do pensamento, vedando o anonimato, bem como expressa no seu artigo 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (Brasil, 1988).

A liberdade de expressão é um direito constitucional fundamental, mas é apropriado destacar que não é um direito absoluto, uma vez que existem limites para o uso dessa prerrogativa e esse extremo é o direito e a dignidade alheia. Devemos observar que a Constituição Federal de 1988 protegeu a liberdade de expressão em seu Art.5º, IV, mas determinou que seja com “responsabilidade”. Isso quer dizer que devemos interpretar a aplicação dela à luz do novo Código Civil , em seus Arts. 186 e 187, que determinam a responsabilidade por indenizar pelo dano causado, quer quando o ato ilícito tenha sido causado por ação ou omissão, quer quando é fruto do exercício legítimo de um direito no qual o indivíduo que o detém ultrapassou os limites da boa-fé e dos bons costumes.

Ressalta-se quanto a utilização das mídias sociais para transgredir o direito do outro, muitos se aproveitam do anonimato que as redes oferecem com perfis falsos e sentem-se no direito de pronunciar ofensas, de ferir o decoro e a honra do outro. Quando o indivíduo utiliza-se do seu direito de expressar e manifestar suas convicções e abusa desse privilégio infringindo o direito do outro, o mesmo será responsabilizado civilmente por seus atos. Podemos citar o inquérito 4781, conhecido como o Inquérito das *Fake News*, aberto pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2019 para investigar notícias falsas, ofensas e ameaças aos membros da Suprema Corte, que no caso em comento resultou na prisão dos integrantes que disseminavam as notícias falsas com objetivo de obter vantagens e prejudicar o seu alvo.

É importante destacar que os diplomas legais específicos visam a identificação da autoria, à punição e responsabilização dos infratores, e não o cerceamento da liberdade de expressão dos usuários nos *ciberespaços*, desde que a intenção de se manifestar diante das redes não venha a ferir as prerrogativas de outrem. Uma vez que nos preceitos legais são estabelecidos os direitos e deveres para o uso responsável da internet.

3.3 Análise do aumento dos crimes cibernéticos

Em contrapartida as circunstâncias positivas que a internet trouxe a função social, tem-se o lado obscuro do *ciberespaço*, acompanhando a utilização por grande números de usuários a criminalidade foi intensificando para o mundo *online*, e consequentemente levando a adaptação do direito para combater aos crimes cibernéticos. “É impossível a existência de um grupo de humanos sem a presença de normas a regular o seu dia a dia; caso isso fosse possível, cada um faria o que bem entendesse, o que traria o caos e o fim da humanidade” (Bonfati; Kolbe, 2020, p.20).

Onde há um aglomerado de pessoas se relacionando mutuamente se faz necessário a decretação de regras, no ambiente virtual não poderia ser diferente, com a disseminação da Internet tem se tornado imprescindível uma regulamentação jurídica específica para coibir os crimes *cibernéticos*. Descrever se os crimes *cibernéticos* como uma modalidade de conduta, na qual ocorre a utilização de algum recurso da tecnologia da informação como meio de realizar a ilicitude.

Sobre a evolução dos crimes *cibernéticos* denota Bertholdi (2020), afirmando que a história dos *cibercrimes* é uma narrativa contundente da sua evolução e relevância no cenário mundial, denotando um ambiente fértil que a Internet é para a criminalidade. Como podemos observar, fronteiras nacionais não representam obstáculos para *hackers* e *cibercriminosos* que se lavram da alta porosidade dos caminhos virtuais e da pluralidade de normas e leis locais sem aplicabilidade no ambiente internacional.

Diante dos aspectos é evidente que a criminalidade na Internet tem expandido além das fronteiras nacionais, a inclusão digital trouxe uma maior acessibilidade para os usuários porém uma maior vulnerabilidade. A popularização do ambiente digital foi crescendo de forma desorganizada, inicialmente sem adequação dos limites e sem normas específicas para a punibilidade em âmbito universal.

3.4 Aspectos jurídicos para combater os crimes virtuais

No Brasil os delitos virtuais são coibidos pelo Código Penal, as regras são as mesmas utilizadas no mundo real, mas que se tem como meio o ambiente virtual, não correspondendo ao modelo contemporâneo da criminalidade, o que tornou um grande desafio a adequação dos crimes *cibernéticos* no direito penal brasileiro.

O aumento significativo da criminalidade cibernética em nosso país tem duas causas básicas: a primeira está relacionada diretamente com o fato de que a *web* permite que os criminosos tenham franco acesso a um número significativo de vítimas, sendo inegável a grande escalabilidade dessa atividade criminosa, especialmente em uma nação que pouco se preocupa com educação básica de uso e de segurança na Internet. O atraso das leis penais no Brasil para combater os crimes virtuais é nítida, o Código Penal brasileiro remonta a década de mil novecentos e quarenta - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940.

É preciso saber como uma lei pode tipificar e proteger um bem jurídico criado em

uma época em que a internet não havia se quer surgido no Brasil. Por esse motivo surge a necessidade de leis especiais para combater o avanço dos crimes tecnológicos. Bonfá e Kolbe (2020, p.66) ressaltam que: “Em termos de crimes virtuais, ainda se caminha para uma legislação específica, na qual há vários conceitos a serem entendidos, como o de crime virtual próprio, impróprio, misto, mediato, ou indireto [...]”.

Foi criada em 2001 por países europeus a Convenção de Budapeste que consiste num acordo internacional para combater os crimes informáticos, aderido por diversos países. O Brasil não aderiu, mesmo assim o pacto internacional serviu de base para que fossem criadas normativas penais brasileiras para coibir os *cibercrimes*, como por exemplo a Lei 12.737/2012 . 3.1 LEI 12.737/2012 – Lei Carolina, Lei nº12.965/2014 – Marco Civil da Internet, Lei nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados(LGPD).

A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Com a intensificação de usuários nas plataformas digitais, desde as pessoas físicas às empresas públicas ou privadas, têm surgido uma maior preocupação em estabelecer regulamentos para obter a máxima segurança jurídica para os usuários digitais. A Lei Geral de Proteção de Dados sobreveio para tal finalidade, de dar um tratamento jurídico adequado aos dados particulares na utilização de recursos digitais, ou seja, para normatizar todas as operações efetivadas com as informações pessoais.

A proteção de dados é uma das formas para se proteger a privacidade da pessoa. Esse direito é parcela do Direito à Privacidade que está positivado em nossa Constituição Federal de 1988. É importante destacar que em 2020 o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou informando que o direito à proteção de dados é um direito fundamental e no final de 2021, a PEC n. 17/2019 incluiu este direito expressamente no Art.5º, da Constituição Federal de 1988, em razão da sua previsão difusa atualmente no texto constitucional (Galera, 2021, p. 9). É importante observar o artigo 2º que trata dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados: O respeito à privacidade, a autodeterminação informativa a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

A Lei Geral de Proteção de Dados alterou o formato como as empresas e os órgãos públicos devem resguardar os dados pessoais dos indivíduos que estão vinculados ao empreendimento, dentre eles os dados dos empregados, dados dos clientes, dos prestadores de serviços, entre outros. Todas as informações que se tem dessas pessoas que são essenciais para o desenvolvimento das atividades da empresa devem ter um

tratamento adequado, sejam eles dados cadastrais, dados financeiros, todos os elementos físicos ou digitais que identificam essas pessoas precisam ter um tratamento diferenciado.

Existem exceções a essas adequações da Lei que não se aplicam se o tratamento de dados pessoais forem relacionados às atividades apontadas no Art. 4º: Quando realizados por pessoa física com fins particulares e não econômicos; exclusivo para atividades jornalísticas, artísticas ou acadêmicas, bem como segurança pública; defesa nacional; segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

A LGPD estabelece no Art.7º o tratamento de dados comuns e sensíveis, dessa maneira nas palavras de Oliveira (2021): A LGPD estabeleceu dez bases legais de tratamento de dados pessoais não sensíveis ou comuns, tais como nome, CPF, RG, números identificadores, etc., conforme consta no seu artigo 7º, bem com estabeleceu nove bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis, assim considerados os dados pessoais “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (Art. 5º, inciso II).

O Brasil vem avançando nas soluções para combater os crimes digitais, a Lei Geral de Proteção de Dados idealiza um marco importante para a legislação brasileira no que diz respeito aos limites para o uso responsável e a privacidade dos dados pessoais, é preciso que as empresas por parte de seus responsáveis legais adotem medidas para se adequar a LGPD, pois em caso de violação e não cumprimento das normas irão sofrer as sanções previstas: Os agentes em razão de infrações cometidas estão sujeitos as sanções administrativas, que vão desde advertência, multas até a proibição parcial ou total do exercício das atividades ligadas ao tratamento de dados.” Art.52 da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Brasil,2018).

4 | CONCLUSÃO

A contemporaneidade que engendra o mundo *cibernético* é, já ponderada por diversos autores, em distintos arrazoados filosóficos ou especulativos, a materialização de um mundo tanto quanto atípico, porque não dizer fantástico, quanto surpreendentemente familiar, cujas reproduções de comportamento tão só constituem a corriqueira prática de se fazer a nós, sociedade, meros agentes realizadores, no sentido próprio de tornar-se real, realizar, por práticas tão comuns quanto quaisquer outras advindas do mundo dito “concreto”, não virtualizado.

Ao Direito, fenômeno necessariamente social, fulcrado em fatores culturais, indissociáveis dos hábitos humanos, resta a missão, por vezes inglória, de corresponder sincronicamente às demandas que esta mesma base social por ele chama, como quem se vê conclamado por fatores materiais à assunção de elementos jurídicos positivos, eficazes

ao desmonte da insegurança que os hiatos normativos geram a quem necessite.

Para o Direito Penal, uma missão ainda mais espinhosa: tipificar situações novas, nomeados crimes cibernéticos, pautadas num cibermundo cuja variância de mérito beira o casuismo. É preciso saber como fazê-lo. Não ousamos pronunciar a resposta. Como dito alhures, parte-se da análise do tipo para a utilização analógica em dadas situações, jamais esquecendo o princípio da legalidade para o Direito Penal, em coadunância à própria temática dos crimes cibernéticos e em respeito à vedação da analogia *in malam partem*, para apontar-se à não criminalização dos crimes *cibernéticos*, mediante o emprego de tal recurso de integração.

Nestes termos, enseja, como se depreende, o início de uma discussão da qual ousamos acreditar, com o fito de contribuir às letras acadêmicas do Direito Penal *Cibernético*, para o que convidamos o leitor à reflexão, sem, notadamente, pretensões de esgotamento

REFERÊNCIAS

BERTHOLDI, Juliana. Crimes Cibernéticos. Curitiba: Contentus, 2020.

BOMFATI, Cláudio Adriano. KOLBE JUNIOR, Armando. **Crimes cibernéticos**. Curitiba. Intersabares, 2020.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil 1988.

BRASIL. Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. 2018/2018/lei/l13709

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 628624.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. In: **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1.

CAVALCANTE, Zedequias Vieira; SILVA, Mauro Luis Siqueira da . A importância da revolução industrial no mundo da tecnologia. 25. Out. 2011. Anais Eletrônico VII EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar CESUMAR – Centro Universitário de Maringá Editora CESUMAR Maringá – Paraná – Brasil. Disponível em: https://www.unicesumar.edu.br/epcc-2011/wp-content/uploads/sites/86/2016/07/zedequias_vieira_cavalcante2.pdf Acesso em 29 jul. 2023.

DOMINGUES, Alessandra de Azevedo e FINKELSTEIN, Maria Eugênia (Organização). Direito & Internet - aspectos jurídicos relevantes. São Paulo, 2003: Quarter Latin, p. 378-9.

EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA e as mudanças sociais. 14. Out. 2013. Portal Educação. Disponível em: <https://blog.portaleducacao.com.br/evolucao-tecnologica-e-as-mudancas-sociais/> Acesso em 29 jul. 2023

MORAIS, Ticiane Franco. Marco Civil da Internet: A neutralidade da Rede na Perspectiva das Telecomunicações. Nova Lima, 2014, p. 19.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital. 6. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005. v. 1.

PIRES, Hindenburgho F. O surgimento dos primeiros computadores. Educação Pública. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/2/1/-o-surgimento-dos-primeiros-computadores> Acesso em 28 jul. 2023

SANTOS, Bruno Rodrigues dos; BORGES, Filipe Batista; RODRIGUES, Alessandro Arraes, SOUZA, Hudson Sérgio de. A evolução da tecnologia: vivendo uma nova era. XI EPCC Anais Eletrônico. Disponível: <https://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/3699/1/Bruno%20Rodrigues%20Dos%20Santos.pdf> Acesso em 28 jul. 2023

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 143. In: SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144 - Telefônica. A sociedade da informação: presente e perspectivas, p. 16.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. Livro Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144 - Telefônica. A sociedade da informação: presente e perspectivas, p. 16

SPADINGER, Robert. O futuro das telecomunicações e uma análise dos desafios para a inserção do Brasil numa cadeia global. In: KUBOTA, Luis Claudio *et al.* Tecnologias da Informação e comunicação: competência, políticas e tendências. Brasília: Ipea, 2018, p. 65.

CRIMINOLOGIA CRÍTICA, CAPITALISMO E POBREZA: A APOROFOBIA COMO MECANISMO SELETIVO DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

Data de aceite: 01/09/2023

Priscila S. Biandaro

RESUMO: A criminologia crítica concentra-se em analisar as relações de poder, dominação e desigualdades sociais na sociedade. A estrutura capitalista desempenha um papel fundamental nesse processo, já que ela é um pilar da divisão de classes, desigualdades e criminalização de grupos marginalizados, igualmente responsável por tornar a pobreza naturalizada e estigmatizada, levando à discriminação e hostilidade. A criminologia crítica, então, busca transformar essas estruturas, questionando a política criminal excludente do Estado e almejando uma sociedade baseada em justiça e inclusão. Neste estudo será abordado como o conceito de aporofobia se relaciona com a criminologia crítica, considerando o papel do capitalismo e a política criminal excludente do Estado Brasileiro na reprodução e reforço da segregação e marginalização dos pobres. A pesquisa abrange a criminologia crítica, o pensamento marxista sobre a lógica capitalista e, por fim, a aporofobia como exemplo concreto do processo criminal excludente. Utilizando pesquisa

bibliográfica, busca-se entender melhor a conexão entre esses elementos e suas implicações para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Crime; Capitalismo; Criminologia crítica; Aporofobia; Exclusão social.

11 INTRODUÇÃO

Múltiplos estudiosos avaliavam o crime como ônus social proveniente do desenvolvimento capitalista e buscavam reavivar e se conectar novamente com as inquietações originárias do marxismo acerca da consequência destrutiva do capitalismo na vida em sociedade. Da determinação das classes sociais pelos meios de distribuição de bens e recursos, surgem diferentes formas de acesso a esses bens para indivíduos e grupos, limitando o acesso a recursos e oportunidades a um grupo privilegiado, enquanto o restante se encontra em condição de pobreza.

Nesse contexto, a criminologia crítica concentra-se em entender as relações de poder, dominação e desigualdades na sociedade, oferecendo alternativas para

transformar as estruturas. A análise crítica da estrutura capitalista é fundamental, pois dela decorrem não apenas a divisão de classes, mas também todo o sistema de desigualdade e exclusão, incluindo a criação de estereótipos que visam marginalizar determinados grupos, chegando à sua criminalização. Outra consequência do capitalismo é a naturalização e estigmatização da pobreza, levando à discriminação e manifestações hostis.

Dante disso, questiona-se: Como o conceito de aporofobia se relaciona com a criminologia crítica, considerando o papel do capitalismo e a política criminal excludente do Estado Brasileiro na reprodução e reforço da segregação e marginalização dos pobres?

Dentro desse cenário, por meio de pesquisa bibliográfica, serão abordados a criminologia crítica, o pensamento marxista traçando a lógica capitalista e, por fim, a aporofobia como exemplo da manifestação concreta do processo criminal excludente. O texto é dividido em três itens: a criminologia crítica partindo dos ensinamentos dos autores Baratta, Becker e Carvalho; a teoria marxista (abordagem do capitalismo) por meio das obras de Marx e Young; e por último, aporofobia (utilizado a título de exemplo) com foco nas obras de Cortina e Wacquant.

2 I A ASCENSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O estudo das práticas de pesquisa por vezes é relegado a cursos de métodos, apartado das questões teóricas. Contudo, é essencial reconhecer a importância da pesquisa e a maneira como o conhecimento é construído para a ciências criminais, sobretudo nas perspectivas desenvolvidas pela criminologia crítica. Isso porque, a criminologia crítica defende a inexistência de “uma realidade ontológica do crime”, destacando que o crime é uma construção moral e política.¹

Dentro desse escopo, as interpelações criminológicas críticas identificam a ligação intrínseca entre teoria e pesquisa, abordando de maneira crítica os processos de teorização e construção do conhecimento. (STUBBS, 2008, p. 7).

Nota-se que traçar uma definição sobre a criminologia crítica é uma difícil empreitada. Em um contexto histórico, a criminologia crítica emergiu junto com teorias criminológicas conhecidas como de “novos desvios”, as quais apresentavam novas abordagens para as teorias do crime, que propunham novas teorias do crime, como a teoria da reação social (a teoria do etiquetamento ou rotulação), sendo importante componente em um amplo movimento no campo das ciências sociais afastado do paradigma dominante positivistas da criminologia.

A despeito da criminologia positivista tradicional notamos que resultou em uma

1 Partindo dessa afirmativa, surgem implicações tanto teóricas quanto metodológicas que afrontam o próprio entendimento de que pode haver uma criminologia. Essa premissa se dá pelo fato de cursos de métodos das ciências sociais apresentarem a teoria como variáveis a serem medidas ou hipóteses verificáveis, ao passo que os cursos teóricos observam como panoramas do mundo ou relatos de objetos sociais, reduzindo a teoria em algo a ser referenciado. No entanto, aprender a pensar teoricamente e produzir teorias é fundamental na pesquisa nas ciências sociais e na criminologia, superando o dualismo entre teoria e prática, pois toda a teoria está vinculada ao campo empírico, mesmo que em níveis diferentes de abstração. (STUBBS, 2008, p. 6).

legitimização do controle social das classes baixas e vulneráveis, estabelecendo a punição como norma. Alessandro Baratta explica que a atenção da criminologia crítica (segundo ele, nova criminologia) está especialmente voltada ao “processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista” (BARATTA, 2014, p. 197), e objetiva ampliar rigorosamente a crítica do direito desigual para o campo do direito penal.

Os representantes da criminologia crítica procuram “construir uma teoria uma materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio”. (BARATTA, 2014, p. 197).

Eles empregam uma abordagem materialista e afirmam que somente a partir de “uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal na sociedade tardocapitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio” (BARATTA, 2014, p. 197). Dessa forma, eles apresentam uma “política criminal” onde sejam incluídos os interesses das camadas que são atualmente subordinadas.

Assim, é possível afirmar que os estudos em torno da criminologia crítica representam um rompimento com a ortodoxia da criminologia.² Se por um lado, a criminologia ortodoxa se concentrava em analisar conflitos interindividuais, buscando reconhecer os sujeitos envolvidos no delito e as razões que contribuíram na ocorrência da conduta criminosa (paradigma etiológico), a criminologia crítica adotou uma abordagem no sentido de investigar “processos seletivos de criminalização e as violências produzidas pelas próprias agências responsáveis pelo controle penal”. (WEIGERT; CARVALHO, 2020, p. 1787).

A criminologia crítica causou um avanço expressivo ao ampliar as pesquisas no âmbito da criminologia, indo além do aspecto micro e passando para a macrocriminologia. Ou seja, ampliou seu campo de visão, não se limitando aos atores envolvidos no crime, mas procurava compreender de que modo as estruturas sociais e as instituições atuam fortalecendo a produção da criminalidade e da violência. (WEIGERT; CARVALHO, 2020, p. 1787).

Segundo Carvalho, dois antecedentes teóricos foram essenciais para viabilizar o surgimento da nova criminologia, quais sejam a teoria do etiquetamento, amparada na concepção pluralista da sociedade, e as teorias do conflito. (CARVALHO, 2015, p. 270).

Citando Baratta, Carvalho observa que a teoria do etiquetamento afasta o foco principal da problemática criminológica das causas da criminalidade ao definir as condutas ilícitas (criminalização primária), das hipóteses políticas e do produto derivado do uso destas etiquetas. Passa-se a entender, então, a criminalidade como uma característica ou um *status* conferido a determinados sujeitos, ao invés de ser encarada como uma condição inerente ao sujeito. Dessa forma, apesar de ser condição insuficiente, a teoria do

2 Refere-se a “criminologia ortodoxa”, termo utilizado para apontar visão positivista. (WEIGERT; CARVALHO, 2020, p. 1787).

etiquetamento é indispensável para o estabelecimento da criminologia crítica. (CARVALHO, 2015, p. 270).

Acerca do etiquetamento, também conhecida como *labeling approach*, Howard Becker estabeleceu bases da abordagem dos “desvios e dos desviantes”.³ Em sua tese, o autor sustenta que todos os grupos sociais estipulam regras e procuram impô-las em determinados momentos e circunstâncias. Afirma ainda que as regras e os desvios são processos políticos, onde grupos com maior poder são capazes de impor concepções como mais legítimas que outras (BECKER, 2008). Ou seja, o desvio é uma criação social: “grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders”. (BECKER, 2008, p. 21-22).

Becker sustenta ainda que, partindo desta perspectiva, o desvio não é caracterizado como uma qualidade da conduta praticada, mas decorrente da aplicação por outros de sanções ao transgressor das normas - ao “infrator”. Assim, o desviante é alguém que recebe um rótulo e o comportamento desviante é aquele conferido a esse sujeito rotulado. (BECKER, 2008, p. 22).

O desvio não está conectado exclusivamente ao ato em si, mas a imposição se sanções ao infrator do regramento, logo, “se um dado ato é desviante ou não, depende em parte da natureza do ato (isto é, se ele viola ou não alguma regra) e em parte do que outras pessoas fazem acerca dele”. (BECKER, 2008, p. 26).

Acontece que, embora o rotulacionismo tenha tornado possível um avanço considerável, sua construção criminológica ainda era frágil, já que desconsiderava ou minimizava as estruturas e relações de poder. Não englobando em suas investigações os processos sociais que admitem que determinados indivíduos, grupos ou classes executem principais papéis ao estabelecer quais são os comportamentos considerados lícitos/ ilícitos ou normais/anormais. (CARVALHO, 2015, p. 271).

Por fim, Cirino Santos esclarece que a teoria do etiquetamento (ou *sociologia do desajuste*, como utiliza) “exclui as relações de poder (e de classes) da sociedade e, de qualquer forma, não esclarece o desvio inicial, origem da rotulação”. (SANTOS, 2018, p. 24). Segundo ele, o ineditismo da teoria está na conexão do etiquetamento, da estigmatização e da estereotipia criminal ao exercício dos dispositivos de controle social, contudo com uma crítica limitada em termos descritivo. Ou, mais bem descrito pelo autor:

A teoria da sociologia do desajuste é politicamente limitada e historicamente confusa: não comprehende a estrutura de classes da sociedade, não identifica as relações de poder político e de exploração econômica (e sua interdependência) do modo de produção capitalista e, definitivamente, não toma posição nas lutas fundamentais da sociedade moderna. (SANTOS, 2018, p. 24).

Outro empurrão no salto para a macrocriminologia é proporcionado pelas teorias

³ Outsiders não foi responsável por criar o campo do que atualmente é conhecido como “desvio”, mas diferiu de abordagens anteriores em vários aspectos. (BECKER, 2008, p. 9).

do conflito, onde os modelos permitem que foco não seja, necessariamente, a análise do desvio/desviante e se concentre no sistema de controle social. Tais teorias admitem que (a) os estudos em criminologia considerem as condições em que as leis penais são criadas (agência legislativa), e (b) seja investigado o modo seletivo que as agências executivas e judiciais operam na gestão e controle da população criminalizada. Assim, a partir do aumento e da redefinição dos temas analisados na criminologia, tornam-se cada vez mais importantes os estudos acerca das estruturas sociais, além dos conflitos de interesses e hegemonia. (CARVALHO, 2015, p. 272).

Se o rotulacionismo transcende o causalismo e coloca em foco a dimensão da definição do crime, as teorias do conflito colocam em destaque a dimensão do poder, possibilitando a criação de um campo teórico para a emergência da criminologia crítica. Contudo, as teorias do conflito ainda necessitavam de análises mais elaboradas das condições das estruturas da sociedade no espaço onde grupos se relacionam e se confrontam. Nesse molde, as relações de poder e as disputas hegemônicas se limitariam no âmbito político, podendo resultar em afastamento dos conflitos concretos. (CARVALHO, 2015, p. 272-273).

Baseada no materialismo histórico, a criminologia crítica desponta como uma criminologia materialista que recusa os formatos consensuais de sociedade e de fundamentos causais pautadas na microssociologia. Nas palavras de Carvalho:

A criminologia crítica emerge, portanto, como uma perspectiva criminológica orientada pelo materialismo (método) que, ao incorporar os avanços das teorias rotulacionistas e conflituais, refuta os modelos consensuais de sociedade e os pressupostos causais explicativos da criminalidade de base microssociológica (criminologia ortodoxa) e redireciona o objeto de investigação aos processos de criminalização, à atuação das agências do sistema penal e, sobretudo, às relações entre estrutura política e controle social. (CARVALHO, 2015, p. 273).

Em síntese, a criminologia crítica adota tanto as lições da teoria do etiquetamento (ou rotulacionismo) como da sociologia do conflito, distanciando-se radicalmente da criminologia ortodoxa, para então, em momento posterior, fundamentada em teorias marxistas clássica, tratar sobre temas próprios como lei, classe e Estado. Ainda, amplia seus objetos de pesquisa incluindo não apenas os crimes de Estado (violências estrutural e institucional), mas também os crimes praticados por corporações e agentes econômicos com a contribuição/aval do Estado, os conhecidos crimes dos poderosos. (CARVALHO, 2015, p. 273).

Portanto, a concentração da criminologia crítica está em entender as relações de poder, dominação e desigualdades delineadas na sociedade, ao mesmo tempo procura oferecer alternativas para transformar as estruturas. O próximo ponto a ser tratado na construção desse estudo será o pensamento marxista, pois apesar dos clássicos marxistas não tenham articulado uma teoria coerente acerca da matéria criminal, seus textos

contribuíram para destacar a natureza classista das criminalizações históricas e do poder punitivo.

3 I OS MECANISMOS SELETIVOS DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO MOLDADOS PELA LÓGICA CAPITALISTA

A criminologia crítica, focada em investigar e transformar a sociedade, tem suas raízes na teoria marxista e, apesar da maioria certamente não identificar Marx como criminólogo⁴, sua obra tece análises perspicazes a respeito do poder, da opressão e das relações de classe, tais quais possuem grande valor na compreensão dos problemas criminais e do sistema de justiça.

Os escritos de Karl Marx preocupavam-se com as instituições sociais que surgiram no decorrer da industrialização, como o direito penal, o poder polícia, as prisões e os processos de criminalização.

Na obra “*O Capital (volume 1)*”, Marx apresenta o conceito de mais-valia⁵, revelando que o capitalismo se apropriou (“comprou”) da força trabalho e a ele pertence o uso, o direito de explorá-lo durante a jornada de trabalho, seu único objetivo é extrair o máximo possível. Nas palavras de Marx:

“(...) o capital tem um único impulso vital, o impulso de se autovalorizar, de criar mais-valor, de absorver, com sua parte constante, que são os meios de produção, a maior quantidade possível de mais-trabalho. O capital é trabalho morto, que, como um vampiro, vive apenas da sucção de trabalho vivo, e vive tanto mais quanto mais trabalho vivo suga. O tempo durante o qual o trabalhador trabalha é o tempo durante o qual o capitalista consome a força de trabalho que comprou do trabalhador. Se este consome seu tempo disponível para si mesmo, ele furtá o capitalista. O capitalista se apoia, portanto, na lei da troca de mercadorias. Como qualquer outro comprador, ele busca tirar o maior proveito possível do valor de uso de sua mercadoria. (MARX, 2013, p. 392).

Ou seja, no sistema capitalista, os trabalhadores precisam vender sua força de trabalho para sobreviver, enquanto os capitalistas controlam os meios de produção. Assim, os capitalistas desempenham poder de decisão acerca do que e como produzir, subordinando os trabalhadores no processo produtivo. (GILBERT; O’NEILL, 2019).

Importante destacar que o ponto central da obra de Marx é a rejeição da ideia de que as sociedades atuam por consenso. Ao contrário, sustenta que as sociedades estão recheadas de conflitos, dos quais muitos decorrem ou são reflexos das relações de produção (relações que incluem a produção de bens essenciais para sobrevivência, como alimentação e abrigo).

Encontramos exemplos disso no capítulo 24 – *tópicos 1 e 2*, quando Marx afirma

4 Em geral, era conhecido como economista político, historiador crítico da economia e sociólogo.

5 Segundo Marx: “O mais-valor, ou mais-valia, resulta, pois, da transformação do valor de uma mercadoria que vem a ser pago depois que seu valor de uso, sob o comando do capital, recria o antigo valor de troca como uma substância capaz de aumentar por si mesma”. (MARX, 2013, p.81).

que a criação da propriedade privada, a extração de recursos naturais e a exploração do valor desses recursos não são fenômenos naturais, mas efeitos de processos políticos e econômicos.⁶ Desse modo, a ordem capitalista é arquitetada por meio de tentativas de controle social destes processos (propriedade privada, extração e valor). Ainda, argumenta que a acumulação primitiva e a extração de valor dos recursos apenas são possíveis se apoiado por um aparelho estatal (um governo, por exemplo) que ampara a exploração capitalista.

Já no *tópico 3*, do mesmo capítulo, Marx relata o surgimento de uma legislação sangrenta “contra a vagabundagem”, a qual teve duas principais consequências: (a) possibilitou a criação da propriedade privada, formando a poderosa classe capitalista (privatizando recursos, terras e riquezas), e (b) essa legislação foi aplicada contra a classe trabalhadora e o lumpemproletariado, criminalizando e punindo as pessoas impossibilitadas ou que optavam por não trabalhar no modelo capitalista de produção. Por fim, aplicava-se a lei de vagabundagem aos desabrigados ou migrantes de outras regiões que tiveram suas terras retiradas pela classe capitalista, além de servir como desencorajamento a organização trabalhista e a resistência.⁷

No geral, à medida que alguns indivíduos procuravam dominar os corpos e o tempo de outros, isso desencadeava em conflitos sociais cada vez mais intensos. Em resposta a essa opressão, várias formas de controle foram desenvolvidas em várias instituições, como família, igreja, mídia e estado, envolvendo desde práticas educacionais até o sistema penal. (SPITZER, 1975).

Exemplos de populações elegíveis como *desviantes* do modelo capitalista giram em torno de quem questiona ou/e dificulta: 1) a forma capitalista de apropriação do trabalho humano (pobres que “roubam” dos ricos); 2) as condições sociais em que acontecem a produção capitalista (quem se recusa ou que não consegue realizar trabalho assalariado); 3) as formas de distribuição e consumo na sociedade capitalista (uso de drogas para fuga ao invés de socialização e ajustamento); 4) o processo de socialização com finalidade produtiva e não produtiva (jovens que não querem ser escolarizados ou negam o padrão de “vida familiar”) e 5) a ideologia que estrutura o funcionamento do sistema capitalista (militantes de modelos alternativos de organização social). (SPITZER, 1975, p. 642).

Ao longo da história, as sociedades capitalistas conseguiram com êxito transformar indivíduos considerados “problemáticos e indispensáveis (a classe proto-revolucionária) em grupos que são problemáticos e dispensáveis (candidatos ao processamento de desvios)

6 De acordo com Marx, a história da acumulação primitiva é qualificada por revoluções que incitam a formação da classe capitalista, em especial devido a violenta desapropriação de grandes grupos de indivíduos de seus meios de subsistência, forçando-as a se virarem proletários livres no mercado de trabalho. Assim, a expropriação da terra que antes era dos produtores rurais e aos camponeses é a base de todo esse processo. (MARX, 2013, p. 963).

7 “Vagabundagem” refere-se as pessoas expulsas pela dissolução dos séquitos feudais e pela expropriação violenta de suas terras, de modo que esse proletariado livre não poderia ser incluído com tanta rapidez a manufatura e longe da forma de vida costumeira, não conseguiram se ajustar a situação, convertendo-se “massivamente em mendigos, assaltantes, vagabundos, em parte por predisposição, mas na maioria dos casos por força das circunstâncias”. (MARX, 2013, p. 980).

ou indispensáveis, mas não problemáticos (apoiadores da ordem capitalista)". (SPITZER, 1975, p. 642 – tradução nossa). Todavia, importa ressaltar que apenas porque um grupo se torna gerenciável, isso não significa que deixe de representar um infortúnio para a classe capitalista.

Assim, Marx oferece uma visão rica da história e investigação acerca de como o aparato estatal foi criado para sustentar o modelo de produção capitalista e como o direito penal emergiu como um instrumento de controle para as elites, que procuram preservar a hegemonia da classe dominante.

O sistema penal é construído então, em teoria e bastante romantizado, com base "princípios da ideologia da defesa social" (BARATTA, 2014 p. 9), declarado igualitário e imparcial, mas na realidade revela-se exatamente o oposto.⁸ Favorece as estruturas das classes dominantes e estabelece uma desigualdade penal, uma vez que os processos de criminalização independem da graveza do crime ou do dano social, mas dependem da classe social ao qual pertence o ator. (SANTOS, 2018, p. 46-47).

Ocorre que, o mesmo modelo capitalista que divide a sociedade em classes, separa capital/trabalho e reprimiu condutas opostas as relações produção e reprodução social, também é responsável por direcionar o desempregado/marginalizado (desvinculado da relação trabalhador/trabalho) para o crime. Logo, a existência de uma força de trabalho excedente, que é excluída do mercado de trabalho, mas permanece na figura de consumidor, ainda com necessidades mínimas de subsistência, desenvolve uma propensão para o crime, valendo-se de meios ilegítimos para suprir remediar a ausência de meios legítimos de sobreviver. (YOUNG, 2002, p. 24-25).

Young escreve que "crime e castigo" emergem da mesma vertente, explicando que o motivo da violência criminosa e a resposta punitiva a ela derivam do mesmo lugar. Nas palavras do autor: "violência obsessiva das gangues de rua e a obsessão punitiva dos cidadãos respeitáveis são semelhantes não só em sua natureza, mas em sua origem". (YOUNG, 2002, p. 26)

A explicação para esse fenômeno está no fato de que ambas decorrem de deslocamentos no mercado de trabalho, contudo um caso é mais evidente enquanto o outro, menos óbvio. O primeiro é exatamente o caso narrado acima, sem trabalho, mas com ânsia de consumir e subsistir. O segundo, é fruto da inclusão do mercado, contudo de forma precária. Assim, ambas são decorrentes dos moldes da exclusão e da inclusão precária. (YOUNG, 2002, p. 26).

Segundo Young, a privação relativa é padronizada como um olhar "de cima": refere-se aos indivíduos frustrados pela ausência de paridade no mercado de trabalho face aos que estão com mérito e dedicação iguais. Contudo, a privação também traz um olhar "para

8 No mesmo sentido, os Schwendingers afirmavam que o estado é originado em razão da formação de relações de classe, isso significa que todo o sistema legal é essencialmente estabelecido por critérios de classe, logo, todas "as definições legais ou estatais de crime são especialmente importantes porque mantêm os interesses das classes dominantes pela força". (SCHWENDINGER; SCHWENDINGER, 1977, p. 6 – tradução nossa).

baixo": a aflição frente ao relativo bem-estar dos que, apesar de ocupar uma posição inferior àquela do observador, são vistos como injustamente privilegiados, na percepção de "eles têm uma vida fácil demais, mesmo que não seja tão boa quanto a minha". (YOUNG, 2002, p. 26).

A privação relativa é peça importante na compreensão do amplo domínio da exclusão, pois a insatisfação com a condição social e ambições frutadas abrem caminho para diversas respostas políticas, religiosas e culturais. Desse modo, portas são abertas àqueles imediatamente concernidos, assim como, intencionalmente, são fechadas para outros. Inclusive, criam respostas criminais que, frequentemente, são caracterizadas pela estrição de terceiros. Por exemplo, o *downzising*⁹ da base manufatureira origina a privação relativa em toda estruturação de classes, mas os maiores atingidos são os trabalhadores desqualificados nas proximidades de indústrias vazias, como também nas propriedades rurais solitárias. Homens jovens são deixados no limbo, descartados na espiral do desemprego, sendo incapazes de garantir estabilidade.¹⁰

Homens jovens que enfrentam uma tal negação de reconhecimento se voltam, em todo o mundo, no que deve ser quase uma lei criminológica universal, para a criação de culturas de machismo, para a mobilização de um dos seus únicos recursos, a força física, para a formação de gangues e a defesa do seu próprio "quintal". Tendo-lhes sido negado o respeito de outros, eles criam uma subcultura que gira em torno de poderes masculinos e de "respeito". (YOUNG, 2002, p. 31).

Isso ocorre porque, ao serem excluídos do mercado de trabalho e privados de perspectivas de carreira e um futuro promissor, os indivíduos acabam internalizando sua própria exclusão como algo rotineiro, tomando atitudes que fortalecem ainda mais a exclusão de outros grupos igualmente vulneráveis. Essa subcultura ou resistência, como chamado por Young, colocam como principais virtudes a obstinação e a força física, revelando-se sexista, por vezes racista e abertamente contrária ao intelecto. Os excluídos estabelecem divisões entre esses próprios, com base raça, local de residência, até por futilidades como qual time de futebol é torcedor. Suas ações geram problemas de insegurança e tranquilidade para o restante da comunidade. (YOUNG, 2002, p. 30-31).

Eles são excluídos, criam uma identidade que é rejeitadora e excludente, excluem outros mediante agressão e dispensa, e são, por sua vez, excluídos e dispensados por outros, sejam diretores de escola, seguranças de shoppings ou supermercados, cidadãos "honestos" ou o policial em sua ronda. (YOUNG, 2002, p. 31).

Essa dinâmica excludente segue em andamento, agravando ainda mais a marginalização em uma clara autodestruição que contamina a sociedade no todo e sua população. No melhor panorama, os indivíduos estão confinados em uma sequência de

9 Trata-se de uma estratégia econômica que provoca o "enxugamento da produção" na indústria, com desqualificação do trabalho e foco na flexibilização da força de trabalho. (YOUNG, 2002, p. 24-25).

10 Autor explica, no caso do exemplo, que mulheres jovens em tais áreas encontram funcionalidade na criação dos filhos e no trabalhando na área de serviços.

empregos sem perspectivas, ao passo que no pior, acabam enxotados para uma subclasse de ociosidade e desespero. (YOUNG, 2002, p. 31).

Enfim, como grifou Cirino Santos, a criminologia crítica possui um importante papel em constatar a relação existente entre mecanismos seletivos do processo de criminalização e o histórico da formação econômico-social capitalista, apontando o cárcere como instituição central de controle social e a fábrica, como o centro da economia. Essa ligação histórica é base elementar da sociedade capitalista, desde o camponês retirado de suas terras, transformado em trabalhador livre e ajustado a fábrica, até reprodução do modelo que fundamenta as condições de produção capitalista. (SANTOS, 2018, p. 47).

Assim, a análise crítica da estrutura capitalista é fundamental, uma vez que dela decorrem não apenas a divisão de classes, mas todo o sistema de desigualdade e exclusão, o qual vai desde a criação de estereótipos que visam excluir e marginalizar determinados grupos até a sua criminalização. Partindo desse contexto, o próximo ponto será abordagem do conceito de aporofobia, caracterizado como o ódio e preconceito dirigido as pobres, como exemplo da manifestação concreta dessa exclusão. Assim, será destacado a forma como o Estado Brasileiro, através de sua política criminal excludente, contribui para a segregação e marginalização dos pobres, reforçando, assim, o domínio da classe hegemônica.

4 | O POBRE NO CENTRO DA PUNIÇÃO: A APOROFobia COMO EXEMPLO DO MECANISMO DE CRIMINALIZAÇÃO

No atual contexto, outro estudo em voga no campo das ciências sociais é a investigação da aporofobia como uma abordagem metodológica para compreender a ocorrência de diferentes crimes e a vitimização. No presente artigo, as percepções a receito da aporofobia contribuirá como um exemplo palpável do contexto criminal movido pela lógica capitalista, até porque se verificar sua ocorrência na sociedade nota-se que sua origem é uma cicatriz decorrente do jogo de poder e opressão imposto pelas classes dominantes.

O termo aporofobia foi originalmente cunhado pela filósofa espanhola Adela Cortina para se referir à rejeição direcionada aos pobres. A relevância extrema desse novo conceito filosófico foi reconhecida quando, em 2017, ele foi oficialmente incluído no Dicionário da Língua Espanhola e declarado a palavra do ano pela *Fundación del Español Urgente*. Adela Cortina introduz uma análise da pobreza e suas conexões com os fenômenos sociais, referindo-se a esse tema como aporofobia.¹¹ Essa perspectiva descreve um sentimento de “rejeição, aversão, temor e desprezo ao pobre, ao desemparado que, ao menos aparentemente, não pode devolver nada de bom em troca”. (CORTINA, 2022, p. 18).

Em resumo, um traço social presente há muito tempo na sociedade capitalista foi recentemente nomeado e reconhecido oficialmente, fornecendo um instrumento para

11 Derivada das palavras gregas “Á-poros” (pobre) e “Fobéo” (aversão).

compreensão adequada das desigualdades e seu enfrentamento. Embora a hostilidade direcionada aos pobres seja evidente, as razões por trás desses comportamentos costumavam permanecer ocultas, justificando-se por outros motivos e nunca diretamente pela pobreza. A mesmo ocorreu com o racismo e a xenofobia, que agora possuem denominações específicas, tornando essencial que esses contextos sociais não permaneçam no anonimato. Desconstruir essa visão distorcida da realidade, perpetuada por grupos dominantes para manter sua supremacia, é de extrema importância, como pontuado por Cortina, partindo das premissas marxistas, “a ideologia é mais eficaz quando é silenciosa, pois nem sequer pode ser denunciada”. (CORTINA, 2022, p. 22).

Dentre os agressores e vítimas, não existe um perfil específico. O que podemos verificar é que, no caso dos agressores, são indivíduos ditos normais e lúcidos, que assumem uma postura de superioridade em relação ao próximo, considerando fatores já conhecidos como situação econômica, raça, etnia, sexualidade ou crença – indivíduos como dito anteriormente, parte de subcultura ou resistência. Essa atitude de se considerarem superiores legitima o rechaço ao outro, como colocado por Cortina. (CORTINA, 2022, p. 23). Ou seja, não significa dizer que os agressores são apenas os indivíduos da base da hierarquia capitalista (os detentores dos meios de produção), mas indivíduos igualmente colocados no mesmo ardil capitalista. Indivíduos considerados não pobres (no quesito pobreza extrema), hostilizam outros que estão em categoria diferente da sua.

É possível afirmar que há uma segregação entre os pobres considerados “tradicionalis” (quem quer trabalhar) e quem está satisfeito vivendo de subsídios públicos e/ou de atividades moralmente inaceitáveis. Os primeiros são vistos como merecedores de assistências estatais, já que trabalham e contribuem para o desenvolvimento econômico, além de acreditar que qualquer escassez acabará com o “aquecimento do mercado”. Já no segundo, são vistos como casos sem esperança, peso em uma sociedade que “valoriza o trabalho”, o “empreendedorismo” e o “progresso econômico”. (CAMPOS, 2014, p. 13).

A falsa ideia de divisão dos pobres em duas categorias – os - os “bons pobres” e os “maus pobres” – coloca uma sobrecarga desproporcional neste último grupo, atribuindo a eles todos os estereótipos da subclasse e criando uma categoria de pessoas “excluídas”, cheia de características individuais negativas como “pouca força de vontade, preguiça, vícios, incapacidade de administrar dinheiro, hábitos sexuais inaceitáveis, impulsividade, predisposição à delinquência, ao alcoolismo, à toxicodependência...”. (CAMPOS, 2014, p. 13 – tradução nossa).

A narrativa de tolerância zero em relação a população encontrada nessa condição – sem trabalho considerado digno ou sob assistência social – encontra apoio devido à recessão econômica e prospera, justificando um novo sistema de marginalidade. (CAMPOS, 2014). Assim, no caso do perfil das vítimas da apofobia, temos o principal alvo: pessoas em situação de rua, seguidas por imigrantes e pessoas em área consideradas de alto nível de criminalidade. Essas pessoas tornam-se principal foco da mídia e debates políticos,

vistas com desconfiança e desconforto.

Se magnifican las inseguridades Sociales causadas por las personas sin techo, los adolescentes sin trabajo ni estudios, las minorías étnicas y por infinidad de colectivos más, olvidando las inseguridades causadas por la mercantilización de las vidas laborales y personales de la ciudadanía. Las inseguridades personales nacidas del miedo a lo desconocido siempre son más fáciles de manipular por los decisores políticos. (CAMPOS, 2014, p. 14).

Em um novo modelo de gestão da pobreza e da marginalidade centraliza-se em rechear as ruas de policiais uniformizados para abrandar os medos dos bairros, contudo não são feitas mudanças significativas na vitimização. Esse sistema desconsidera pontos vitais, como a fragmentação e insegurança das carreiras, ou então a mercantilização da vida cotidiana, peças-chave nas relações sociais. Forças políticas “sérias” e “moderadas” não desafiam esse sistema. A coesão social é escanteada e não há vontade política em tratar de tensões sociais aspirando benefícios futuros. Não, a abordagem neoliberal da pobreza almeja retornos imediatos através de votos, poder e capital, desprezando as fragmentações sociais geradas pela marginalização e repressão. (CAMPOS, 2014, p. 14-15).

A criminalização da pobreza e exclusão social, conjuntamente com discursos focados na eficiência na inserção social e no trabalho, substitui o “bem-estar” pela pressão por “trabalho”. Desse modo, não se investe em garantir direitos, mas em inserir as pessoas na precariedade e instabilidade do mercado de trabalho. Aos que não se submetem ou não se encaixam nesse desfecho enfrentam constantemente instituições repressivas e o sistema penal. (CAMPOS, 2014, p. 14-15).

As consequências dessa patologia, seja pelo espírito de superioridade ou pela naturalização da pobreza, são vistas como se fossem catástrofes naturais, mesmo que a realidade seja, na verdade, um produto social do qual as pessoas são responsáveis. (CORTINA, 2022, p. 23).

Quando voltamos o nosso olhar para a realidade brasileira, notamos o número significativos de crimes de ódio são cometidos pelos cidadãos contra a massa pobre como linchamentos ou assassinatos às pessoas em condição de rua. Um fato interessante é que quando se trata de casos envolvendo crimes cometidos, por exemplo, por pessoas em situação de rua ou residentes de uma determinada localidade, as notícias veiculadas pela mídia são um perfeito espetáculo. Agora, quando a matéria envolve essa mesma população, mas na figura de vítima, raras vezes alcança a grande mídia.

Trata-se evidentemente de um mecanismo de controle apofóbico, um trabalho conjunto da população, instituições e Estado (como já afirmado ao longo do artigo). Uma ferramenta eficaz para perpetuar que aquele grupo – já todo estigmatizado –, aquelas de pessoas são perigosas, precisam ser contidas.¹² Um prato cheio para a continuidade

12 Os moldes associação histórica entre pobreza e periculosidade pode ser encontrado nos estudos de Michel Foucault. Em suas obras, apontou que nos meados finais do século XIX, a criminologia e a penalidade passaram a enfocar for-

dos discursos repetidos a tanto tempo. Perry contribui afirmando que os crimes de ódio envolvem:

“(...) atos de violência e intimidação e com frequência são direcionados a grupos que já são estigmatizados e marginalizados. Como tal, é um mecanismo de poder e de opressão, cuja intenção é reafirmar as hierarquias precárias que caracterizam uma ordem social dada. Ele tenta reproduzir, ao mesmo tempo, a hegemonia ameaçada (real ou imaginária) do grupo do autor e a identidade subordinada “adequada” do grupo da vítima. É uma forma de marcar tanto o Eu quanto o Outro de tal forma a restabelecer suas posições relativas “adequadas”, conforme são dadas e reproduzidas por ideologias e padrões mais abrangentes de desigualdade social e política”. (PERRY *apud* CHAKRABORTI; HARDY, 2017, p. 347).

Esse discurso ideológico - o exato modelo ideológico alvo das denúncias marxistas - é reproduzido e reproduzido tantas vezes que as origens desse desprezo todo se perdem no caminho. A esse respeito Cortina sustenta que “situase o coletivo na mira do ódio precisamente porque as lendas obscuras pretendem justificar a incitação ao desprezo que a sociedade deveria sentir de determinado coletivo, segundo os inventores dessas lendas”. (CORTINA, 2022, p. 42). Ou seja, o ódio não é direcionado a pessoa em si, por ser quem é, mas “pelo coletivo a que pertencem”. (CORTINA, 2022, p. 43). A autora ainda destaca que o agressor que pratica o crime de ódio está certo “de que existe uma *desigualdade estrutural* entre a vítima e ela, acredita que se encontra em uma posição de superioridade”. (CORTINA, 2022, p. 43). Assim, o discurso baseado na dita superioridade segue um entendimento deformado da realidade que possibilita um grupo melhor posicionado fortificar tal “superioridade estrutural”, conservando a identidade subordinada das vítimas. (CORTINA, 2022, p. 43).

O discurso ideológico que incita o ódio e o desprezo contra determinados coletivos, justificando a superioridade de um grupo em relação ao outro por meio de lendas obscuras, reflete uma dinâmica social na qual as políticas de penalidade fruto do neoliberalismo no contexto brasileiro podem exacerbar essas desigualdades e preconceitos.

Seguindo essa linha de pensamento, Wacquant destaca que a penalidade neoliberal procura resolver problemas de insegurança por meio do aumento do Estado no campo da segurança, ao mesmo tempo em que se retira quando envolvem questões econômicas e sociais, o que resulta em consequências negativas, em especial em países onde a desigualdade é acentuada e o sistema político frágil. Isto é, mostra-se onipotente quando a questão é segurança, mas incapaz quando se trata de conter a precariedade do trabalho assalariado e hipermobilidade do capital, desestabilizando a sociedade em geral. (WACQUANT, 2001, p. 7-8).

temente a noção de periculosidade. Durante esse período, a legislação penal focava cada vez mais na adequação dos indivíduos, visando controlar e reformular tanto o psicológico como a moralidade de cada um, ao invés de dedicar-se na defesa da sociedade como um todo. Segundo ele “a noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam” (FOUCAULT, 2001, p. 85).

Desse modo, na falta de proteção social, os jovens residentes de bairros populares abatido pelo desemprego e subemprego crônicos buscará o “capitalismo da pilantragem” nas ruas para própria sobrevivência. A repressão policial, então, embora aumentado seus números, não mostra resultados, já que não abrange a raiz dessa criminalidade, a qual procura criar uma economia predatória em localidades onde não existe a economia oficial ou, se existe, é decadente. Em tais circunstâncias, o avanço do Estado penal como resposta às desordens causadas pelo conjunto desregulamento econômico, dessocialização do trabalho assalariado e empobrecimento das massas do proletariado urbano, com o aumento do significativo da repressão policial, “equivale a (r)estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres*”. (WACQUANT, 2001, p. 10).

Em geral, a adoção de medidas de limpeza policial e aprisionamento em massa dos pobres apenas irá piorar os problemas já existentes na sociedade brasileira, como a deslegitimação das instituições legais, aumento da criminalidade violenta, abusos policiais e distribuição desigual dos direitos dos cidadãos. Assim, é urgente combater a pobreza e a desigualdade para reduzir a insegurança social e a violência. (WACQUANT, 2001, p. 10).

Percebe-se que a aporofobia se manifesta de várias maneiras na sociedade, não se limitando apenas às ações individuais, mas também sendo perpetrada por entidades, grupos e até mesmo pelo Estado. O Estado desempenha um papel ativo na opressão aporofóbica, contribuindo para a marginalização e segregação, e usando o Direito penal como instrumento para alcançar seus objetivos. Essa realidade demonstra que os modelos de controle social impostos pela sociedade capitalista não foram superados, mas sim enraizados de forma profunda.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou em um primeiro momento, apresentar a criminologia crítica como abordagem metodológica diferenciada nas ciências sociais, combinando em sua essência as teorias do etiquetamento (rotulagem) e a sociologia do conflito, desprendendo-se significativamente da criminologia ortodoxa (positiva) e passando do seu aspecto micro para a macrocriminologia. A partir dessa abordagem, é possibilitado questionar as relações de poder, dominação e desigualdades presentes na vida em sociedade, ofertando alternativas para transformar as estruturas sociais e proporcionar uma política criminal menos exclusiva e mais justa.

No segundo momento, focou-se em apresentar a teoria marxista e sua influência na compreensão da criminologia crítica, permitindo analisar a criminalização da pobreza e suas conexões com as dinâmicas de poder e opressão. Dinâmica esta que cria subculturas que serão responsáveis por violência e reprodução da exclusão social. O pensamento de Marx fornece uma visão histórica esclarecedora sobre como o aparato estatal foi desenvolvido para apoiar o sistema de produção capitalista e como o direito penal

(dominação e ajustamento da massa excedente do mercado de trabalho) surgiu como um mecanismo de controle usado pelas elites para manter sua dominação e hegemonia como classe dominante.

Por fim, somos transportados para a discussão acerca da aporofobia, caracterizado pelo ódio e preconceito direcionado aos pobres, como um exemplo concreto da exclusão social decorrente da matriz capitalista que, até hoje, segue em pleno vigor e fazendo vítimas. Assim, a aporofobia é disseminada na sociedade, envolvendo ações individuais, intuições e o Estado. Este último, sem o qual não seria possível a manutenção dessa estrutura, usa o Direito penal para marginalizar e segregar, perpetuando modelos de controle social da sociedade capitalista.

Portanto, a criminologia crítica apresenta-se como uma ferramenta poderosa para desafiar as estruturas de desigualdade e lutar por uma política criminal mais inclusiva e justa, que inclua os interesses das camadas subalternas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6^a edição, 2^a reimpr., 2014.

BECKER, Howard. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CAMPOS, Albert Sales i. **El delito de ser pobre**. Una gestión neoliberal de la marginalidad. Barcelona: Icaria, 2014.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. In: **Para a crítica do direito**: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. KASIURA JUNIOR, Celso Naoto et al. 1^a ed. – São Paulo: Outras Expressões: Editorial Dobra, pp. 269-290, 2020.

CORTINA, Adela. **Aporofobia, aversão ao pobre**: um desafio para a democracia. Tradução de Daniel Fabre – São Paulo: Editora contracorrente, 2022.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, Rio de Janeiro: Nau, 2001

GILABERT, Pablo; O'NEILL, Martin. Socialism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta (ed.), 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entradas/socialismo/>. Acesso em 12 jul 2023.

HARDY, Stevie-Jade; CHAKRABORTI, Neil. Crimes de ódio. Tradução de Hailey Kaas e Clara Masiero. In: **Criminologias alternativas**. CARLEN; Pat; FRANÇA, Leandro Ayres França (orgs.) – Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, pp. 345-363.

MARX, Karl. **O capital** – livro I. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. [recurso eletrônico].

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia Radical**. 4^a ed. – Florianopolis -SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Social class and the definition of crime. **Crime and Social Justice**, no. 7, 1977, pp. 4–13. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/29766001>. Acesso em 15 jul 2023.

SPITZER, Steven. Toward a Marxian Theory of Deviance. **Social Problems**, vol. 22, no. 5, 1975, pp. 638–51. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/799696> . Acesso em: 14 jul 2023.

STUBBS, Julie. Critical criminology research. In: **The critical criminology companion**. ANTHONY, Thalia; CUNNEEN, Chris (orgs.). Annandale, Nsw: Hawkins Press, 2008.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WEIGERT, Mariana; CARVALHO, Salo. Criminologia feminista com criminologia crítica. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, n. 3, pp. 1783-1814, 2020.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

CAPÍTULO 18

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Data de aceite: 01/09/2023

Lillyan Corrêa Ramos

Graduanda em Direito 10º período- UNIT

Leiliane Corrêa Ramos

Graduanda em Enfermagem 8º período -
UNIT

Lidyane Corrêa Ramos Fraga

Graduanda em Psicologia - Estácio de Sá

Leticia Corrêa Ramos Simplício

Graduada em Pedagogia UNINASSAU

Jonas Batista Pereira

Graduado - Universidade cruzeiro do sul

Andrey Lucas da Silva Fraga

Graduado em Administração- UFS

Eduart Franklin Flor Simplício

RESUMO: O presente trabalho objetiva proporcionar uma reflexão sobre a importância das medidas socioeducativas, onde identifica o menor como autor do ato infracional, tendo fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal Brasileira, sendo identificadas as ações e omissões bem como as implementações de políticas públicas contínuas, voltadas para a educação e

ressocialização do menor infrator, a fim de sanar a crescente marginalização. O procedimento metodológico utilizado para realização desta pesquisa parte da abordagem qualitativa do tipo descriptivo-explicativo, pesquisa de campo e a pesquisa bibliográfica, onde “é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.” (GIL, 2008, p. 28) sendo realizada a pesquisa de campo com intuito de receber uma resposta da sociedade onde as crianças e os adolescentes estão inseridos. As medidas socioeducativas têm previsão legal para prática de atos ilícitos, estando previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, “onde os adolescentes, com idade entre 12 anos completos a 18 anos, são submetidos às medidas socioeducativas previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.” (ZAPATER, 2019). Onde a tipificação do ato infracional não pode ser um fator que dificulte o interesse do público alvo pela ressocialização, devendo intensificar as políticas públicas voltadas para ressocialização utilizando-se a humanização, ao mesmo tempo em que reconheça o menor como autor do ato infracional, reconhecendo os mesmos como seres humanos dotados de direitos e

deveres onde preza pela dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Criança e do Adolescente. Medidas Socioeducativas. Humanização.

ABSTRACT: The present work aims to provide a reflection on the importance of socio-educational measures, where it identifies the minor as the author of the infraction, based on the Statute of the Child and Adolescent and the Brazilian Federal Constitution, identifying the actions and omissions as well as the implementation of continuous public policies, aimed at the education and rehabilitation of minor offenders, in order to remedy the growing marginalization. The methodological procedure used to carry out this research starts from the qualitative approach of the descriptive-explanatory type, field research and bibliographical research, where “it is developed based on material already prepared, consisting mainly of books and scientific articles.” (GIL, 2008, p. 28) field research was carried out in order to receive a response from the society where children and adolescents are inserted. The socio-educational measures have a legal provision for the practice of illicit acts, being provided for in the Statute of the Child and Adolescent, “where adolescents, aged between 12 and 18 years old, are subjected to the socio-educational measures provided for in art. 112 of the Child and Adolescent Statute.” (ZAPATER, 2019). Where the typification of the infraction act cannot be a factor that hinders the target public's interest in resocialization, public policies aimed at resocialization must be intensified using humanization, while recognizing the minor as the author of the infraction act, recognizing themselves as human beings endowed with rights and duties where dignity is valued.

KEYWORDS: Child and Adolescent Statute. Educational measures. Humanization.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva proporcionar uma reflexão sobre a importância das medidas socioeducativas, onde identifica o menor como autor do ato infracional, tendo fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal Brasileira, sendo identificadas as ações e omissões bem como as implementações de políticas públicas contínuas, voltadas para a educação e ressocialização do menor infrator, a fim de sanar a crescente marginalização.

Onde se percebe que a falta de políticas públicas, intensificadas, voltadas para ressocialização utilizando-se a humanização, ao mesmo tempo em que reconheça o menor como autor do ato infracional, reconhecendo como seres humanos dotados de direitos e deveres qual preza pela dignidade da pessoa humana, onde a tipificação do ato infracional não pode ser um fator que dificulte o interesse do público alvo pela ressocialização.

Pressupõem que a falta contratação de profissionais de forma efetiva, que lidam com a criança e com o adolescente (professores, psicólogos e assistentes sociais), de forma suficiente, capaz de atender as demandas, podem desestimular o interesse do menor no âmbito de desenvolvimento escolar desviando-se para a marginalização, devido à dificuldade de obter vaga nas unidades públicas, ou lidar com resoluções de possíveis

conflitos, onde não encontra apoio de psicólogos e assistentes sociais nas unidades educacionais.

Onde Segundo "IBGE O percentual de escolares entre 13 e 17 anos [...]13% dos estudantes haviam experimentado algum tipo de droga ilícita, como maconha, cocaína, crack e ecstasy." Demonstrando a ineficiência de políticas públicas e a vulnerabilidade no âmbito escolar.

O procedimento metodológico utilizado para realização desta pesquisa parte da abordagem qualitativa do tipo descritivo-explicativo, pesquisa de campo e bibliográfica. Visto que segundo Antônio C. Gil (2008),

As pesquisas descritivas têm como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis [...] têm por objetivo estudar as características de um grupo: sua distribuição por idade, sexo, procedência, nível de escolaridade, nível de renda, estado de saúde física e mental etc. (GIL, 2008, p. 28).

Sendo que as pesquisas explicativas, "são aquelas pesquisas que têm como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos" (GIL, 2008, p. 28). Tais características evidenciam a importância de observarmos a importância das medidas socioeducativas para a ressocialização do menor infrator.

Segundo José Filho (2006, p.64) "o ato de pesquisar traz em si a necessidade do diálogo com a realidade a qual se pretende investigar e com o diferente, um diálogo dotado de crítica, canalizador de momentos criativos". Sendo realizada a pesquisa de campo através do Google Formulários do qual cujos links foram enviados via whatsapp, onde foram feitas perguntas relacionadas à temática com intuito de receber uma resposta da sociedade da qual as crianças e os adolescentes estão inseridos.

Já na pesquisa bibliográfica, "é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos." (GIL, 2008, p. 28)

2 | SEÇÃO DE DESENVOLVIMENTO

As medidas socioeducativas tem previsão legal para prática de atos ilícitos, estando previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, "onde os adolescentes, com idade entre 12 anos completos e 18 anos incompletos, são submetidos às medidas socioeducativas previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente." (ZAPATER, 2019). Sendo consideradas crianças a pessoa de até doze anos incompletos, e o adolescente dos doze anos completos aos dezoito anos de idade, tendo a possibilidade da aplicabilidade do ECA de forma excepcional estendendo-se às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Os argumentos eram vários: ao contrário das penas, as medidas socioeducativas são indeterminadas, não havendo parâmetro para seu cálculo; as medidas são aplicáveis até os 18 anos e por exceção até os 21

anos de idade não existindo possibilidade de execução após esses limites; as medidas têm por escopos ou a proteção ou educação do infrator, não sendo razoável estabelecer parâmetros limitadores, pois não há objetivos punitivos; não existe uma pretensão punitiva, porquanto a natureza das medidas socioeducativas não é sancionatória, mas meramente pedagógica e educativa. (SHECAIRA, 2015, p. 195)

Francischini (2005), afirma que, “[...]cabe-lhes, nestes casos, medidas socioeducativas, cujo objetivo é menos a punição e mais a tentativa de reinserção social, de fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”, com a quebra do paradigma da situação irregular do qual a criança e o adolescentes eram objetos de intervenção estatal, e com a evolução jurídica onde foram estabelecida nova doutrina da proteção integral, prevista na CF/88 em seu art. 24, inc. XV e na Lei nº8.069/90.

A criança não mais ostenta a qualidade de meros objetos de proteção, conforme dispunha o revogado Código de menores. Ao contrário, são consideradas sujeitos de direitos, que, além de serem titulares das garantias expressas a todos os brasileiros, também ostentam direitos especiais, como é o direito de brincar (ROSSATO, LÉPORE E CUNHA, 2013 s.p.).

Assim sendo a criança e o adolescente passou a ser reconhecida como: pessoas sujeitas a direitos e deveres, sendo descritos no código do Estatuto da Criança e do Adolescente os Direitos Fundamentais bem como as Medidas Socioeducativas. Podendo ser observado no:

Art. 143. E vedada à divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome. (BRASIL, 2022).

Neste sentido é notório que as Medidas Socioeducativas também se incluem nas medidas protetivas, onde “as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes podem ser cumuladas com outras medidas socioeducativas ou medidas protetivas elencadas no Art. 101 do ECA, desde que sejam compatíveis e adequadas.” (YAMAMOTO, et al. 2004 p.137).

Segundo Diniz e Cordeiro no ano de 2012 em Sergipe

A Unidade Socioeducativa de Internação Provisória (Usip) em Aracaju/SE mantém “uma forte característica prisional”, de acordo com as magistradas Joelci Diniz e Cristiana Cordeiro, juízas auxiliares da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nesta segunda-feira (3/9), Joelci e Cristiana, coordenadoras do Programa Justiça ao Jovem, do CNJ, visitaram o local e verificaram que ele não atende às diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê medidas socioeducativas para os adolescentes em conflito com a lei.

Os adolescentes internados na unidade passam o dia todo nas celas e têm aula uma vez por semana. “Ir à escola uma vez por semana está em total

contradição com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina a internação em estabelecimento educacional", afirmou Joelci Diniz. Para a juíza, o governo do estado de Sergipe demonstra "um absurdo descumprimento" da lei.

O pior, para a magistrada Cristiana Cordeiro, é que em 2010 o CNJ visitou as unidades de Sergipe, apontou as deficiências e nada aconteceu. "Não vimos avanço. Acho que o mais preocupante é isso", ressaltou ela, ao constatar que dois anos se passaram e tudo continua igual. Nem mesmo um plano para melhorar as condições dos adolescentes em internação provisória foi apresentado. "Vamos relatar tudo novamente, mandar ofícios para o Executivo. Vamos cobrar", disse. Diniz e Cordeiro (2012)

Desta forma fica evidenciado que mesmo em situação de internação provisória as medidas socioeducativas não devem atingir a dignidade da pessoa humana e nem desvincular se das medidas protetivas norteadas no Art. 101 e Art. 105. Lei nº8.069/90. Onde diz que "Ao ato infracional praticado por criança corresponderão às medidas previstas no art. 101" (Brasil, 2022). "As medidas, apesar de configurarem resposta à prática de um delito, apresentam um caráter predominantemente educativo." (TJDFT, 2017)

As Medidas Sócio-Educativas estão descritas no Art. 112. Lei nº8.069/90. Sendo elas:

Advertência – o juiz chama a atenção do adolescente que praticou ato infracional para que não repita o comportamento.

Reparação de dano – o juiz decide que o adolescente que praticou contravenção ou crime deve reparar o dano. Exemplo: reparar o dano provocado por pichações.

Prestação de serviço à comunidade – o juiz decide que o adolescente que praticou ato infracional preste serviço à comunidade por determinado período como forma de reparar o dano causado. Medida aplicada por período não excedente a seis meses junto a entidades assistenciais, hospitalares, escolas e outros estabelecimentos congêneres.

Liberdade assistida – o juiz decide que o ato infracional praticado pelo adolescente demanda que o Estado preste atenção maior àquele jovem. Nesses casos, um agente do Estado é destacado para procurar a família do adolescente ou ir à escola para verificar se há alguma demanda que o Estado precisa prover em relação ao jovem. Medida aplicada em situações em que o adolescente está, por exemplo, envolvido com drogas. Nessa medida socioeducativa a ideia é que durante um período mínimo de seis meses o adolescente fique sendo acompanhado por agentes sociais do Estado.

Semiliberdade – Regime pode ser determinado desde o início ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas. Nessa medida, a proposta é que o adolescente que cometeu um ato infracional passe a semana em instituição com a restrição de liberdade, com saída para atividades de estudo ou trabalho, sendo liberado nos fins semanas para convívio com a família.

Internação em estabelecimento educacional – Medida privativa de liberdade, com prazo determinado e que não exceda três anos, devendo sua manutenção ser reavaliada, no máximo a cada seis meses. Somente pode

ser aplicada quando tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves, por descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta. (CONCELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Em pesquisas feitas através do Google Formulários <https://forms.gle/MDQtTX2bEiWdBbD1A> cujos links foram enviados via whatsapp, foram perguntadas as pessoas se as mesmas conheciam alguma criança ou adolescente, a quem se atribuía autoria de ato infracional, sendo que 39,3% das pessoas responderam que conheciam 55% responderam que não conheciam e 5,7% das pessoas não souberam responder.

Você conhece alguma criança ou adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional?

140 respostas

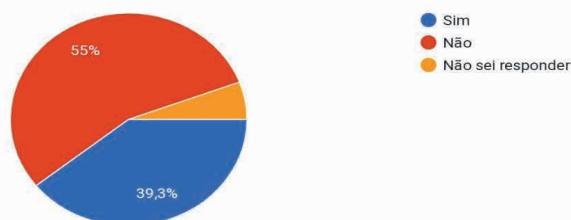


Figura 1 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Fonte: (RAMOS; RAMOS; FRAGA; SIMPLÍCIO; PEREIRA; FRAGA, 2023).

Em seguida foi indagado sobre qual tipificação do ato infracional, que a criança ou adolescente era autor.

O ato infracional foi relacionado a:

73 respostas

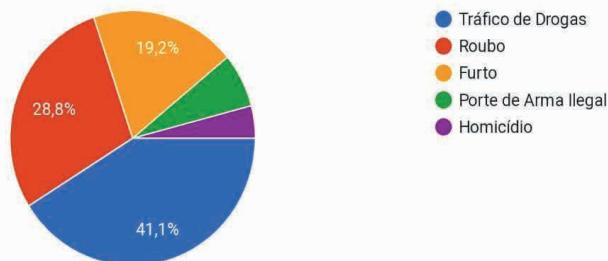


Figura 2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Fonte: (RAMOS; RAMOS; FRAGA; SIMPLÍCIO; PEREIRA; FRAGA, 2023).

Entre os casos que envolvem atos infracionais estão: “As ocorrências envolvem tráfico de drogas, tentativa de homicídio, porte ilegal de armas e homicídio consumado.” (JENZ, 2021). Sendo que uma das possíveis causas mais recorrentes dos atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes, tendo aplicabilidade das medidas socioeducativas, pode estar relacionada ao abuso e dependência de drogas.

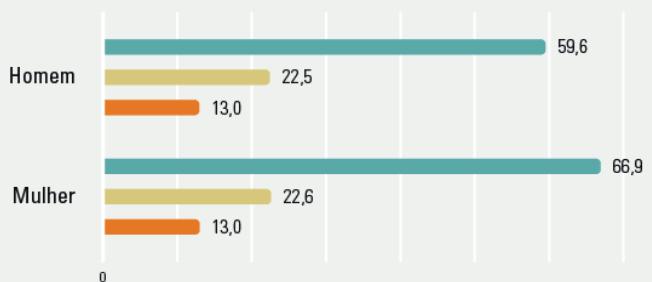
O mundo das drogas relaciona, em primeiro lugar, o consumo com a atividade econômica do tráfico. Logo a seguir, a necessidade de obtenção das drogas para consumo ou para ampliar o acesso a outros bens faz com que os jovens envolvam-se em outras atividades ilícitas, as quais também vão evoluindo em gravidade na medida em que evoluí seu envolvimento com a droga. Nessas situações, se correlacionam o uso de drogas, o tráfico, enquanto atividade econômica, o acesso a armas ilegais [...] O mundo do tráfico apresenta-se como uma fonte de renda imediata, que permite um padrão de consumo não acessado através do mundo do trabalho formal ou informal tornando-se, dessa forma, uma possibilidade (Costa,2005). O tráfico se coloca hoje como a grande possibilidade de visibilidade e também de sobrevivência para adolescentes das periferias (SARTÓRIO; ROSA, 2010, p. 561).

Também em julho, 1 adolescente de 15 anos foi apreendido com mais de 20 buchas de maconha e outros materiais relacionados ao tráfico de drogas. Segundo Polícia Militar (PM), ele foi abordado durante uma operação pelo Bairro Santa Terezinha, e a busca pessoal resultou na apreensão das 24 buchas de maconha. Depois, os militares foram até a casa em que ele mora. (JENZ, 2021)

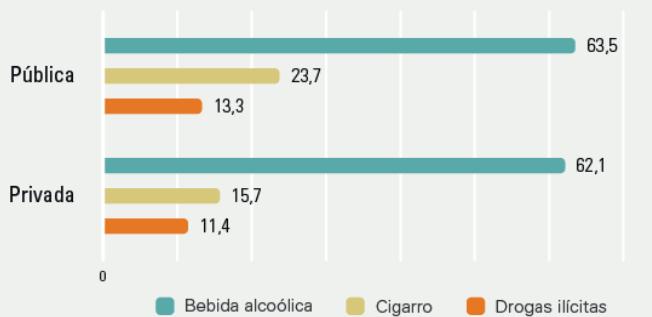
Segundo ”IBGE O percentual de escolares entre 13 e 17 anos [...]13% dos estudantes haviam experimentado algum tipo de droga ilícita, como maconha, cocaína, crack e ecstasy.“ Ibge (2019). Observe a figura 3:

Estudantes de 13 a 17 anos que experimentaram álcool, cigarro ou drogas ilícitas (%)

Por sexo



Por rede de ensino



Fonte: Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar - 2019

AGÊNCIA IBGE
NOTÍCIAS

IBGE

figura 3

IBGE (2019).

O Estatuto da Criança e do Adolescente defende os direitos e deveres das crianças e adolescentes de ter acesso a um bom desenvolvimento, educação, afeto, e todas as necessidades básicas do cidadão. Mas, o ECA também é responsável pela punição ao jovem que cometem qualquer tipo de atividade ilegal antes de atingir a maioridade penal, estas atividades são chamadas de ato infracional. Ato infracional é aquele considerado crime ou contravenção penal perante a sociedade, porém, quando cometido por uma criança ou adolescente possui denominação e pena diferente, devido a sua inimputabilidade. Neste caso, não será aplicada pena, conforme previsto no Código Penal, se aplicará as medidas protetivas ou socioeducativas. As medidas protetivas serão aplicadas quando a criança ou adolescente tiver seus direitos violados por ação ou omissão da sociedade ou Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis e em razão de sua conduta. Caso a autoridade competente reconheça qualquer um dos critérios passíveis de proteção, 28 poderá haver o encaminhamento aos pais ou responsável,

mediante termo de responsabilidade; ou orientação, apoio e acompanhamento temporários; ou matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; ou inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; ou requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; ou inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; ou acolhimento institucional; ou inclusão em programa de acolhimento familiar. Já as medidas socioeducativas são medidas de caráter repressivo, são consideradas a resposta do estado para os atos infracionais cometidos pelos jovens infratores. Ao verificar a gravidade do ato, o juiz responsável por julgar o processo decidirá qual das medidas aplicará ao jovem. A medida poderá ser advertência, obrigação de reparar o dano, dever de prestar serviços a comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semi-liberdade ou internação em estabelecimento educacional. Porém, apesar de inúmeras opções de medidas a serem aplicadas, sua eficácia divide opiniões, visto que ainda existem muitos menores cometendo atos infracionais sem pensar nas consequências. (CAETANO, 2020)

Nesse sentido, “Quem determina a aplicação de uma medida socioeducativa é o juiz da vara de infância e juventude.” (CNJ, 2019). Devendo observar que:

As condutas infracionais correspondem às descrições dos crimes constantes do Código Penal e da legislação especial. Porém, diferentemente do arcabouço normativo penal para adultos, no qual para cada conduta típica e ilícita há uma pena específica previamente estabelecida por lei, no caso do ato infracional não há correspondência taxativa entre este e medidas especificadas, cabendo ao juiz da Infância e Juventude observarem em cada caso concreto qual a medida adequada como reprimenda e proteção ao adolescente. Não sendo condenação criminal, não implicará consequências em sua vida adulta, ou seja, não gera reincidência, nem tampouco pode ser considerada para fins de antecedentes. (ZAPATER, 2019)

No entanto as condutas infracionais tem um numero bastante expressivo no Brasil visto que:

Em 2021, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o sistema socioeducativo mantinha 13.684 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado, número quase 40% menor (8.967 jovens) do que o contabilizado pelo próprio Fórum em 2019 (22.651 pessoas). (CNJ, 2022)

Das pessoas entrevistadas através do Google Formulários cujos links foram enviados via whatsapp, das quais responderam que conheciam um menor autor de ato infracional, 30% das pessoas afirmaram que houve aplicação de medida socioeducativa.

Mas apenas 9,5% dos que cumpriram medidas socioeducativas não voltaram a praticar atos infracionais. Observe a figura 4 e 5:

Houve medidas repreensivas e pedagógicas voltadas para criança ou adolescente acusados de cometer algum ato infracional ?

110 respostas

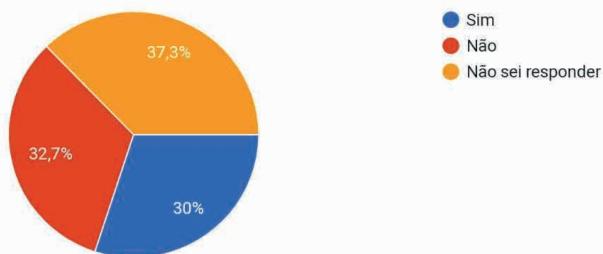


Figura 4 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Fonte: (RAMOS; RAMOS; FRAGA; SIMPLÍCIO; PEREIRA; FRAGA, 2023).

Após cumprir as medidas socioeducativas a criança ou adolescente acusados de cometer algum ato infracional voltaram a praticar atos infracionais?

105 respostas



Figura 5 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Fonte: (RAMOS; RAMOS; FRAGA; SIMPLÍCIO; PEREIRA; FRAGA, 2023).

Contudo 85,2% das pessoas entrevistadas acreditam na capacidade da ressocialização como mostra o gráfico, na mesma linha de pensamentos 69,9% das pessoas não acreditam que as medidas socioeducativas aplicadas por si só sejam capazes de atingir o seu objetivo principal. Observe a figura 6 e 7:

Você acredita na ressocialização da criança ou adolescente que cometem algum ato infracional?

135 respostas

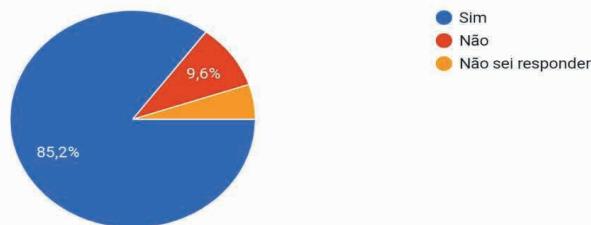


Figura 6 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS
(RAMOS; RAMOS; FRAGA; SIMPLÍCIO; PEREIRA; FRAGA, 2023).

Na sua percepção as medidas socioeducativas por si só é capaz de ressocializar?

11 respostas

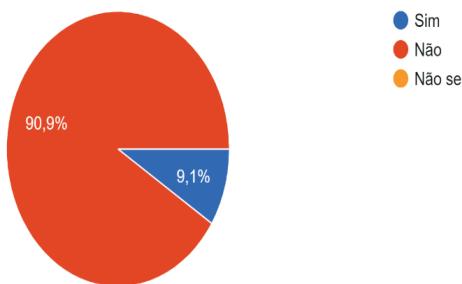


Figura 7 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS
(RAMOS; RAMOS; FRAGA; SIMPLÍCIO; PEREIRA; FRAGA, 2023).

Todavia durante a aplicabilidade das medidas socioeducativas devesse zelar a favor do desenvolvimento Biopsicossocial, dando condições reais de reintegração social, pois:

“O adolescente, como indivíduo em formação deve ser orientado, educado e socializado. Portanto, a medida aplicada visa auxiliar nessa formação como pessoa titular de direitos e obrigações. Qual medida será tomada vai depender não apenas da conduta praticada, mas também da reiteração de condutas e descumprimento de medidas mais brandas anteriormente aplicadas”, informou a delegada. (JENZ, Victória, 2021)

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante exposto conclui se que: a criança eo adolescente são pessoas titulares de

direitos e obrigações, sendo consideradas crianças, a pessoa de até doze anos incompletos, e o adolescente dos doze anos completos aos dezoito anos de idade, o ato infracional praticado por criança ou adolescente corresponderão às medidas previstas no Estatuto da criança e do adolescente onde as medidas aplicadas em cada caso concreto configuraram como resposta à prática de um delito, devendo ser analisadas e aplicadas por um juiz da vara de infância e juventude.

Sendo evidenciada a importância das políticas públicas de forma ampla e eficaz voltadas para o desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente, quer seja menor autor de ato infracional ou não, desta forma no que se refere ao menor infrator deve-se observar as Unidades Socioeducativa pois as mesmas não devem ter características prisionais, devendo ser um ambiente humanizado como um passo inicial para a ressocialização, pois o respeito e a educação andam em parceria com a humanização.

REFERÊNCIAS

Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm 28 out.2022

CAETANO, Lara Cristina Gonçalves. EVOLUÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: medidas protetivas e socioeducativas aplicadas ao menor. MEDIDAS PROTETIVAS E SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS AO MENOR. 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1262/1/LARA%20CRISTINA%20-%20TC.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2022.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Aventura Pedagógica: Caminhos e Descaminhos de uma Ação Educativa. São Paulo: Columbus Cultural, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ Serviço: o que são medidas socioeducativas? aplicação das medidas. Aplicação das medidas. 2019. CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-medidas-socioeducativas/>. Acesso em: 01 nov. 2022.

CNJ. CNJ Serviço: o que são medidas socioeducativas? 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-medidas-socioeducativas/#:~:text=Aplica%C3%A7%C3%A3o%20das%20medidas,sem%20o%20devido%20processo%20legal..> Acesso em: 06 nov. 2022.

CNJ. Link CNJ desta semana discute o sistema socioeducativo. 2022. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/link-cnj-desta-quinta-18-8-discute-o-sistema-socioeducativo/#:~:text=Em%20202021%2C%20segundo%20o%20F%C3%B3rum,em%202019%20\(22.651%20pessoas\)..](https://www.cnj.jus.br/link-cnj-desta-quinta-18-8-discute-o-sistema-socioeducativo/#:~:text=Em%20202021%2C%20segundo%20o%20F%C3%B3rum,em%202019%20(22.651%20pessoas)..) Acesso em: 06 nov. 2022.

DINIZ, Joelci; CORDEIRO, Cristiana (ed.). Unidade para adolescentes infratores em Sergipe parece prisão, dizem juízas. 2012. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/175297437/unidade-para-adolescentes-infratores-em-sergipe-parece-prisao-dizem-juiza>. Acesso em: 01 nov. 2022.

FRANCISCHINI, Rosangela, et al. **Adolescente em conflito com a lei e medidas socioeducativas: Limites e (im)possibilidades**. PSICO, Porto Alegre, PUCRS, v. 36, n. 3, pp. 267-273, set./dez. 2005.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JENZ, Victória. **Cresce número de menores infratores internados no Centro Socioeducativo de Muriaé**. 2021. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2021/08/08/cresce-numero-de-menores-infratores-internados-no-centro-socioeducativo-de-muriaea.ghtml>. Acesso em: 06 nov. 2022.

JOSÉ FILHO, Mário; DALBÉRIO, Osvaldo. (Org.). **Desafios da pesquisa**. Franca: Ed. UNESP FHDSS, 2006.

YAMAMOTO, Aline. **GUIA TEÓRICO E PRÁTICO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**. UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância 2004.

RAMOS, Lillyan Corrêa; RAMOS, Leiliane Corrêa; FRAGA, Lidyane Corrêa Ramos; SIMPLÍCIO, Letícia Corrêa Ramos; PEREIRA, Jonas Batista; FRAGA, Andrey Lucas da Silva. **MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**. 2023. Lillyan Corrêa Ramos. Disponível em: <https://forms.gle/jkJ2nTXH8hLAQVTs9>.

SARTÓRIO, A. T.; ROSA, E. M. Novos paradigmas e velhos discursos: Analisando processos de adolescentes em conflito com a lei. **Revista Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: n. 103, p. 554-575, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TJDFT. **Medidas socioeducativas**. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/informacoes/medidassocioeducativas-1> Acesso em: 01 nov. 2022.

ZAPATER, Maíra. As medidas socioeducativas. In: ZAPATER, Maíra. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019. Cap. 7. p. 194.

ZAPATER, Maíra. As medidas socioeducativas. In: ZAPATER, Maíra. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019. Cap. 7. p. 194.

PROVAS ILÍCITAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA BUSCA PELA EFICIÊNCIA PROCESSUAL PENAL

Data de submissão: 07/08/2023

Data de aceite: 01/09/2023

Fernanda Maciel de Souza Aranha

Advogada. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico na FGV-SP.
<https://lattes.cnpq.br/3043713051597882>

provas ilícitas no contexto brasileiro e a viabilidade dentro do ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Provas ilícitas. Proporcionalidade. Eficiência processual. Proteção social.

RESUMO: Este trabalho tem como tema a análise da flexibilização do princípio constitucional da vedação das provas ilícitas (CR, art. 5º, LVI) através do princípio da proporcionalidade *pro societate*, o qual tem sido manejado sob a alegação de busca da eficiência processual e de impedimento da impunidade. Para os defensores dessa vertente, em determinadas hipóteses, a prova ilícita poderia ser admitida em vista do interesse público de punir e de garantir a segurança social. Notadamente, o coletivo político tornou-se o alvo de medidas, no âmbito processual penal, que visam à eficiência no curso do *persecutio criminis*. Ainda inserido nessa perspectiva, em audiência sobre as “10 Medidas contra a Corrupção” (PL nº 4.850/2016), propostas pelo Ministério Público Federal, o ex-Juiz Federal Sérgio Moro defendeu a preservação de provas ilícitas em processos, conquanto tenham sido obtidas com “boa-fé”. Analisou-se, então, a flexibilização da proibição das

ILEGAL EVIDENCES IN LIGHT
OF THE PRINCIPLE OF
PROPORTIONALITY: NA ANALYSIS
OF THE PURSUIT OF EFFICIENCY
IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT: The aim of this essay is to promote an analysis about the relativization of the constitutional principle of prohibition of illegal evidence through the principle of proportionality *pro societate*, which has been invoked under the argument of seeking procedural efficiency and preventing impunity. For proponents of this perspective, in certain situations, illegal evidence could be admitted considering the public interest in punishment and the ensurance of social security. Particularly, the political collective has become the target of measures within the scope of criminal procedural aimed at efficiency in the course of the *prosecutio criminis*. During a hearing on the “10 Measures against Corruption” (Bill No. 4.850/2016), proposed by the Federal

Prosecution Service, the former Federal Judge Sérgio Moro advocated for the preservation of illicit evidence, as long as they were obtained in “good faith”. Therefore, the flexibilization of the prohibition of illicit evidence in the brazilian context was analyzed along with its feasibility within the legal framework.

KEYWORDS: Illegal evidences. Proportionality. Social protection. Procedural efficiency.

1 | PROCESSO E PROVA

Há de se indagar o que é processo; qual a sua razão de ser, mais precisamente. Para tanto, recorre-se, inicialmente, aos ensinamentos de Carnelutti (2015, p. 93), quem aduz que:

“(...) a primeira atribuição a ele [juiz] associada é precisamente a da história ou, mais especificamente, a da historiografia, essa concebida em seus termos mais estritos e talvez não suficientes. O historiador perscruta o passado para saber como as coisas ocorreram. Os juízos pronunciados por esse profissional são, portanto, *juízos de realidade* ou, mais exatamente, *juízos de existência*; em outras palavras, *juízos históricos*”¹.

Convém destacar que os fatos passados podem apenas ser conhecidos de forma indireta, na medida em que é impossível reviver a experiência alheia. Em palavras mais acuradas, “*o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real*”² (Carnelutti, 2015, p. 155).

Nessa esteira, ao Judiciário não cabe perseguir a verdade real, pois a reconstrução que lhe é incumbida não se coaduna com a reprodução exata de uma ocorrência que não pode mais ser experimentada. Isso, no entanto, não se traduz na ausência de reprimenda criminal; a aproximação processual não inviabiliza o convencimento sobre um fato e, consequentemente, a resposta penal.

Ao expor suas narrativas, as partes visam convencer o juiz de uma hipótese, observando o devido processo legal. A função persuasiva é primordial na processualística, sem a qual o juiz manteria sua posição de ignorante diante de um dado contexto.

2 | A VERDADE MATERIAL

O rito processual penal constitui um *valor de garantia* (Grinover *et. al.*, 2010, p. 124), através do qual se realizam a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz. Levando-se em consideração o sistema acusatório, no qual o juiz deve manter uma posição equidistante das partes e instruir os atos processuais de forma limitada, é inadmissível que a autoridade julgadora se invista de poderes instrutórios, a fim de cooperar com a busca das provas que devem lastrear eventual condenação.

Uma vez que o processo penal visa o convencimento do juiz a partir de uma aproximação, as provas não podem se investir de um caráter ilimitado, que, em si mesmas,

1 CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 93.

2 *Ibid.* p. 155.

desejam uma denominada *verdade* única e irrefutável de uma hipótese. Como fruto dessa visão, há de se reiterar que “*as partes não julgam; o Judiciário não investiga nem produz prova.*”³ (Abade, 2017, p. 86).

Ferrajoli (1995, p. 44/45) elucida que a verdade material é aquela carente de limites legais, obtida por meios diversos, dando fulcro, pois, a um direito processual autoritário e irracional. Ou seja, ao se conduzir fora das regras procedimentais e além dos controles técnicos, a verdade substancial torna-se juízo de valor que enseja uma processualística arbitrária.

Opondo-se a essa concepção, a verdade formal está condicionada em si mesma, ao observar os procedimentos e as garantias processuais. Em razão disso, por ser um método mais controlado, acaba gerando um conteúdo mais restrito, a fim de assegurar a integralidade das liberdades individuais envolvidas.

Nessa perspectiva, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça consignou que:

“(...) é unívoca a opinião de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador. Afinal, os fins colimados pelo processo penal são tão importantes quanto os meios de que se utiliza.”⁴

Vê-se que utopismos não se associam ao conteúdo constitucional, na medida em que se encontram em esfera além do que se viabiliza realizável em termos jurídicos. A confusão entre *dever-ser* e *ser* constrói uma distorção interpretativa dos conteúdos constitucional e legal, de tal forma que a razão dos institutos reste esvaziada, frustrada.

3 I PROVAS ILÍCITAS

O constituinte editou o art. 5º, LVI, da Constituição, o qual dispõe que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Essa previsão representa mais uma garantia para o processo penal que deve operar em harmonia com o conjunto de direitos fundamentais, pois, do contrário, o acusado acaba se transformando em potencial alvo de atos que extrapolam os limites substanciais em um Estado Democrático.

Nessa esteira, torna-se visível que o sistema jurídico brasileiro evita que o próprio Estado, no desejo de punir aquele que violou alguma regra, feche os olhos para suas próprias leis e quebre limites legais e constitucionais no âmbito probatório, o que acaba se transformando na “criminalidade de Estado”, assim denominado por Gössel (Ávila, 2006, p. 99).

Com a edição da Lei 11.690/2008, responsável por reformar o Código de Processo

3 ABADE, Denise Neves. *Inexistência do princípio da verdade real no processo penal garantista*. In: Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antônio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 86.

4 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rcl 36.734/SP, Rcl 36.734/SP, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. 10.02.2021, Dje 22.02.2021.

Penal, ao art. 157 do diploma processual foi introduzida carga conceitual de provas ilícitas, ao dispor que estas surgem da violação de normas constitucionais ou legais. Sem embargo, convém registrar que a redação do dispositivo em comento pode acabar causando a ampliação do conteúdo da ilicitude que não se confunde com a nulidade (Dezem, 2017, p. 154).

Ainda na esteira da reforma processual, o legislador incluiu o §1º, o qual prevê a inadmissibilidade de provas derivadas das ilícitas, salvo inexistência de nexo causal. Trata-se da doutrina do *“Fruit of the poisonous tree”* (“Fruto da árvore envenenada”), elaborada inicialmente pela Suprema Corte norte-americana, no precedente ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920.

A Corte rejeitou uma intimação expedida em decorrência de uma busca ilegal, uma vez que o vício compreendido no antecedente repercutiu para o consequente, de modo que este não deveria ser agregado aos autos do processo. Posteriormente, em 1939, no julgamento do caso NARDONE v. US, a Suprema Corte efetivamente cunhou a mencionada expressão, também conhecida como *taint doctrine*.

A despeito da reforma instaurada, nem sempre a jurisprudência acolheu a recepção, no direito brasileiro, da *taint doctrine*. Tanto é assim que, em primeiro momento, no julgamento da Ação Penal nº 307, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ilicitude deveria ser entendida em si mesma, não estendendo a dicção normativa às provas derivadas⁵.

Apenas no julgamento do HC 73.351/SP, em 1996, o Supremo, por maioria de votos, manifestou-se favoravelmente à adoção do instituto jurídico importado. Naquele caso, a Corte assentou seu entendimento no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica contamina outros elementos probatórios eventualmente colhidos, oriundos das informações obtidas na escuta, direta ou indiretamente⁶.

É mister atentar-se ao teor da segunda parte do §1º do art. 157 do CPP, o qual traz à tona duas exceções à prova ilícita por derivação, a saber: a teria da fonte independente (*independent source doctrine*) e a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*), ambas concebidas no sistema de precedentes do direito norte-americano.

Referente à primeira, caso reste demonstrado que os elementos probatórios foram obtidos a partir de uma fonte autônoma de prova, sem qualquer ligação de dependência com a ilicitude, então são lícitos, pois não eivados pela mácula originária. Entretanto, tal inclusão legal é indispesável. Isso porque, se a prova ilícita é inexistente no plano jurídico, é inviável que propicie a obtenção de uma prova lícita. Ora, uma não-prova não pode dar causa a uma prova; caso a prova ilícita não tenha relação causal com as demais provas, então a contaminação não lhes é transmitida.

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 307/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.11.1995, DJ 04.12.1995.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 73.351/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 09.05.1996, DJ 15.05.1996.

A referida exceção, positivada no §2º do artigo em comento, foi elaborada, em 1984, pelo direito norte-americano, no julgamento do caso *Nix v. Williams-Williams* II. Neste, o corpo de uma vítima de homicídio foi encontrado pela polícia em decorrência de informações obtidas por meio de declaração ilegal do acusado.

Em que pese o meio pelo qual o dado a respeito do paradeiro foi coletado, a Suprema Corte concluiu que o cadáver teria sido encontrado de outra maneira, uma vez que um grupo de duzentos voluntários participava das buscas licitamente. Isto é, ainda que a atuação das autoridades investigativas fosse diferente, o corpo teria sido localizado inevitavelmente, de forma lícita pelos demais envolvidos no caso.

4 I PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na era digital, em que as tecnologias digitais se encontram em desenvolvimento intenso e revelam-se como auxiliares (senão protagonistas, em certas hipóteses) dos operadores das mais diversas áreas, é mandatório analisar as provas que se inserem assiduamente nesse contexto.

O art. 5º, X, da CRFB estatui que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”. Em complemento, o inciso XII estipula que a inviolabilidade também se aplica ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, dispõe, em seu art. 12º, proteção à intimidade e privacidade de todo ser humano, a fim de lhe *blindar* de ingerências arbitrárias que possam se desenrolar no interior de sua vida. Tão necessária é essa previsão que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678 de 1992, a repete no art. 11º, itens 2 e 3.

Inclusive, o Código Penal disciplina a violação ao sigilo, na medida em que cuida da violação de domicílio (art. 150), violação de correspondência (art. 151), violação de segredo profissional (art. 154) e violação de dispositivo informático (art. 154-A).

Contudo, essas previsões e limitações não se traduzem na proibição absoluta de intervenção à privacidade e intimidade da pessoa humana, haja vista que, em certas ocasiões, o ordenamento jurídico permite a flexibilização da referida vedação. É o que se verifica na parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição, que excetua expressamente a inviolabilidade do sigilo ao âmbito criminal, desde que autorizada judicialmente.

A interceptação telefônica, em termos gerais, é entendida como “a captação da comunicação entre duas pessoas, executada por terceiro” (Avolio, 2019, p. 105). Ou seja, trata-se de uma interferência durante uma comunicação telefônica, seja para a obtenção de informações, seja para impedi-las. Notadamente, sua natureza jurídica é a de fonte de

prova que, após o devido registro, será integrado ao processo. Em nível infraconstitucional, a Lei nº 9.296/1999.

Ainda no ramo da captação eletrônica de provas, a interceptação ambiental é realizada ao vivo, sem o apoio de aparelho telefônico, por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Frequentemente, essa modalidade é utilizada em reportagem investigativa por emissoras de televisão que, para o registro de elemento comprobatório relevante, gravam a conversa de determinados sujeitos, informando e divulgando o conteúdo daquilo que foi captado.

Por outro lado, a escuta ambiental diferencia-se da interceptação ambiental ao passo que, naquela, um dos presentes tem conhecimento da interceptação da conversa. Quer dizer, a finalidade especulativa do terceiro é sabida por um dos interlocutores.

Fugindo da esfera das interceptações, as gravações clandestinas – telefônicas e ambientais – não se valem da presença de um terceiro, na medida em que um dos próprios participantes, sem conhecimento dos demais, registra a conversa.

O uso desses meios como prova, no entanto, não é absoluto, haja vista que depende de justa causa e da inexistência de violação à intimidade do interlocutor (Greco Filho, 2015, p. 7).

5 I O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

No contexto da delimitação concreta do conteúdo dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade impõe-se como método por intermédio do qual a intensidade de aplicação dos princípios envolvidos será analisada e, consequentemente, graduada⁷. Isto é, considerando que, nas hipóteses conflitivas, os princípios não são excluídos do ordenamento jurídico, o meio pelo qual a situação é resolvida deve gerar uma restrição limitada.

Malgrado o princípio da proporcionalidade encontre-se na seara constitucional, é válido notar que essa posição é um tanto quanto recente. Isso porque apenas no final do século XVIII e início do XIX que o proporcional se agregou ao direito público, mais especificamente, ao direito administrativo.

Não se pode olvidar que tais períodos foram marcados por teorias políticas e jurídicas liberais, que exaltavam o caráter limitado do Estado, na medida em que a esfera individual deveria ser protegida ante atuações estatais pouco cautelosas. Com efeito, em 1791, Carl Gottlieb Suarez debruçou-se sobre o princípio da proporcionalidade, ainda vinculado ao Poder de Polícia, e o repartiu em três subprincípios, a saber: proporcionalidade em sentido

7 “En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer um límite o éste admite distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudirse al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco”. VILLAVERDE, Ignacio. **La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad.** In: El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 182.

estrito, adequação e necessidade (Pulido, 2014, p. 59).

Somente após a Segunda Guerra Mundial a proporcionalidade inseriu-se no terreno do Direito Constitucional, tendo sido desenvolvido com profundidade pelo Tribunal Constitucional da Alemanha ao aplicá-lo no controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, principalmente daqueles que tratam de direitos fundamentais. A Corte alemã, então, adotou a exigência do preenchimento integral dos três subprincípios acima indicados.

Uma vez que os direitos fundamentais assumem papel indispensável no Estado Democrático de Direito, as limitações que eventualmente sofram devem ser, de fato, adequadas, mostrando-se capazes de promover o objetivo constitucionalmente legítimo. Em conjunto, visando frear o ímpeto estatal, dentro de um quadro com várias possibilidades, a medida limitativa deve ser subsidiária, pois preza-se pela técnica que se revelar menos invasiva aos direitos fundamentais (Villaverde, 2008, p. 184).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito dita a harmonia entre os meios e os fins perseguidos, preservando o núcleo dos direitos fundamentais colocados em sopesamento, para que as desvantagens irradiadas no campo individual sejam as menos impactantes possíveis.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito dita a harmonia entre os meios e os fins perseguidos, preservando o núcleo dos direitos fundamentais colocados em sopesamento, para que as desvantagens irradiadas no campo individual sejam as menos impactantes possíveis. Nesse sentido, Guerra Filho (2005, p. 95-96) explica que:

“(...) mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens”⁸.

Convém explicitar que esses subprincípios devem respeitar a ordem em que foram mencionados. Isso porque estão interligados por um laço de subsidiariedade, na medida em que fugiria à lógica examinar a compatibilidade entre meio e fim antes de averiguar se a limitação é apta a fomentar o objetivo em vista.

No que tange à incorporação do referido instituto pelo direito positivo brasileiro, duas posições são identificadas: (i) a proporcionalidade firma-se em princípios e institutos constitucionais – Estado de Direito, legalidade, *habeas corpus* –, e (ii) a proporcionalidade apoia-se na própria estrutura dos direitos fundamentais. O presente trabalho patrocina a segunda tese. Daí, revela-se pertinente a lição de Silva (2002, p. 44), quem elucida que, tendo em vista que os direitos fundamentais são efetivados em conformidade com as possibilidades fáticas e jurídicas, é a proporcionalidade a técnica através da qual os mandamentos de otimização serão concretamente realizados.

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 95-96.

Noutros dizeres, o princípio da proporcionalidade permeia a própria ideia de Direito, desde a história antiga até a contemporaneidade. Não se pode, então, simplesmente militar em favor de sua expressa consideração pelo legislador para que seja adotada na prática jurídica.

6 I O USO DE PROVAS ILÍCITAS *PRO SOCIETATE*: O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO

Na esfera penal, parcela dos juristas tem trazido à tona a chamada *proporcionalidade pro societate*, cuja definição se resume no manejo do princípio da proporcionalidade que manipula as provas ilícitas para que sejam permitidas em situações em que os interesses e a proteção da sociedade se revelem em destaque.

Em 2019, no bojo da Reclamação Constitucional nº 34.403/PR, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a ilicitude de provas obtidas por meio de busca e apreensão na residência dos acusados, sem a expedição de ordem judicial escrita e individualizada, bem como determinou o desentranhamento do material e das provas derivadas. À época, dois réus da Operação Publicano haviam sido condenados pela prática de corrupção e lavagem de dinheiro, com base no acervo probatório reconhecidamente ilícito.

Outrossim, é indispensável direcionar o olhar para a Operação Lava Jato, com início em 2014, que buscou investigar e combater crimes de corrupção e lavagem de dinheiro de alcance nacional.

Em maio de 2017, foi divulgada a gravação ambiental da conversa entre o empresário Joesley Batista e o então Presidente da República Michel Temer, os quais discutiam os encaminhamentos das negociações do acordo de delação premiada. A partir daí, os juristas passaram a discutir a possibilidade de se admitir tais gravações como provas dos crimes de corrupção passiva e de obstrução de justiça.

O Relator da Operação no Supremo Tribunal Federal, Ministro Edson Fachin, decidiu que não poderia a investigação ser cega na hipótese de haver material probatório que sustente a acusação, ainda que envolvida por notável ilicitude. Esse entendimento apoiou-se em anterior decisão da Corte Suprema, de relatoria do então Ministro Cesar Peluso, nos autos do RE 583.937, na qual restou consignado que a gravação ambiental pode ser considerada lícita desde que não haja causa legal específica de sigilo nem de reserva de conversação.

Além disso, a tentativa de relativizar a vedação do uso de provas ilícitas deu-se também pela via Legislativa. Em 2016, o Ministério Público Federal elaborou um conjunto de reformas denominado “10 Medidas contra a Corrupção”, o qual se volta a estabelecer medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

No furor das operações que investigavam crimes contra a Administração Pública então em andamento, uma das medidas aventadas, nomeadamente a de número 7, visa

reformular nulidades processuais penais. Mais especificamente, um dos focos era inserir, ao art. 157 do CPP, dois parágrafos que agreguem regra de ponderação de direitos e interesses em jogo para admissão de provas ilícitas.

À época, tramitava perante o Congresso Nacional através do Projeto de Lei nº 4.850/2016. No Anteprojeto, é nítido que a sugestão estava enraizada no intento de se aproximar do direito norte-americano, no qual foram consagradas as *exclusionary rules*, pela jurisprudência. Diferentemente, o tema da ilicitude probatória é elevado à importância constitucional no Brasil, não sendo apenas um produto das Cortes.

Em suma, as justificativas amparam-se nos seguintes pilares: (i) o aproveitamento máximo dos atos processuais praticados como um dever do juiz e das partes; (ii) a impossibilidade de presunção de prejuízo, exigindo-se que as partes demonstrem, específica e concretamente, o impacto gerado ao exercício dos direitos fundamentais; e (iii) o cuidado de se sepultar grandes operações de combate ao crime em fases avançadas.

Nessa senda, o §2º do art. 157 do CPP passaria a prever a exclusão da ilicitude da prova quando (i) a obtenção da prova pudesse ser alcançada por fonte independente; (ii) o agente público agisse de boa-fé ou por crer que a diligência estaria legalmente amparada; (iii) a relação de causalidade fosse mitigada por ato posterior ao vício; (iv) demonstrar a inocência do réu ou revelar a necessária redução da pena; (v) obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal; (vi) derivada de decisão judicial posteriormente anulada.

Posteriormente, em 2019, passou a tramitar sob a numeração PL 3.855/2019, que, até o momento de registro do presente trabalho, aguarda a Constituição de Comissão Temporária pela Mesa.

De se ver, portanto, que, no contexto das grandes operações que se destinaram ao dito combate à corrupção, com notável visibilidade nacional e internacional, o Ministério Público Federal e o Legislativo se propuseram a alterar o regramento acerca da ilicitude probatória no Código de Processo Penal, a fim de exibir uma reforma legislativa de acordo com o então anseio sociopolítico.

7 | A BUSCA PELA EFICIÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Orientando-se pelas lições de Silva Sánchez (2004, p. 2-7), a eficiência, no plano jurídico, está conectada à análise econômica, a qual apoia-se em uma postura consequencialista. Nesse viés, o Direito busca calcular os custos e as vantagens dos institutos que lhe caracterizam. Quer dizer, a redução dos custos com o suposto criminoso há de ser favorecida em conjunto com o aumento de privilégios para a sociedade em maioria.

Ainda, o contexto tecnológico fortaleceu as alterações da realidade temporal. O tempo, seja no espaço virtual, seja no espaço físico, não mais caminha a passos lentos;

na verdade, a hipervelocidade transforma as mais diversas relações, inclusive as jurídicas.

No que tange ao processo penal, Jezler Júnior (2019, p. 39) assevera que a ciberaceleração traz efeitos, também, à sensação de segurança pública. Isso porque o aumento das tecnologias leva ao aumento dos riscos sociais, os quais, frequentemente, são retratados nos mais diversos meios midiáticos de informação.

Por óbvio, a ideia economicista que influi a lógica jurídica opera-se em vista de resultado, do alcance de algo inicialmente pretendido. Essa união revela inegável quebra de normas procedimentais e, em maior gravidade, dos direitos e garantias fundamentais. É dizer: a esfera processual não pode ficar à mercê dos intentos desenfreados de aceleração do sistema judicial, criando, pois, uma ilusão de conquista de uma meta maior – a imposição de uma pena.

Em meio as variadas ocorrências sociais que marcam o dia a dia, as pretensões por soluções ágeis, com o menor custo (ao menos à primeira vista), revelam-se um caminho plausível para a sociedade. Todavia, essa lógica vai de encontro com os direitos fundamentais. Para Novais, os direitos e as garantias assegurados pela Constituição são, essencialmente, contra majoritários, operando-se ao lado da posição mais débil; porque, do contrário, concepções da maioria atropelariam a dignidade da pessoa humana.

Nessa senda, o jurista português assevera que os direitos fundamentais devem ser compreendidos como *trunfos contra a maioria*, na medida em que são

“(...) uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por majoritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.”⁹

Em termos mais específicos, quando eventuais maiorias surgem no clamor de potencializar a eficiência do processo penal por meio de alterações normativas acerca da (in)admissibilidade de provas ilícitas, nada mais representa do que um atentado contra as garantias fundamentais e contra a própria ideia de uma Constituição que visa assegurar a dignidade humana.

Por fim, não se pode olvidar que o enfraquecimento das normas fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito por maiorias significa, igualmente, a debilidade de um todo social.

8 | CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, concluiu-se que a relativização da vedação constitucional das provas ilícitas, por meio do princípio da proporcionalidade, apenas pode ser realizada nas hipóteses em que servir para a defesa do réu, haja vista fugir à lógica que o acusado seja condenado ainda que reste comprovada sua inocência.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006. p. 36. Disponível em: Jorge-Reis-Novais-Trunfos-contra-a-maioria.pdf (tce.jus.br). Acesso em: jul. 2022.

Por outro lado, a finalidade *pro societate* não se coaduna com o processo penal próprio do Estado Democrático de Direito, uma vez que os intentos utópicos de eventuais maiorias e o discurso desenfreado da proteção do interesse público notadamente fragilizam o devido processo legal, bem como alimentam a discricionariedade judicial e a ausência de freios, tão necessária ao modelo garantista.

O uso de provas ilícitas com objetivo condenatório transforma o Estado verdadeiro protagonista de ilegalidades contra os cidadãos, e não um protetor destes.

Ainda que o crime seja repugnante e grave, devem os limites ser respeitados. A não observância da lei é a lei de um Direito desenfreado e sem compromisso com o Estado Democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 7. Ed. São Paulo: RT, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 307/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 73.351/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 213.448/RS**, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

_____. **Rcl 36.734/SP**, Rcl 36.734/SP, TERCEIRA SEÇÃO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2014.

CARBONELL, Miguel. **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, A.P.; GOMES FILHO, A.M. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. Revista do MPRJ, n. 11. RJ: Procuradoria Geral de Justiça.

JEZLER JÚNIOR, Ivan. **Prova penal digital: tempo, risco e busca telemática**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

LOPES JR., Aury Celso L. **Fundamentos do Processo Penal**. Editora Saraiva, 2020.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª Edição 2021: Série IDP.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, Virgilio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, José-María. **Eficiência e direito penal**. Manole, 2004.

VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé. **Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: LiberArs, 2017.

CAPÍTULO 20

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICO

Data de aceite: 01/09/2023

Quezia Fideles Ferreira

Bacharela em Direito- Universidade
Estadual da Paraíba- Campus I, Campina
Grande-PB

Mestra em Letras- Universidade Federal
da Paraíba-UFPB- Campus de João
Pessoa-PB

Especialista em Direito do Trabalho e
Previdenciário- PUC MINAS

<https://lattes.cnpq.br/7772433651842825>

eficaz de responsabilização dos sócios e
administradores das empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade
Jurídica, caminhos, pessoa jurídica, Código
de Processo Civil.

THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: ASPECTS OF LEGAL PERSONALITY DISREGARDING

ABSTRACT: The civil institute of Disregard of Legal Entity is one of the paths adopted by our courts in situations where the abusive use of the legal entity remains configured, enabling the accountability of partners and administrators for acts committed with a view to defrauding and harming creditors. In view of its importance and understanding in this investigation, we aimed to reflect on the institute, paying attention to the relevance, nature and procedure of establishment according to the provision of the NCPC/2015, seeking to understand whether it can, based on contemporary legal practice, be accepted by operators of the law as an effective measure of accountability of the partners and directors of the companies.

KEYWORDS: Legal personality, paths, legal person, Code of Civil Procedure.

RESUMO: O instituto civil da Desconsideração da Personalidade Jurídica é um dos caminhos adotado nos nossos tribunais em situações nas quais resta configurado o uso abusivo da pessoa jurídica, possibilitando a responsabilização dos sócios e administradores por atos praticados com vistas a fraudar e lesar os credores. Tendo em vista a sua importância e a sua compreensão nessa investigação tivemos como objetivo refletir sobre o instituto, atentando para a relevância, natureza e procedimento de instauração consoante disposição do NCPC/2015, buscando perceber se pode, balizados na práxis jurídica contemporânea, ser recepcionado pelos operadores do direito como uma medida

INTRODUÇÃO

Regulamentado em diplomas como o Código de Defesa do consumidor e Código Civil, o instituto, em âmbito do Direito Processual, foi abordado pela primeira vez no Código de Processo Civil de 2015. Está alicerçado no pressuposto da relativização do princípio da autonomia patrimonial sempre que houver a observância de ações que visem burlar a satisfação das obrigações da empresa, resultando em prejuízos a terceiros.

Tendo em vista a importância desse instrumento como forma de combater as manobras fraudulentas do uso inadequado e danoso da pessoa jurídica, nessa pesquisa temos como objetivo refletir sobre o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, buscando entender a sua importância, natureza e seu procedimento de instauração consoante disposição do NCPC/2015.

Para isso partimos do seguinte questionamento: A Desconsideração da Personalidade Jurídica enquanto caminho de responsabilização da pessoa física que de maneira ludibriosa utiliza a pessoa jurídica para prejudicar terceiros é uma medida eficaz enquanto caminho de responsabilização dos sócios e administradores?

Como resposta ao problema apresentado, partimos da hipótese que as nossas cortes tendo em vista os princípios constitucionais e regentes do processo civil, vem convocando o instrumento para responsabilizar aqueles, que com vista a prejudicar terceiros, tem feito manobras ilícitas para eximir-se de saldar as obrigações da pessoa jurídica e, portanto, acreditamos ser eficiente a sua aplicação enquanto medida legalmente sancionada em nosso ordenamento jurídico.

As reflexões desenvolvidas na nossa pesquisa estão organizadas da seguinte forma: no primeiro tópico, versamos sobre o conceito de pessoa jurídica e de personalidade jurídica; o segundo, fizemos uma reflexão sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica e o procedimento de instauração do Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e, por fim, traçamos as nossas considerações finais sobre a temática e apontamos a bibliografia base deste estudo.

METODOLOGIA

Tendo como norte refletir sobre a importância e o fundamento jurídico que na atualidade subsidiam o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, o presente estudo insere-se no rol das pesquisas caracterizadas como qualitativas, pois lida “uma família interligada e complexa de termos, conceitos e suposições” (DENZIN; LINCOLIN, 2006, p. 16) e procurar entender e interpretar fenômenos sociais inseridos num contexto, como atuação do judiciário brasileiro (BORTONI -RICARDO, 2008, p. 34). Em relação às fontes de informação e coleta dos dados, a presente pesquisa qualifica-se enquanto documental, a partir da concepção de documento como “uma informação organizada sistematicamente,

comunicada de diferentes maneiras (oral, escrita, visual ou gestualmente) e registrada em material durável" (GONÇALVES, 2003, p. 32). Nesse sentido, toma como corpus as discussões doutrinárias e jurisprudencial que versa sobre a temática, objeto de apreciação judiciária.

RESULTADOS

A Personalidade Jurídica, conceito fruto de uma criação legal, é concebida por Maria Helena Diniz (2000) como habilidade para adquirir direitos e contrair obrigações.

As pessoas Jurídicas, tal como as pessoas naturais, também são portadoras do atributo da Personalidade. Enquanto "susceptíveis de direitos e obrigações e com direito a uma existência própria, protegida pela lei", consoante Plácido e Silva (2008, p. 1038), as pessoas jurídicas passam a gozar do requisito da autonomia, existindo no mundo fáticojurídico como ser independente da sociedade que a idealizou.

Partindo dessa premissa, Ricardo Negrão (2010), faz os seguintes esclarecimentos sobre a personalidade da pessoa jurídica:

A personalidade jurídica é uma ficção jurídica, cuja existência decorre da lei. É evidente que às pessoas jurídicas falta existência biológica, característica própria das pessoas naturais. Entretanto, para efeitos jurídicos e, leia-se, para facilitar a vida em sociedade, concede-se a capacidade para uma entidade puramente legal subsistir e desenvolver-se no mundo jurídico. Sua realidade, dessa forma, é social, concedendo-lhe direitos e obrigações" (NEGRÃO, 2010, p. 263).

Do exposto percebe-se que a aquisição da personalidade tem como consequência primeira a sua percepção como sujeito plenamente capaz e, como resultado da ocupação desse lugar social, recebe o condão de por exemplo, está em juízo, respondendo por si própria.

O pressuposto da individualidade que permite a não confusão da identidade legal e social da pessoa jurídica com a da pessoa do sócio, rege-se pelo princípio da autonomia patrimonial.

O princípio consagra o entendimento de que a sociedade e os seus respectivos sócios são sujeitos distintos, e como tal respondem, em regra e em caráter independente, por suas obrigações. Nesse sentido, concorde Requião (2003, p. 382), "seja qual for o tipo de sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo."

Assentada na inteligência da separação do patrimônio, a aplicação do princípio às relações instauradas entre sociedade e sócios tem o condão de coibir a chamada confusão patrimonial, entendido por Farias (2011, p. 309), como ação na qual o "sócio utiliza o patrimônio da pessoa jurídica para realizar pagamentos pessoais e vice-versa, atentando contra a separação das atividades entre empresa e sócio."

Requião (2003) traz ainda outra consequência no tocante a aquisição da

personalidade da pessoa jurídica, a possibilidade de modificação estrutural da empresa,

A sociedade tem a possibilidade de modificar a sua estrutura, quer jurídica, com a modificação do contrato adotando outro tipo de sociedade, quer econômica, com a retirada ou ingresso de novos sócios, ou simples substituição de pessoas, pela cessão ou transferência de parte do capital (REQUIÃO, 2003, p. 382)

Como sujeito de direito personalizado, a pessoa jurídica de direito privado adquire personalidade, diferente da pessoa natural, com o registro dos seus atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (sociedade simples) ou Junta Comercial (sociedade empresária) somado, caso necessário à autorização ou aprovação do Poder Público, consoante dispõe o art. 45 do Código Civil.

A aquisição da personalidade abrangerá sua atuação em todas as áreas do direito. Com a personalidade, conforme Fábio Ulhoa Coelho (2012), a pessoa jurídica conceituada, também, como pessoa moral, está autorizada a praticar os atos em geral da vida civil, a saber, realizar uma compra ou uma venda, entre outros.

DISCUSSÕES

Instituto criado com a finalidade de combater a utilização fraudulenta da pessoa jurídica e, por consequente, a insatisfação dos direitos dos credores lesados com esse tipo de utilização da sociedade empresária, a desconsideração da personalidade jurídica tem sua primeira aparição no século XIX. A esse respeito Marcella Blok (2013), faz os seguintes esclarecimentos:

A desconsideração desenvolveu-se inicialmente nos países da Common Law, já que no direito continental os fatos não têm a força de gerar novos princípios, em detrimento da legislação. O direito inglês foi o primeiro a ostentar norma jurídica cujo comando corresponde ao postulado pela teoria da desconsideração. O Companies Act, de 1929, estabelecia, na seção 279, que “se no curso da liquidação de sociedade constata-se que se um negócio foi concluído com o objetivo de perpetrar uma fraude contra credores, dela ou de terceiros, ou mesmo uma fraude de outra natureza, a Corte, a pedido do liquidante, credor ou interessado, pode declarar, se considerar cabível, que toda pessoa que participou, de forma consciente, da referida operação fraudulenta será direta e ilimitadamente [...]. (BLOK, 2013, p. 91).

Amador Paes de Almeida (2007), ao tratar em seus estudos sobre o instituto, aponta a fraude e o abuso do direito como pressupostos do instituto. Ocorre fraude quando os sócios da pessoa jurídica a utilizam como instrumento ardil, visando auferir proveito próprio causando prejuízos alheios. O abuso do direito materializa-se quando a sociedade é dirigida de modo inadequado e abusivo.

Essa modalidade de Intervenção de terceiros, também denominada de Teoria do “disregard doctrine”, é o instrumento através do qual o Judiciário suspende, em caráter extraordinário, a autonomia da pessoa jurídica corresponsabilizando os sócios

e administradores que responderam com seu patrimônio pessoal pelas obrigações da empresa.

No direito pário a referida teoria surge no final dos anos 1960. Na atualidade a encontramos em alguns dos nossos diplomas, entre os quais está a previsão do instituto no código civil no art.50, in verbis:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002).

A normatização do procedimento de instauração foi abordada pela primeira vez no Código de Processo Civil de 2015, visto que o anterior era silente quanto à temática. Cassio Scarpinella Bueno (2019), ao refletir sobre o instituto cujo procedimento de instauração encontramos em nosso Código processual civilista, com a denominação de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, afirma que o objetivo desse instrumento é,

[...]viabilizar o que a prática forense consagrou com o nome de “redirecionamento da execução”, ou, de forma mais precisa, criar condições para que, ao longo do processo (de forma incidental, portanto, daí o nome “incidente”), sejam apuradas as razões pelas quais o direito material autoriza a responsabilização de pessoas naturais por atos praticados por pessoas jurídicas, sujeitando, assim, os bens do sócio aos atos executivos, na forma do inciso VII do art. 790. (BUENO, 2019, p. 322).

A regulamentação do instituto é tema do art. 133 e seguintes do NCPC, onde encontramos a indicação do trâmite do Incidente de desconsideração da Personalidade Jurídica e a fixação da desconsideração inversa.

Consoante o diploma processual, há um conjunto de regras a serem observadas para garantir uma correta apuração da responsabilidade dos sócios. No artigo 133 do novo documento, encontramos a indicação dos sujeitos que podem requerer o incidente, como podemos verificar através da leitura do dispositivo transcreto abaixo:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. (BRASIL, 2015).

Concluída a leitura, vê-se que cabe a parte, ou seja, os credores lesados titulares do direito material alegado em juízo, e ao Ministério Público, na hipótese de haver a necessidade de sua intervenção processual, a legitimidade para requerer a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

No que diz respeito à legitimidade ativa do Ministério Público, o Fórum Permanente

de Processualista Civis, por meio do Enunciado 123 faz a seguinte observação:

123-É desnecessária a intervenção do Ministério Pùblico, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178. (Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros). (Enunciado n. 123 do Fórum Permanente de Processualista Civis, 2017).

A desconsideração inversa também está contemplada no § 2º, do dispositivo em comento. Essa modalidade de desconsideração tem por escopo o alcance do patrimônio da sociedade para saldar as dívidas dos sócios. No julgamento do Recurso Especial nº 948.117/MS, a ministra relatora Nancy Andrighi em sua apreciação destaca que:

[...] a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio. (STJ – RE: 948.117 - MS (2007/0045262-5, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de julgamento: 22/06/2010, 3º Turma, Data de Publicação 03/08/2010).

O artigo 134 e seus parágrafos trazem o momento de cabimento da instauração do incidente. Nesses termos contempla todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial; a desnecessidade da instauração do incidente nos casos nos quais o interessado a requerer na petição inicial; a suspensão do curso do processo e a necessidade de preenchimento dos elementos previstos em lei para que possa ser apreciado por nossas cortes, como podemos interpretar a apreciação da reprodução dos dispositivos:

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. (BRASIL, 2015).

No artigo 135 a legislação processual civil destaca o princípio do contraditório e da ampla defesa. Previsto expressamente no artigo 9º, do Código de Processo Civil, Didier, Braga e Oliveira (2017), define-o como “um reflexo do princípio democrático na estruturação do processo” pois permite não apenas a participação do cidadão no processo mais, também, que este, enquanto interessado, exerça influência no conteúdo da decisão, como preleciona o art. 135 do NCPC, pois “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

É direito daquele que é chamado ao processo manifesta-se e produzir as provas que

Ihe favoreçam no tocante ao incidente, consoante Freire e Cunha (2020, p. 407), “trata-se de citação (e não de intimação, de caráter informativo), vez que tais pessoas passaram a integrar o polo passivo do incidente [e também do procedimento principal], respondendo pelas consequências do seu julgamento”.

Lei processual contempla, ainda, no artigo 136, a menção a necessidade de realização da instrução processual e a indicação do recurso cabível contra decisão proferida. Segundo Freire e Cunha (2020, p. 407) para atacar a decisão proferida são manuseados diferentes recursos, a depender de quem profere a decisão. Nessa inteligência os autores apontam a exemplo, o caso em que a desconsideração haja sido requerida na peça inicial, resolvida na sentença, caberá Apelação, enquanto que no caso de decisão interlocutória o recurso correto será o agravo de instrumento, conforme o artigo 1. 015, IV, NCPC. Se, no entanto, a análise do incidente estiver no âmbito da Segunda Instância e o incidente for analisado pelo relator, utiliza-se, para contestar a decisão, o agravo interno, conforme previsão do artigo 1. 021 do NCPC

O dispositivo 137 trata da alienação ou oneração de bens em que haja fraude, considerados ineficaz perante o requerente credor podendo os bens serem objeto de penhora ou expropriação para que possibilite a satisfação do direito de crédito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconsideração da personalidade é um importante caminho para combater o uso inadequado e ilícito da pessoa jurídica. Tratado no nosso atual Código de Processo Civil através do incidente de desconsideração da personalidade, por meio de normas que regulamentam a sua convocação em nossas cortes, o instituto tem sido um valioso instrumento para coibir manobras fraudulentas e o uso indevido da personalidade da sociedade.

Alicerçado nesse pressuposto, há que se observar os requisitos formais de instauração e responsabilização dos sócios e administradores e, sempre que constatada, possibilitar o exercício dos princípios constitucionais e os regentes da nossa norma processualista civil, para que credores possam ter ressarcido os seus direitos nos casos nos quais o devedor alega, ao realizar uma ação fraudulenta de transferência dos ativos da empresa, não haver patrimônio suficiente para a liquidação de sua obrigação.

No presente estudo discutimos sobre a sua importância e sobre o seu lugar como medida de eficácia adotada pelos nossos tribunais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais: direito de empresa.** 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2007.

BLOK, Marcella. **Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea**. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Vol. 59, p. 91, Jan./2013.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: . Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Justiça. Recurso Especial**: 948.117 - MS (2007/0045262-5). Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Volume 1. Editora Saraiva, 5^a Edição, 2012.

DIDIER Jr., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. vl. 5. p. 77

DINIZ, Maria Helena. **Curso** de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: teoria geral** / Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTA CIVIIS – FPPC. ENUNCIADO 123. Disponível em: .Acesso em: 30 out. de 2021.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; CUNHA, Maurício Ferreira. **Novo Código de Processo Civil**/ Coordenador Ricardo Didier- 10. ed. ver. ampl. e atual-Salvador: Juspodivm, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**, Vol. 1. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo, Saraiva, 2003. v.1.

SILVA, De Plácido . **Vocabulário Jurídico**. 27^a ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 1038

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA INFIDELIDADE AMOROSA: A PRÁTICA DA TRAIÇÃO DEVE ACARRETAR DIREITO A INDENIZAÇÃO?

Data de aceite: 01/09/2023

Carlos Vinícius Sousa Silva

Centro Universitário UNINOVAFAPI
Bacharelado em Direito
Teresina

Daniel Kenyo Monte Lima

Centro Universitário UNINOVAFAPI
Bacharelado em Direito
Teresina

Hertz Alexandre Nery De Oliveira

Centro Universitário UNINOVAFAPI
Bacharelado em Direito
Teresina

Marília Martins Soares Andrade

Professora do Centro Universitário
UNINOVAFAPI, Bacharel em Direito,
possui doutorado e reside na cidade de
Teresina.

<http://lattes.cnpq.br/5246646745621978>

Artigo de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a banca examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

RESUMO: O Presente artigo se voltou ao estudo da responsabilidade civil decorrente

da infidelidade amorosa, estribado no questionamento: a prática da traição deve acarretar direito a indenização? o ponto essencial do estudo foi analisar as consequências jurídicas e uma possível responsabilização do parceiro infiel. Nessa toada, discutiu-se a possibilidade de responsabilizar o parceiro pelas traições ocorridas durante o relacionamento amoroso e a indenização dos prejuízos advindos, sejam morais ou patrimoniais, inclusive se investigando se o terceiro envolvido na ocorrência poderia também ser considerado responsável. Sendo assim, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental com respaldo em livros, artigos, legislações e jurisprudências de caráter narrativo e abordagem qualitativa da qual resultou um amplo estudo sobre o tema. Do estudo resultaram importantes considerações, pois, apesar do adultério não ser mais considerado crime pela legislação brasileira, nada impede que dependendo da maneira como essa traição foi perpetrada, possam advir sanções civis cujo objetivo seria o de minimizar os danos sofridos pelo parceiro prejudicado em razão da traição. Assim sendo, pôde-se perceber que a possibilidade de haver indenização decorrente de traição envolve a apreciação

pontual do contexto em que ela ocorreu e não exclusivamente do ato em si praticado. Por outro lado, constatou-se que a jurisprudência brasileira de forma majoritária, vem afastando a responsabilidade de terceiro na traição por se tratar de fato atípico e, portanto, sem consequências civis.

PALAVRAS-CHAVE: Infidelidade amorosa, Responsabilidade civil, Danos.

ABSTRACT: The present article turned to the study of civil liability resulting from amorous infidelity, based on the question: should the practice of betrayal entail the right to compensation? the essential point of the study was to analyze the legal consequences and possible liability of the unfaithful partner. In this vein, the possibility of holding the partner responsible for the betrayals that occurred during the love relationship and the compensation for the resulting damages, whether moral or property, was discussed, including investigating whether the third party involved in the occurrence could also be considered responsible. Therefore, a bibliographic and documentary research was carried out, supported by books, articles, legislation and jurisprudence of a narrative nature and a qualitative approach, which resulted in a broad study on the subject. The study resulted in important considerations, because, although adultery is no longer considered a crime by Brazilian legislation, nothing prevents that, depending on the way in which this betrayal was perpetrated, civil sanctions may arise whose objective would be to minimize the damages suffered by the parent. harmed as a result of treason. Therefore, it was possible to perceive that the possibility of having compensation resulting from treason involves the punctual appreciation of the context in which it occurred and not exclusively of the act itself performed. On the other hand, it was found that the majority of Brazilian jurisprudence has been removing the responsibility of a third party in the betrayal because it is an atypical fact and, therefore, without civil consequences.

KEYWORDS: Loving infidelity, Civil liability, Damages.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema as consequências da infidelidade amorosa e se propõe para tanto a discutir e analisar a possibilidade da responsabilização civil decorrente da traição entre parceiros nas diversas entidades familiares. Nesse sentido, é notório ressaltar que a fidelidade recíproca entre os cônjuges e os companheiros é um dever imposto pela legislação brasileira, que visa proteger a união familiar entre duas pessoas de sexos distintos ou do mesmo sexo.

Ademais, cabe salientar que o adultério não é mais considerado crime pela legislação brasileira, no entanto, tal ato pode vir a ensejar, civilmente, indenização ao cônjuge ou companheiro vítima de traição. Nesse raciocínio, a Responsabilidade Civil, decorrente da infidelidade amorosa tem por fim compensar o cônjuge ou companheiro vítima de traição e, ao mesmo tempo, responsabilizar o cônjuge ou companheiro infiel pelos danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais causados ao seu parceiro decorrente do constrangimento causado pela infidelidade amorosa.

Assim sendo, esta pesquisa terá como objeto de estudo a possibilidade da

responsabilização civil oriunda dos danos morais e/ou patrimoniais decorrentes da infidelidade amorosa. Nessa perspectiva, o presente estudo terá como questão norteadora: a prática da traição deve acarretar indenização ao cônjuge ou companheiro traído?

O objetivo geral deste artigo, portanto, é analisar as consequências jurídicas e uma possível responsabilização do parceiro infiel em virtude da infidelidade amorosa. Os objetivos específicos são: especificar os aspectos relevantes dentro das uniões afetivas, averiguar como a responsabilidade civil pode ser reconhecida nos casos de infidelidade e destacar condutas que não podem ser utilizadas como meios para punir o cônjuge ou companheiro infiel.

As obrigações inerentes ao casamento e/ou a união estável, como, especificamente, a fidelidade recíproca entre os cônjuges ou companheiros, são deveres que devem ser observados nas relações afetivas. Contudo, a prática de infidelidade no matrimônio ou na união não acarreta nenhuma penalidade específica, sendo necessária a observância da comprovação de um dano sofrido ao cônjuge ou companheiro traído para que haja a possibilidade do parceiro ofendido ser ressarcido através de uma indenização por danos morais e/ou patrimoniais.

A Responsabilidade Civil no direito de família é algo inusitado, já que as relações matrimoniais ou afetivas não costumam ter a interveniência do Estado nas suas decisões, por se tratarem de relações de direito privado onde a supremacia da autonomia da vontade entre as partes rege a vida conjugal ou a união estável entre os cônjuges ou companheiros. No entanto, quando alguns dos deveres, a exemplo da fidelidade recíproca, inerente ao casamento ou à convivência entre os cônjuges ou companheiros são descumpridos, é necessário que haja providência estatal através da responsabilização civil do parceiro infiel (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, trata-se de pesquisa relevante considerando-se a necessidade de a sociedade compreender que os danos sofridos pelo cônjuge/companheiro vítima de infidelidade amorosa são passíveis de indenizações patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, já que a quebra dos deveres de fidelidade recíproca pode causar danos mais graves que o mero descontentamento do cônjuge/companheiro traído.

Para se analisar tais aspectos, esse estudo será desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica narrativa de abordagem qualitativa e construído em três tópicos, em que adotar-se-á como método a revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

O primeiro tópico desse artigo abordará os principais aspectos inerentes às uniões monogâmicas, como o casamento, a união estável e as demais relações afetivas. Em um segundo momento analisar-se-á como a Responsabilidade Civil será aplicada nas relações afetivas, nos casos de infidelidade amorosa, e, por último, as condutas proibidas no âmbito das relações familiares.

2 | ASPECTOS RELEVANTES DAS UNIÕES AFETIVAS

Todas as uniões afetivas, como o namoro, casamento e união estável têm uma característica em comum, o sentimento amoroso. Por exemplo, não é necessário que um casal resida sobre o mesmo teto para que eles sejam reconhecidos como casados, é necessário apenas que eles tenham se casado perante um padre (casamento religioso) ou um juiz (casamento civil). Dessa forma, entende-se que há diversas relações amorosas e que cada uma delas tem suas particularidades.

2.1 Casamento

O casamento como instituto jurídico tem como uma das suas características ser um ato solene. Desse modo, o casamento retrata um ato com formalidades concretas elencadas pelo direito civil que o torna solene, e determina que sua realização seja permeada de rigidez e seriedade. Vale ressaltar, que ao constituir matrimônio a solenidade ser última mediante processo, através do respectivo registro. Sendo assim, no ato matrimonial e com todas as formalidades que a celebração requer, exige-se a presença do representante estadual que ao ouvir dos nubentes o consentimento para casar-se por livre e espontânea vontade de ambos, assim o declara com a pronúncia de palavras sacramentais. Por fim, as formalidades são cruciais para construção da solenidade do casamento, cujo falta dos requisitos formais torna o ato ineficaz (GONÇALVES, 2019).

Nesse diapasão, as normas instituídas pelo casamento são normas de ordem pública, não sendo possível ser interferida por particulares, o que pode ver através do entendimento consolidado do doutrinador:

O casamento é constituído de um conjunto de normas imperativas, cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado e a natureza permanente do homem, definidas em princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis civis (GONÇALVES, 2019, p. 47).

Sobre essa ótica, o casamento retrata um ato que estabelece liberdade para qualquer pessoa se relacionar sem imposições de terceiros. Toda e qualquer pessoa tem a autonomia de escolher seu cônjuge.

Ademais, elencam-se algumas características cruciais pertinentes ao matrimônio, que além de estabelecer comunhão plena de vida, aduz que ambos cônjuges devem manter união e fidelidade recíproca.

A comunhão de vida é a nota fulcral que marca o casamento. Sem esta, desaparecem seu sentido e sua finalidade. O enlace envolve a comunhão de afetos e dos demais componentes de uma vida em comum, como a ajuda mútua, a dedicação recíproca e a colaboração pessoal, doméstica e econômica. Mas, o elo espiritual que une os cônjuges é que torna realidade a comunhão material (RIZZARDO, 2019, p. 256).

Nesse sentido, o casamento se constrói pelo afeto mútuo entre os cônjuges, o

companheirismo e a união. Uma vez que cessada a comunhão plena de vida, perde-se o sentido do matrimônio. Portanto, conclui-se que o casamento fundamenta a construção familiar, e assim sendo, o matrimônio consagra aspectos jurídicos, morais, sociais e religiosos.

Dante disso, o casamento além de ser um contrato como vários doutrinadores o caracterizam é também uma relação de afeto, fidelidade, respeito, plena comunhão de vida e solidariedade que deve ser garantida em todo ambiente familiar. Entretanto, vale ressaltar que a reprodução familiar não se entende como casamento uma vez que nem todos os casais optam em ter filhos, se sobressaindo o companheirismo (MELO, 2013).

Sendo assim, o casamento se divide em três etapas. A primeira aborda-se o processo de habitação. Nesta fase que antecede a celebração do casamento, busca-se verificar se os nubentes estão aptos para o matrimônio. Este processo é realizado perante o oficial do registro civil do domicílio dos nubentes e estes devem comparecer com os documentos disposto no art. 1.525 do Código Civil, a saber:

- I- Certidão de nascimento ou documento equivalente;
 - II- Autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;
 - III- Declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;
 - IV- Declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;
- Certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio. (BRASIL, 2002).

Portanto, após a entrega dos documentos solicitados e feita a conferência, não havendo irregularidade ou impedimento, publica-se o edital pelo prazo de quinze dias nas circunscrições do registo do casal. Deste modo, será feito a publicação na imprensa local, se houver, conforme preceitua art. 1.527 do Código civil, dando publicidade ao ato. Nesse sentido se encerra a segunda etapa do casamento por meio da publicidade.

Na ausência de reclamações neste prazo, o oficial declara de ofício a homologação do juiz, dá-se cumprimento às formalidades, e os nubentes recebem uma certidão para se casarem, válida por noventa dias. Decorrido o prazo de noventa dias, se os nubentes não efetivarem o matrimônio terá que ser realizada uma nova habilitação.

Uma vez preenchidos os requisitos da habilitação, e estando de posse da certidão expedida pelos oficiais do cartório, os nubentes podem assim celebrar o casamento, nos termos do art. 1.533 do código civil, concluindo-se a terceira fase.

O ato solene do matrimônio poderá ser realizado em qualquer dia, todavia o código civil aduz que o ato de celebração deverá se dar na sede do cartório, tendo dia e hora designado pelo celebrante, sendo realizado em edifício público ou particular.

No ato da solenidade requer-se a presença dos nubentes ou na falta, a de seus procuradores com poderes especiais, as duas testemunhas sendo realizado na sede do cartório e se ocorrer em outro local, serão em número de quatro e, do mesmo modo se os noivos.

O ceremonial deverá ocorrer de portas abertas e as falas serão sacramentais previstas na lei civil. Além disso, a manifestação verbal dos nubentes deva ser espontânea, não sendo possível o mero silêncio. Por fim, mediante o consentimento dos noivos o celebrante declara casados, finalizando a cerimônia.

Ao finalizar o ciclo formal do casamento, iniciado com a habilitação e dando prosseguimento com a cerimônia solene, deverá ser registrado no livro para que perpetue o ato e sirva de prova. Nessa ótica, para além das formalidades gerais do casamento o código civil elenca duas hipóteses de supressão de formalidades no casamento. A primeira quando um dos nubentes estiver acometido de moléstia grave (art. 1.539) devendo o casamento ser celebrado na casa do nubente impedido, de modo que possa ser realizado em qualquer horário do dia inclusive pela noite sob a presença de duas testemunhas que saibam ler e escrever.

Ademais, a outra hipótese de supressão dá-se quando o nubente estiver em risco de vida nos termos do artigo 1.540 do código civil. Esse tipo de casamento é chamado de nuncupativo, e esta modalidade pode ser realizada inclusive sem habilitação dos noivos e sem a presença do celebrante. Nessa hipótese serão seis as testemunhas, que não podem ter com os nubentes nenhum parentesco em linha reta, ou, na colateral até segundo grau. Nestas duas hipóteses de supressão das formalidades casamentarias faz-se necessário que os nubentes estejam com discernimento mental perfeito (MELO, 2013).

Identificados os procedimentos e formalidades do casamento faz-se oportuno conhecer os efeitos de relevância decorrentes do casamento. “O matrimônio legaliza as relações sexuais do casal, proibindo a sua prática com outrem e estabelecendo o *debitum conjugale*” (GONÇALVES, 2019, p.193). Dito, isso o principal fundamento do matrimônio e a construção familiar. Nesse sentido, a constituição preconiza no seu artigo 226 a família como principal base social tendo proteção por meio do Estado. Além do casamento é reconhecida legalmente a união estável e diversos tipos de arranjos familiares como a família monoparental dentre outras.

Com advento da constituição de 1988 surgiram novos modelos, como forma de constitucionalizar o direito civil. Como preconiza a constituição federal, além da família ser a base da sociedade e ter proteção do Estado sua origem não se dá somente mediante o casamento, surgindo duas novas entidades familiares denominadas uniões estáveis e a família monoparental, que se forma por qualquer dos pais e seus descendentes (GONÇALVES, 2019).

São inúmeros os efeitos gerados por meio do casamento, preleciona Gonçalves (2019, p.198).

O casamento gera, para os consortes, além dos efeitos pessoais, consequências e vínculos econômicos, consubstanciados no regime de bens, nas doações recíprocas, na obrigação de sustento de um ao outro e da prole, no usufruto dos bens dos filhos durante o poder familiar, no direito sucessório etc.

Nesse prisma, a lei atribui aos nubentes o dever de sustento, obrigação de alimentar e a vigência do regime de bens que o casal escolheu. O regime de bens conforme preconiza no artigo 1.639 do código civil §1 começa a vigorar na data do casamento e nos termos do §2 poderá ser alterado mediante prévia autorização judicial em pedido motivado pelos cônjuges, devendo ser apurada suas procedências e razões pelo direito de terceiros. Outrossim, o regime de bens não pode ser alterado a não ser nas condições mencionadas acima. Vale ressaltar que, caso o casal se divorcie e queira casar-se novamente não será possível adotar o mesmo regime que vigorava anteriormente. Percebe-se que, existe uma série de responsabilidades atreladas após o casamento nesse sentido e importante destacá-las para que seja realizada a seguinte análise da responsabilidade civil e como ocorre mediante os nubentes.

2.2 União estável

A união estável é uma entidade familiar formada pela união entre duas pessoas, onde há uma convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de construir uma família (BRASIL, 2002).

O marco inicial que levou ao reconhecimento da união estável como entidade familiar no Brasil e validou os direitos existentes entre os conviventes, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a prevê expressamente que a união estável goza de proteção estatal. Posteriormente, surgiram duas leis que passaram a regulamentar as garantias entre os conviventes, são elas: a Lei nº 9.278 de 1996 e a Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil).

Nesse sentido, as relações amorosas ocorridas antes do advento da Constituição Federal de 1988, entre dois indivíduos que residiam sob o mesmo teto, não encontravam nenhuma proteção jurídica como entidade familiar, já que o casamento era o único meio no qual as pessoas poderiam ter os seus direitos reconhecidos a exemplo dos alimentos, guarda dos filhos e legitimidade para ser herdeiro do parceiro falecido.

Outrossim, é importante mencionar que da mesma forma que um casamento pode ser reconhecido por duas pessoas que não residem sob o mesmo teto, a união estável também pode ser reconhecida por dois indivíduos que moram em residências distintas, a jurisprudência colacionada abaixo ratifica esse entendimento:

[1. Para o reconhecimento da união estável, a lei exige prova acerca da vida em comum pública, duradoura e contínua, não sendo imprescindível a demonstração de que o casal residia no mesmo teto, bastando a *affectio* familiar, como demonstrada nos autos.]

Nota-se, após a análise do texto parcial que a coabitação dos companheiros não é um elemento essencial para a caracterização da união estável, já que não encontra nenhuma previsão legal.

2.3 Demais relações afetivas

Graças a grande evolução da sociedade, e consequentemente na legislação pátria, na atualidade é possível falar nas diversas estruturas de família, diferentes das ideias sacralizada baseada na moral e nos bons costumes do “casamento entre homem e mulher”. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, passou-se a ter o reconhecimento de outras formas de famílias, mesmo que elas sempre existissem na realidade fática, em relação ao mundo jurídico no qual a tinha como uma ilusão.

2.3.1 Relações monoparentais

Tendo em vista a complexidade organizacional dos indivíduos que compõem a base familiar, essa é a relação mais simples, pois é formada por apenas um dos progenitores (o pai ou a mãe) e seus descendentes.

De acordo com renomado autor Rolf Madaleno (2013), as famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos. Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente.

Entre os tipos de relações familiares a serem citadas neste subitem, a família monoparental é a única legislativamente prevista, pois foi trazida ao âmbito jurídico pela Constituição Federal de 1988:

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (BRASIL, 1988).

2.3.2 Relações paralelas

As uniões paralelas são aquelas que ocorrem de forma simultânea, isto é, a circunstância de um dos cônjuges se colocar concomitantemente como componente de duas ou mais entidades familiares divergentes entre si. Ou ainda, uma situação em que uma pessoa participa de duas uniões ao mesmo tempo, mas uma iniciou antes da

outra. Atualmente, muitos não atribuem reconhecimento às uniões paralelas, embora a Constituição Federal de 1988 ofereça um relativo amparo destinado às mais diversas formas de união afetivas. Entretanto, de acordo com Giselda Hironaka (2013), “aqui e ali, já se apresentam decisões que, corajosamente, têm chancelado a possibilidade de reconhecimento”. Vale ressaltar que embora já se ter admitido a possibilidade das uniões paralelas, ainda há posicionamentos contrários no que tange às consequências jurídicas do reconhecimento dessas entidades familiares.

2.3.3 Relações poliafetivas

Conceitua-se as relações poliafetivas como aquelas formadas por mais de duas pessoas convivendo em interação e reciprocidade afetiva entre si. Se trata de uma relação amorosa simultânea, que não tem a monogamia como princípio, na qual é presente uma espécie de código particular de lealdade e respeito, com filhos ou não, compondo uma família em que três ou mais pessoas compartilham entre si uma relação amorosa, em casas distintas ou na mesma residência.

No Brasil, uma união poliafetiva foi registrada pela primeira vez em um Cartório de Notas de Tupã, interior do Estado de São Paulo. Um trio que era formado por duas mulheres e um homem, lavrou a “Escritura Declaratória de União Poliafetiva”, informando que estavam nesta relação há três anos e sob o mesmo teto. Embora estas relações sejam vistas ainda com reservas, elas começaram a aumentar. Em razão disto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 28/06/2018, por meio do Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000, proibiu que os cartórios lavrassem tais escrituras, como se isto fosse impedir uma realidade social que se tornou jurídica.

3 I RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Antes de adentrar sobre como ocorre a responsabilidade civil no seio familiar, é relevante destacar o conceito de responsabilidade civil, nas palavras da renomada jurista Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2017, p. 51).

Assim, a responsabilidade civil pode ser reconhecida até mesmo dentro das relações afetivas, já que, a constituição do matrimônio não impede que os direitos dos cônjuges sejam lesados.

3.1 Pressupostos da responsabilidade civil

Para começar a elencar sobre os pressupostos da responsabilidade civil é necessário uma análise jurídica acerca do significado da palavra responsabilidade, e para tanto, de

acordo com Gagliano, tem-se que:

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais (GAGLIANO; FILHO, 2019, p.45)

Portanto, a responsabilidade civil está estritamente conecta com uma obrigação derivada, um dever decorrente de um fato jurídico. Sendo assim, a obrigação para o campo jurídico é respaldada no princípio da proibição de ofender, garantindo que ninguém deve lesar o direito de outrem, limite objetivo para sociedade civil (GAGLIANO; FILHO, 2019).

Conforme aduz-se do artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse diapasão, quando o direito de outrem for violado seja de forma dolosa ou culposa surge a obrigação daquele causador do dano repará-lo judicialmente.

Superado o conceito sobre responsabilidade, veja-se como a doutrina majoritária conceitua a responsabilidade civil. A responsabilidade civil surge da necessidade de reparar danos seja estes patrimoniais ou morais causados por terceiros. Nessa ótica, a título de exemplo: no casamento quando um dos nubentes não observa a fidelidade conjugal para com o outro, existe a possibilidade de o ofendido pleitear perante o juiz sanções cíveis como forma de amenizar os prejuízos sofridos.

O ramo da Responsabilidade Civil corresponde ao exame do conjunto de fatos que dão origem à obrigação de indenizar os prejuízos sofridos por outrem, sob o manto do princípio geral da reparação integral de danos. Esse ramo do Direito Civil encontra-se bastante consolidado, de modo que suas normativas são aplicadas com frequência pelo Poder Judiciário, seja na reparação civil fundada em danos morais ou materiais (Dutra, 2020, p. 33).

No direito privado a responsabilidade civil se origina de uma agressão do interesse particular que estabelece ao infrator, uma compensação em pecúnia para a vítima do dano, caso não seja possível repor a coisa ao seu estado anterior.

A responsabilidade civil, decorre de um fenômeno jurídico decorrente do conflito vivenciado pelo homem em sociedade. Contudo, diante das peculiaridades de dogmas, faz-se necessário estabelecer uma classificação sistemática com víeis na culpa e posteriormente na norma jurídica que foi violada. As classificações são divididas em responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva. A responsabilidade civil subjetiva decorre do dano causado seja em razão do ato doloso ou culposo. Portanto, o agente que causa dano atua com negligência ou imprudência conforme art. 159 do código civil de 1916 tendo sido aperfeiçoado no artigo 186 do código civil de 2002. É importante salientar, que o dever de indenizar é consequência da prática do ato ilícito. Para a doutrina majoritária a responsabilidade subjetiva pressupõe que cada indivíduo responde pela própria culpa.

Ademais, por ser um fato constitutivo cabe ao autor o ônus a prova e da culpa ao réu (GAGLIANO; FILHO, 2019).

No entanto, existem algumas situações em que o ordenamento jurídico defere a responsabilidade a um terceiro sendo que este fato não foi causado diretamente por ele, mas sim por alguém com quem este mantém uma relação jurídica. Além disso, há hipóteses em que não é necessário se configurar a culpa, caracterizando-se como responsabilidade civil objetiva. Este instituto não distingue o dolo ou culpa do causador do dano, sendo necessário apenas a existência do dano e a conduta do agente responsável. Contudo, em alguns casos pode-se discutir culpa em demandas de responsabilidade objetiva, como se ilustra:

Para a configuração da responsabilidade objetiva, desconsidera-se o elemento culpa. Mas nada impede, por exemplo, que o réu, em sua defesa, alegue “culpa exclusiva da vítima” para se eximir da obrigação de indenizar. Na mesma linha, a culpa concorrente (art. 945, CC/2002) poderá ser invocada para se reduzir o quantum indenizatório a ser eventualmente fixado (GAGLIANO; FILHO, 2019, p.58)

Além disso, os doutrinadores definem a teoria de responsabilidade civil objetiva como reparação de danos, estabelecida no risco posto pela conduta do agente. Conforme preconiza o artigo 927 do código civil “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Cite-se a jurisprudência majoritária:

RECURSO DE REVISTA – ACIDENTE DE TRABALHO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA 1. A atual jurisprudência do TST é no sentido de admitir a responsabilidade objetiva do empregador quando demonstrado que a atividade desempenhada implica risco à integridade física e psíquica do trabalhador. Nessa esteira, o Eg. TST tem-se posicionado no sentido de reconhecer a aplicação da teoria do risco em hipóteses como a dos autos em que o empregado, no exercício da função de motorista de ônibus, sofre acidente de trânsito. 2. É certo que a existência de culpa exclusiva do condutor do veículo pelo acidente teria o condão de romper o nexo causal e, portanto, afastaria a responsabilização da Empregadora. Não obstante, a descrição da dinâmica do acidente no acórdão regional retrata hipótese de concorrência de causas e de culpas, pois a conduta imprudente da vítima fatal concorreu adequada e diretamente para o evento. 3. Assim, verifica-se que estão configurados os elementos que ensejam o dever de reparação, nos termos da teoria da responsabilidade objetiva: o dano (transtornos psicológicos decorrentes do acidente de trabalho) e o nexo de causalidade (acidente relacionado com o exercício da profissão). Inteligência dos arts. 186,927, parágrafo único, e 950 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST – RR XXXXX20125240007, Data de Julgamento: 29/04/2015, Data de Publicação: DEJT 04/05//2015).

Deste modo, tanto a responsabilidade civil objetiva bem como a responsabilidade civil subjetiva se origina por meio da violação *neminem laedere*. Retrata a ideia de que ninguém deve ser lesado pela conduta alheia. Por fim, que o indivíduo causador do dano deverá repará-lo.

Uma vez analisado os conceitos doutrinários e legais sobre a responsabilidade civil é vultoso especificar os pressupostos gerais que norteiam: a responsabilidade civil: a conduta humana, dano e o nexo causalidade.

Dos pressupostos, inicia-se com a conduta humana. Nesse sentido tal responsabilidade é uma forma de expressar a obrigação da atividade humana. Contudo, percebe-se que um fato jurídico que venha causar dano sendo praticado pela natureza não gera responsabilidade civil, não pode ser atribuído ao homem. “Apenas o homem, portanto, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado” (GAGLIANO; FILHO, 2019, p.72).

Portanto, conclui-se que a ação ou omissão desde que voluntária é um elemento necessário para configurar a responsabilidade civil. O elemento fundamental da conduta humana é a voluntariedade, sendo resultado da liberdade de escolha do agente, tendo este consciência da sua ação. Desse modo, na falta do elemento voluntariedade não pode se caracterizar em ação humana.

Assim, para a configuração da responsabilidade, é necessária que haja ação do agente no sentido de violar intencionalmente ou omissão do agente, exigindo a voluntariedade da conduta humana, ou seja, a manifestação positiva ou negativa de uma atitude, como seu pressuposto essencial (NASCIMENTO, 2017, p.7).

Outrossim, a manifestação da ação voluntária pode ser classificada como positiva e negativa. Na primeira classificação se tem um comportamento positivo, como por exemplo um indivíduo que ao causar o dano por estar embriagado arremessa o veículo no muro do vizinho. A manifestação negativa é quando existe uma omissão por parte do causador do dano. Na esfera jurídica este dano pode gerar ao omitente a obrigação de se responsabilizar pelo seu ato omissivo.

No que concerne ao dano é imprescindível a existência de um prejuízo ou de um dano para se enquadrar na esfera de responsabilidade civil. “Seja qual for a espécie de responsabilidade sob exame (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), o dano é requisito indispensável para a sua configuração, qual seja, sua pedra de toque” (GAGLIANO; FILHO, 2019, p.81).

Portanto, o dano retrata um prejuízo, sendo este uma lesão a um interesse jurídico, podendo ser patrimonial ou não, decorrente da ação ou omissão do agente infrator. Superado o conceito faz-se necessário distinguir os tipos de dano, que podem ser patrimoniais, morais e estéticos. O dano patrimonial é aquele que se origina de uma lesão aos bens e direitos econômicos do titular, como por exemplo, o que ocorre com um dano a um veículo.

Este dano patrimonial pode ser emergente quando corresponde ao prejuízo que o indivíduo causou à vítima, quando a vítima perde algo. Já o lucro cessante e aquele em que o indivíduo deixa de lucrar, é o que, em razão do dano, a pessoa não ganhou.

Ademais, se tem por dano moral aquele que não visa atingir os bens do indivíduo, não tem caráter em pecúnia visando atingir os direitos da personalidade e integridade física do indivíduo, bem como direito à vida, a psíquica, a moral atinge os bens que não são materiais.

Segundo Bittar, pode-se conceituar o dano moral como:

Qualificam-se “como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)” (Bittar, 1993, p.41 apud Murad,2014, p. 2).

A princípio o dano moral refuta-se a direito personalíssimo, não sendo possível haver violação de danos morais que diga respeito aos os direitos da personalidade.

Por último, o nexo de causalidade é o terceiro elemento dos pressupostos da responsabilidade civil e para explicá-lo é necessário entender as teorias que englobam seus fundamentos: a teoria da equivalência de condições; a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata. Na primeira teoria não se tem uma distinção entre os antecedentes do resultado danoso, sendo que tudo que venha a concorrer para o ato será considerado causa. Dito isso, todos os fatores de causa se equivalem, posto que têm relação com o resultado final. Na segunda teoria a causa adequada deve estar de acordo com o efetivo resultado, e nesse sentido, se tem um fato principal e relevante que gera a responsabilidade civil.

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa (GAGLIANO; FILHO,2019, p.149).

Por fim, a última teoria é a adotada no pelo código civil brasileiro e a que melhor se enquadra no ordenamento jurídico. Uma vez ocorrida a violação do direito por parte do indivíduo, existirá uma interrupção do nexo causal no modo de isenção da responsabilidade do agente. Desse modo só será responsável pelos danos causados mediante sua conduta.

De acordo com Gagliano e Filho (2019, p.151-152).

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal.

Portanto, existe uma interrupção do nexo causal devido a causa superveniente, decorrente do acontecimento do veículo ter capotado. Esse acontecimento interrompe o elo entre a conduta de Tício e o resultado da morte. Nessa ótica, Tício não poderá ser responsabilizado. Sob o mesmo ponto de vista, entende-se que o nexo de causalidade é o vínculo que une a conduta com o resultado que se pretende produzir. Por fim, está conduta pode estabelecer pontos positivos ou negativos, e o resultado final pode se dar mediante sua ação ou omissão do resultado ocorrido.

3.2 Responsabilidade civil decorrente dos danos causados pela infidelidade amorosa

Infelizmente, a prática da traição é algo comum no Brasil. Casais que não costumam dialogar com frequência ou que moram em cidades distantes, tendem a procurar um(a) novo(a) parceiro(a) para preencherem o “vazio” que sentem em relação ao seu atual cônjuge. Essa atitude acaba desencadeando uma série de situações desagradáveis onde por vezes o cônjuge traído acaba sofrendo e passando por situações vexatórias, humilhantes e dolorosas. Sob esse aspecto, os danos sofridos pela infidelidade amorosa podem ser classificados como danos morais e/ou patrimoniais.

3.2.1 Do dano moral

O dano moral é entendido como um dano que causa prejuízos ao bem-estar do indivíduo. Nessa perspectiva, é importante mencionar o que a doutrina civilista entende por dano moral:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, 2017, p.111; FILHO, 2017, p.111).

Nesse viés, embora a fidelidade recíproca entre os cônjuges seja um dever imposto pela legislação brasileira, a infidelidade, por si só, não gera o dever de indenizar, já que não há nenhuma previsão legal que assegure uma indenização ao cônjuge ou companheiro traído. No entanto, situações que causem o cometimento de um forte abalo e tragam consequências graves para a saúde física e psíquica do companheiro traído, podem ser passíveis de indenização (BRASIL, 2002).

A jurisprudência pátria também entende que o cônjuge traído tem direito de ser resarcido caso a infidelidade cause um dano além do esperado diante de uma traição, como a contaminação por HIV, senão vejamos:

[1. - A prova produzida é convergente em indicar que a esposa foi contaminada por HIV pelo marido. 2.-Admite o marido ter mantido relações sexuais paralelas ao matrimônio onde contraiu o vírus. Risco assumido pelo

réu. Impossibilidade de reconhecer que o réu poderia ignorar o perigo de contaminação em face da publicidade e do conhecimento de todos do risco inerente as relações sexuais sem a devida proteção. 3.- Dano moral fixado em R\$46.850,00 não merece redução.]

(TJ-RS - AC: 70076516830 RS, Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 26/06/2018, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/07/2018) descrição parcial.

Portanto, necessária se faz a indenização pleiteada pela autora, visto que foi contaminada por HIV por conta da infidelidade do seu marido, praticada sem a devida proteção.

3.2.2 Do dano material

Outrossim, é importante ressaltar a concepção do dano material (ou patrimonial), na visão dos autores retomencionados: “O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo” (GAGLIANO, 2017, p.95; FILHO, 2017, p.95).

Em relação ao dano material, parcela da jurisprudência entende que os prejuízos materiais causados ao cônjuge traído devem ser resarcidos:

[Dano material. Ocorrência. Partes que estavam na constância de união estável reconhecida perante cartório extrajudicial em todo o período de aquisição de bens móveis para os preparativos do casamento. Presunção legal de que todas as despesas realizadas para os preparativos do casamento decorreram do esforço comum das partes.] Art. 5º da Lei nº 9.278/96. Competência do juízo cível. Matéria estritamente patrimonial. Inexistência de discussões acerca da união estável, situação jurídica já sacramentada.]

(TJ-RJ - APL: 00156743820138190202 RIO DE JANEIRO MADUREIRA REGIONAL 5 VARA CIVEL, Relator: Des(a). MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA, Data de Julgamento: 14/11/2018, VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL) descrição parcial.

Os prejuízos que a autora da ação teve com os preparativos do casamento foram indenizados justamente porque nesse período as partes já se encontravam em plena união estável. E assim sendo merecem ser resarcidos, já que o término do relacionamento se deu por conta da traição do companheiro.

3.2.3 Da cumulação dos danos moral e material

É possível que uma traição acarrete duas indenizações, uma no âmbito moral e a outra no âmbito material:

[1- Pratica ato ilícito a ex-companheira que omite de seu ex-companheiro o fato de que a criança nascida na constância da união estável é filha biológica de outro homem, sendo inequívocos a dor e o abalo psicológico suportados por aquele que acreditava ser o genitor da criança que, na verdade, é fruto de relacionamento extraconjugal, induzindo o ex-companheiro a erro, diante da

falsa imputação de paternidade, causando-lhe dano, sujeitando-se à reparação civil. 2- Os valores comprovadamente despendidos pelo ex-companheiro (autor) com o parto da referida criança e com o tratamento psicológico que ele, autor, se submeteu em decorrência dos danos à personalidade causados pela omissão culposa da ex-companheira devem ser por esta resarcidos àquele. 3- Com relação ao valor da indenização a título de reparação por danos morais, verifica-se que a legislação pátria não possui critérios taxativos capazes de nortear, objetivamente, sua quantificação. Para fins de fixação do montante considerado devido, no caso concreto, recomenda-se levar em conta o grau da responsabilidade atribuída à parte demandada, a extensão dos danos sofridos pela vítima, bem como a condição social e econômica do ofendido e do autor da ofensa.]

(TJ-MG - AC: 10000191280395001 MG, Relator: Claret de Moraes, Data de Julgamento: 02/02/2020, Data de Publicação: 10/02/2020) descrição parcial.

Comprovados os danos sofridos pelo autor, necessária se faz a indenização ajuizada pelo mesmo.

3.3 Da responsabilidade civil do terceiro envolvido na infidelidade.

Sob a ótica do direito de família mínimo (princípio da intervenção mínima no direito de família), com fulcro no artigo 1513, do Código Civil, tem-se que a família, base da sociedade e responsável por boa parte do supracitado bem-estar social deve ser protegida contra todos (BRASIL, 2002). Defender a família é defender a sociedade como um todo, dessa forma, atingindo o máximo do bem-estar social.

Trazendo a tal norma jurídica, a respeito da responsabilidade civil do terceiro envolvido na infidelidade, em linhas gerais, o mesmo, não tem o dever de indenizar o cônjuge traído, uma vez que não há como estender a obrigação do dever da fidelidade imposta na relação conjugal, ou seja, nesta relação o condão obrigacional estende-se somente aos cônjuges. Portanto, o cúmplice envolvido na traição não pode ser considerado responsável pelo insucesso da sociedade conjugal, posto que, ele é estranho a relação.

A jurisprudência pátria tem se posicionado no sentido de que não há a ampliação dessa obrigação de não fazer ao cúmplice da traição, visto que, tal dever se impõe somente aqueles que tem a responsabilidade de zelar pela relação. Confirmando o acerto da referida tese, cumpre transcrever a decisão do Recurso Especial nº 1122547, do Superior Tribunal de Justiça, proferida pelo Ministro Relator Luís Felipe Salomão:

[1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte,

não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido.]

(STJ - REsp: 1122547 MG 2009/0025174-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/11/2009, Data de Publicação: 27/11/2009) descrição parcial.

Para o Ministro Luís Felipe Salomão, relator do recurso em epígrafe, “não há como o judiciário impor um “não fazer” ao amante, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta (legal e não moral) que assim determine”. Apesar do alto grau de reprovabilidade social da conduta do terceiro envolvido na traição, tal envolvimento, não vem a constituir ato ilícito diante das normas jurídicas. Outrossim, para o ilustre Ministro “o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte”. No entanto, embora haja no Superior Tribunal de Justiça o entendimento que o cúmplice do adultério não tem o dever de indenizar, na decisão, o Ministro Relator ao citar o art. 942 do Código Civil, afirma que “tal responsabilidade somente tem aplicação quando o ato do coautor ou partícipe for, em si, ilícito”, dessa forma, vem o Tribunal a corroborar na ideia que o terceiro participe da traição pode vir a ser condenado ao pagamento de indenização caso incorra na prática de ofensas à honra do cônjuge lesado pela infidelidade, e dessa forma, causando-lhe danos.

4 I DAS CONDUTAS PROIBIDAS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Desde os primórdios da humanidade, o ser humano sempre utilizou a força física para combater quaisquer injustiças. Nesse viés, independente de quem tinha razão em um conflito, o homem mais forte sempre seria vitorioso.

Ocorre que, com o passar dos anos, surgiram mecanismos criados para combater o litígio entre as partes, pois, se a força física sempre fosse utilizada para resolver os conflitos, somente os indivíduos mais fortes teriam êxito nas suas desavenças. Assim, por mais que o parceiro infiel esteja errado ao trair seu cônjuge ou companheiro, ele não poderá utilizar de mecanismos próprios para conseguir se quitar contra os danos sofridos em virtude da traição.

Ademais, o Código Penal também prevê uma penalidade para o indivíduo que utilizar de meios próprios para tentar suprir seus direitos lesados por outrem, respondendo pelo crime de exercício arbitrário das próprias razões (BRASIL, 1940).

4.1 Agressão física decorrente da legítima defesa a honra

Em consonância com o artigo 25 do código penal “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Nesse sentido, a legítima defesa ocorre quando existe a repulsa ou impedimento da atual agressão ilegítima ou iminente, seja por quem está sendo agredido ou uma terceira pessoa, contra o indivíduo agressor. Portanto, a legitima defesa não ultrapassa uma necessidade de defesa ao agir de forma racional com intuito de utilizar os meios adequados para impedir ou repelir a injusta agressão (MENDES ET AL., 2007).

Dito isso, faz-se necessário discorrer sobre a legítima defesa da honra. Essa situação, ocorre quando uma pessoa, seja homem ou mulher, pratica homicídio para proteger sua honra. A justificativa é fundamentada em razão da traição durante a relação amorosa. Na maioria dos casos o crime é praticado pelo homem que ao realizar o crime alega excludente de tipicidade ou ilicitude.

Portanto, ao defender essa tese se tem como justificativa que o agente que não praticou nenhum crime. Além disso, conforme aduz artigo 28 do código penal “Não excluem a imputabilidade penal: I- a emoção ou a paixão”, e, sendo assim se o indivíduo pratica o crime com base nesses sentimentos de emoção ou paixão responderá por seus atos.

Pondera-se o entendimento dos tribunais:

EMENTA Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. 1. “Legítima defesa da honra” não é. Tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal[...]

(STF – ADPF: 779 DF, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 15/03/2021, Tribunal pleno, Data de Publicação: 20/05/2021).

Conforme julgado, fica evidente que a agressão física decorrente da legítima defesa da honra não é adotada pelo ordenamento jurídico, não servindo de parâmetro para justificar o crime. Deste modo, o ministro declarou a ADPF inconstitucional para confirmar que a tese de legítima defesa da honra não possui embasamento jurídico, uma vez que fere princípios basilares para o como o da dignidade da pessoa humana, proteção à vida e

outras teses de suma importância para a área jurídica (GONÇALVES, 2020).

4.2 *Revenge Porn*

O termo “*Revenge Porn*” é uma expressão americana que traduzido para a língua portuguesa significa pornografia de vingança. Refere-se a uma nova modalidade de vingança, que, através da facilidade da comunicação virtual ao longo dos anos, adquiriu contornos globais jamais vistos, causando consequências drásticas e lesões irreparáveis às vítimas.

Na esfera cível, em particular no direito de família, tal conduta realiza-se quando um ex-cônjuge ou ex-companheiro vem a expor em ambientes virtuais materiais que versam sobre a intimidade da vítima, com objetivo de se vingar, vindo a ocorrer na maioria dos casos em decorrência da traição. Logo, é importante ressaltar, que tal conduta é prevista na Legislação Penal, uma vez que a Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, introduziu ao Código Penal Brasileiro o artigo 218-C, definindo como crime o ato de divulgar sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia, com o fim de vingança ou humilhação, fixando o aumento de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da pena de um a cinco anos, nos termos do § 1º (BRASIL, 1940).

Temos em nosso ordenamento jurídico o entendimento da independência da responsabilidade civil em relação a responsabilidade penal. Para Aguiar Dias (2006) quando a responsabilidade civil e a responsabilidade penal coincidem, proporcionando as respectivas ações, uma é exercida pelo poder público, ou seja, é do interesse da sociedade, e busca punição do culpado, e a outra é exercida pela vítima, buscando a reparação do dano.

O Código Civil faz menção ao tema no art. 935:

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” (BRASIL, 2002).

Apesar da presente independência da responsabilidade civil em relação à responsabilidade penal, a lei penal pode servir para a configuração inicial das condutas ilícitas civis, através da violação dos deveres legais, ou seja, se presente o dano no ato de expor as intimidades do ex-cônjuge ou ex-companheiro, surge a partir daí a obrigação de indenizar a vítima exposta. Como preceitua os artigos 186 e 927, caput, do Código Civil:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002).

No contexto do casamento ou da união estável, os tribunais pátrios tem se

posicionado no sentido que há o reconhecimento da responsabilidade daquele que pratica o ato ilícito em questão, quando se cumprem os requisitos inerentes da responsabilidade civil, sejam eles a conduta ilícita, dano, nexo de causalidade e a culpa (dolo ou culpa em sentido estrito), Conforme jurisprudência coletada abaixo.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS AJUZADA EM FACE DE EX-CONJUGE, COM FUNDAMENTO NA CRIAÇÃO DE UMA PÁGINA NA JÁ EXTINTA REDE SOCIAL DENOMINADA ORKUT, EM QUE FORAM DIVULGADAS, SEM O SEU CONSENTIMENTO, FOTOS ÍNTIMAS DA DEMANDANTE E DO CASAL MANTENDO RELAÇÕES SEXUAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. VALOR ARBITRADO EM R\$ 20.000,00.

A mera exposição da imagem de um indivíduo que não a autorizou expressamente e previamente, por si só, caracteriza ofensa ao direito personalidade. divulgação de fotografias íntimas em rede social, no pós-relacionamento, em perfil aberto ao público, classificada como pornografia de vingança ou revenge porn, fato gravíssimo que merece responsabilização daquele que pratica o ato ilícito. valor indenizatório arbitrado com razoabilidade e proporcionalidade, que não merece reparo. inteligência da súmula nº 343, tjrj. recurso a que se conhece e nega provimento.

(TJ-RJ - APL: 00008384120108190210, Relator: Des(a). LUCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHAES, Data de Julgamento: 11/02/2021, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/02/2021)

A ação indenizatória ajuizada pela autora em face do ex-cônjuge, que incorreu na criação de página virtual, divulgadas, sem o seu consentimento, fotos íntimas da demandante e do casal mantendo relações sexuais. O Tribunal Fluminense manteve a sentença na qual reconheceu ocorrência da “Revenge Porn”, como também a responsabilidade civil do ex-companheiro, uma vez que estão presentes os seus respectivos pressupostos, caracterizando o dever de indenizar a autora pelos danos morais sofridos.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão surgiu a partir do vislumbre que a problemática da infidelidade vem gerando no cenário jurídico brasileiro ao longo dos anos, visto que, se trata de um tema bastante atual, e goza de relevância para a sociedade. Logo, partindo do princípio da inexistência no ordenamento jurídico pátrio de norma que regulamente de forma específica a conduta da infidelidade no âmbito conjugal e na união estável, é de suma importância uma melhor análise das decisões dos tribunais brasileiros que tratam sobre a temática.

Analizando os argumentos expostos através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, verificou-se que a legislação brasileira através do Código Civil em seus artigos 1566, e 1724 no caso de união estável, impõe o dever jurídico de fidelidade recíproca entre cônjuges e conviventes, visando proteger a união familiar entre duas pessoas de sexos distintos ou do mesmo sexo.

Pôde-se perceber que, no casamento, apesar da presença dos sentimentos relacionados a afetividade, bem como da importância dos seus valores para a formação de uma sociedade sólida, é possível reconhecer a sua natureza contratual, defendida por grande parte da doutrina. No entanto, as pessoas gozam da livre oportunidade de escolherem ou não o casamento, e contraindo o matrimônio ficam submetidas aos direitos e deveres previstos na norma jurídica, independentemente da vontade das partes. A união estável por sua vez, também já é reconhecida como entidade familiar, uma vez que, a Constituição Federal de 1988 legitimou os direitos entre os conviventes e validou de forma expressa a sua proteção estatal, visto que, não existia a mínima proteção jurídica nas normas legais da união estável antes da atual Carta Magna.

Por outro lado, constatou-se que o instituto da responsabilidade civil, tendo em vista a sua atuação no âmbito do dano moral ou material, dispõe de competência reparatória, ora também punitiva, em relação ao autor da traição, havendo a possibilidade de indenização no caso de infidelidade amorosa, seja ela entre cônjuges ou companheiros, ou seja, havendo o dano, e este provado, sendo ele material ou moral, além de demonstrar lesão a um direito da personalidade a quem foi causado, deverá o autor ser responsabilizado na esfera cível, dessa forma, sendo obrigado a repará-lo.

Constatou-se ainda que, no entendimento da doutrina e da jurisprudência, a infidelidade, pode acarretar a responsabilidade civil do cônjuge ou companheiro infiel. Cabe salientar que os Tribunais brasileiros são rígidos, alegando em suas decisões que o cônjuge ou companheiro infiel será responsabilizado somente nos casos em que venha a ocorrer abalo emocional ou humilhação social que viole direito da personalidade do traído, tendo em vista que, a infidelidade por si só, não implica na reparação civil.

Por fim, restou posta a necessidade de melhor se informar aos nubentes sobre a questão da traição, considerando-se que poderão advir consequências jurídicas da infidelidade, tornando-se necessário informar àqueles que pretendem contrair matrimônio ou estabelecer uma união estável acerca das possíveis implicações civis da quebra do dever de fidelidade, bem como das consequências financeiras que podem surgir de tal conduta.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos, inicialmente, à Deus, por nos ter propiciado conhecimento e sabedoria para redigirmos esse artigo com paciência e dedicação.

Às nossas famílias, por sempre estarem presentes nas nossas vidas e sempre nos apoiarem em todas as nossas decisões.

Aos nossos amigos, que sempre nos ajudaram quando precisamos e sempre estão conosco nos momentos mais tristes e mais felizes das nossas vidas.

Aos professores do Centro Universitário Uninovafapi, por nos guiarem para o

sucesso e sempre nos preparar para o ingresso no mercado de trabalho.

E, por fim, a todos aqueles que contribuíram de forma direta ou indireta na construção desse artigo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergman. Teoria dos Princípios. 14.ed.: 2014. Faria, Cristiano Chaves. 2012. videoaula LFG, Intensivo II.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de março de 2022.

_____. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 de março de 2022.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (9ª Câmara Cível). **Acórdão: 70076516830/RS**. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTAMINAÇÃO POR HIV. CÔNJUGE. DANO MORAL. CARACTERIZADO. Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 26/06/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/600690475/inteiro-teor-600690485>. Acesso em: 27 out. 2022.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (3ª Câmara Cível). **Apelação: 08027421420138120029 MS 0802742-14.2013.8.12.0029**, APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS -PROVA DA CONVIVÊNCIA CONTÍNUA, DURADOURA E PÚBLICA DAS PARTES. Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 13/02/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/681812003>. Acesso em: 27 out. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5ª Vara Cível) **Apelação: 00156743820138190202/RJ**. EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REPARATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ROMPIMENTO DE NOIVADO. Relator: Des(a). MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA, Data de Julgamento: 14/11/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/657556785>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais **Acordão: 10000191280395001/MG**. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL - OMISSÃO QUANTO À PATERNIDADE BIOLÓGICA - INFIDELIDADE - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - DESPESAS COM O PARTO - DESPESAS COM O ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO - RESTITUIÇÃO DEVIDA. Relator: Claret de Moraes, Data de Julgamento: 02/02/2020. Acesso em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/808522988/inteiro-teor-808523349>. Acesso em 31 out. 2020.

..... Superior Tribunal de Justiça STJ - **RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1122547 MG 2009/0025174-6**, da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUZADA PELO MARIDO TRÁIDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 10/11/2009. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/6144469>. Acesso em 31 out. 2022.

..... Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, (19º Câmara Cível) **APELAÇÃO CÍVEL: 0000838384120108190210/RJ**. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS AJUZADA EM FACE DE EX-CONJUGE, COM FUNDAMENTO NA CRIAÇÃO DE UMA PÁGINA NA JÁ EXTINTA REDE SOCIAL DENOMINADA ORKUT, EM QUE FORAM DIVULGADAS, SEM O SEU CONSENTIMENTO, FOTOS ÍNTIMAS DA DEMANDANTE E DO CASAL MANTENDO RELAÇÕES SEXUAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. VALOR ARBITRADO EM R\$ 20.000,00. Relator: Des(a). Lucia Regina Esteves de Magalhaes. Data de julgamento: 11/02/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1169880514>. Acesso em 01 out. 2022.

DIAS, José De Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 9. Ed. Rio De Janeiro: Forense, 1994. V. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. 31ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/MalhariaRabisco/Downloads/67983-Texto%20do%20artigo-89950-1-10-20131129.pdf> acesso em 25.out.2022.

..... <https://leonardopetro.jusbrasil.com.br/artigos/459692174/os-variros-tipos-de-familia> acesso em: 26.out.2022.

DUTRA, Larissa Monteiro. **Responsabilidade Civil pelos efeitos decorrentes da infidelidade conjugal**. João Pessoa, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LAMD.pdf>. Acesso em: 05 out. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil**. 2017. <http://estadodedireito.com.br/familia-monoparental-necessario-amparo-juridico/> acesso em: 25.out.2022.

..... **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**. 2017.

..... **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Fernanda. **Legítima defesa da honra**. 2020. Disponível em: <https://drafegon.jusbrasil.com.br/artigos/1172775539/legitima-defesa-da-honra>. Acesso em: 26 out.2022.

HIRONAKA, Giselda. **Famílias paralelas**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67983/70840>. Acesso em 10/2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica dos pais e mães solteiras, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família, in O Direito de Família e a Constituição de 1988.** Coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 88.

MELO, Luciana Molinari Elias Breda de. **Indenização por danos morais pela infidelidade conjugal.** Minas Gerais, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LucianaMolinari-Direito.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

MENDES, et al. **Legítima defesa da honra.** Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/1474/1407>. Acesso em: 22 set. 2022.

MURAD, Sérgio Salib. **O dano moral no sistema jurídico pátrio.** 2014. Disponível em: <https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/dano.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

NASCIMENTO, Roberto Costa Do. **Responsabilidade civil por infidelidade conjugal.** Vitória, 2017. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/1635/1/artigo%20cientifico%20roberto.pdf>. Acesso em: 18 out. 2022.

PEGORARI, André Eberl. **Responsabilidade civil do(a) amante sob a perspectiva do direito de família mínimo.** Pós Jus 21. 2021. Disponível em <<https://revistajus21.com.br/familia/responsabilidade-civil-do-a-amante-sob-a-perspectiva-do-direito-de-familia-minimo/>> Acesso em: 18 out. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STF. **Referendo na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental:** ADPF 779 DF. ADPF 0112261-182020.1.00.0000. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 20/05/2021. Jus brasil, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1211707732>. Acesso em 27: out. 2022.

TST. **Recurso de revista - acidente de trabalho-acidente de trânsito responsabilidade objetiva.** Processo N° TST-Rr-1134-33.2012.5.24.0007. Relator: Ministro: João Pedro Silvestrin. DEJT: 29/04/2015. Jus brasil, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/185370958>. Acesso em: 27 out. 2022.

CAPÍTULO 22

RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ E DO ESTADO DECORRENTE DE ERRO JUDICIÁRIO

Data de aceite: 01/09/2023

Lia Rabello Bartolomei

Pontifícia Universidade Católica De São
Paulo Faculdade De Direito
Graduação
São Paulo – SP

O presente plano de trabalho diz respeito à aluna Lia Rabello Bartolomei, estudante de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Insta salientar que o plano de trabalho individual em tela, refere-se a um projeto de Iniciação Científica em grupo, o qual participou também a aluna Letícia Delfino Rodrigues (RA00217547), também estudante de Direito da mesma instituição. O projeto abrange a grande área de ciências sociais aplicadas, especificamente quanto à área do direito, tendo como orientador o Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez, o qual integra o Departamento de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

RESUMO: A pesquisa possui o propósito de mostrar, argumentar e efetivar um estudo crítico sobre a responsabilidade civil do juiz como responsável principal da função jurisdicional e do Estado dentro do Poder Judiciário. Para que isso ocorra, é feita uma exposição baseada na legislação que vigora no país sobre o conceito de

responsabilidade civil e como ela se aplica na prática. Em síntese, a pesquisa trata, inicialmente, do universo forense de forma geral a fim de introduzir o assunto àqueles que não conhecem o acervo jurídico. Posteriormente, é estudada, aprofundadamente, a responsabilidade civil do Estado, isto é, hipóteses em que pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiro, especificamente, quando se comportarem de forma comissiva ou omissiva, jurídica e material. Após, são abrangidas, de forma breve, as funções, as garantias, os direitos e deveres, além das responsabilidades do togado. E, por fim, explicitada a relação da responsabilidade civil do juiz e do Estado com a culpa e o dolo. Por fim, são demonstrados julgamentos da responsabilidade civil do juiz e do Estado na prática para conclusão do estudo. É importante destacar que o projeto é desenvolvido com base em noções históricas, jurídicas, sociais, que visam uma concepção crítica sobre a responsabilidade civil do juiz e do Estado e o verdadeiro impacto da aplicação ou não dela na sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Função Jurisdicional.

1 | ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

1.1 Sistemática adotada pelo professor na orientação

A sistemática adotada pelo Professor Dr. Anselmo Prieto Alvarez na orientação do presente estudo consiste na indicação de obras, artigos e pesquisas de estudiosos que já se aprofundaram no assunto de responsabilidade civil do juiz e do Estado decorrente de erro judiciário. Dadas as indicações, são realizadas leituras por cada integrante do grupo, que realiza suas anotações pessoais. A partir delas, o tema é discutido e, finalmente, escrito sobre aquilo. Em casos de dificuldades ou dúvidas, o grupo contacta o professor, que através de suas explicações e materiais, auxilia o grupo a desenvolver àquela questão.

Ademais, o instrutor acompanha, com frequência, o que está sendo feito por seus alunos, os direcionando de acordo com seus conhecimentos e experiências. Além de que se dispõe a auxiliar em momentos que o grupo se encontra com dúvidas, tanto através de mensagens de texto e e-mails, quanto através de chamadas de vídeos e vídeo-aulas.

1.2 Objetivos e dificuldades encontradas:

Os objetivos iniciais da presente pesquisa foram devidamente concretizados pelas alunas do grupo, junto do auxílio do Professor Orientador Anselmo Prieto Alvarez. Os objetivos da presente pesquisa consistem na realização de um estudo completo que possa gerar interesse e entendimento a todos os leitores e não apenas àqueles que se entrelaçam com o acervo forense, o que é de suma importância, visto que, cada dia a mais, as pessoas alheias ao mundo jurídico questionam a Justiça e seu funcionamento.

Para tanto, foram expostas as razões que levaram as pessoas a constituírem um Estado Democrático de Direito, ou seja, uma organização social na qual seus direitos e vontades fossem respeitadas. Demonstrado esse aspecto, foi enfatizado que esse complexo apenas se mantém firme em decorrência do sistema de separação de poderes em três órgãos independentes e autônomos, sendo o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com sua função específica.

Na hipótese, foi explicado o que é o Poder Judiciário, sua função, sua estrutura e suas garantias fundamentais, além de ter sido mencionada sua ligação com o juiz, que é seu principal protagonista e com o Estado. Revelado tais fatos, é notório que o objetivo de construir uma base jurídica significativa foi alcançado e, a partir daí, foi possível adentrar com segurança no assunto da responsabilidade civil do Estado, tratando da evolução histórica da responsabilidade civil no Estado, da responsabilidade civil objetiva do Estado, da responsabilidade civil por atos jurisdicionais. Também foi tratado o erro judiciário e a morosidade da prestação jurisdicional. Mais tarde, foi estudado o juiz, seus deveres,

funções, garantias, princípios e responsabilidade civil. Após, foi demonstrado o que é dano, a importância do nexo de causalidade para que haja a responsabilização, quando a responsabilidade será do Estado e quando será do julgador, além do funcionamento da ação de reparação de danos e de regresso do Estado contra o juiz, quando cabível. As dificuldades encontradas para a realização do estudo consistem na ausência de materiais e conteúdos sobre o tema responsabilidade civil do juiz e do Estado. O tema foi pouco explorado até o presente momento e as obras que existem relacionadas são significantemente antigas e de difícil acesso.

No início do estudo, por exemplo, pelo Professor Orientador foi indicada a leitura da obra “A responsabilidade Civil do Juiz”, do reconhecido autor Oreste Nestor de Souza Laspro. Entretanto, apesar do esforço para adquirí-la, a mesma não se encontra no mercado atual, considerando a antiguidade do material.

Ademais, algumas obras que foram utilizadas, em razão da antiguidade, estavam desatualizadas, ou seja, além do restrito acesso à elas, possuem previsões legais que não estão mais em vigor ou que já foram modificadas, além de conterem ideologias e fundamentações ultrapassadas.

As estratégias utilizadas para superar as dificuldades expostas anteriormente consistiram em desfrutar das Revistas dos Tribunais, disponibilizadas na Biblioteca Virtual e física da PUC-SP, além de procurar os próprios autores das obras indicadas na tentativa de ter um livro vendido, emprestado ou, pelo menos, considerações sobre o assunto.

Foi possível contatar o monitor do autor Oreste Nestor de Souza Laspro, que, gentilmente, indicou inúmeros conteúdos capazes de auxiliar o trabalho, como os livros, ensaios e artigos seguintes: “Responsabilidad del estado y de los magistrados por error judicial” autora Mirta Noemí Aguero; “Responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais”, autor Claudio Luiz Bueno de Godoy; “Responsabilidade do juiz brasileiro”, autora Ada Pellegrini Grinover; “Consultor Jurídico”, autor José Rogério Cruz e Tucci e “Responsabilidade civil do juiz por erro judicial: uma proposta equivocada”, autor Flávio Luiz Yarshell.

Já em relação às previsões legais que constam nos livros antigos, a solução encontrada foi averiguar se ainda encontram-se em vigor atualmente, comparando-as com os dispositivos legais atuais. Sobre fundamentações e argumentações ultrapassadas, busca-se sempre relacioná-las com ideologias modernas, que priorizam os valores e princípios atuais.

Em relação à responsabilidade do Estado, é importante informar que existem mais livros e obras, assim como textos e artigos tratando do assunto, portanto, mais fácil de encontrar e de estudar.

2 | RELATÓRIO CIENTÍFICO

2.1 O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito possui origem nos antigos povos e pensadores gregos que buscavam a melhor forma de organização da sociedade para o atendimento do interesse comum, das liberdades civis, das virtudes para se ter uma vida digna. Segundo Rosana Aparecida Valderano de Lima¹, a ideia decorre de um extenso processo de evolução das sociedades, dos cidadãos, das estruturas políticas e ordenamentos, até se chegar ao atual Estado, que é regido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que direciona e assegura o funcionamento do mesmo.

A referida Lei Maior consiste em regras fundamentais para que se mantenha a ordem jurídica, tanto no âmbito legal, que são as vigas mestras, quanto diante da sociedade, visto que ela garante os direitos mais importantes do ser humano. É no Estado Democrático de Direito que o Poder Judiciário toma a frente como elemento central da regulagem do sistema de freios e contrapesos, imerso na problemática da separação de poderes, chave central do controle do Estado e de respeito à supremacia da Constituição.

Explica José Afonso da Silva² que:

"as constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais".

Cita-se, dessa forma, o artigo 1º da Constituição Federal, que expõe a ideia do Estado Democrático de Direito ao dispor que a República Federativa do Brasil possui a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político, poder emanado do povo, através de seus representantes eleitos democraticamente. O Estado em questão é a junção do Estado Democrático com o Estado de Direito e seu conceito não é formal, técnico, mas sim dinâmico, em constante evolução, sendo relevantes valores e princípios e não apenas as leis explícitas.

Destaca-se, ainda, os propósitos fundamentais da Constituição Federal, que estão assegurados em seu artigo 3º ao prever uma sociedade livre, justa, solidária, com desenvolvimento nacional, sem pobreza, sem marginalização e com a redução das desigualdades sociais e regionais. Preza, o dispositivo, pela promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, gênero, cor, idade e ausentes qualquer outro tipo de discriminação possível.

1 <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito> Acesso em: 16 de fevereiro de 2022 às 22:45 horas.

2 Curso de direito constitucional positivo. Página 42.

Para que esse modelo de Estado Democrático de Direito funcione, a referida carta política deve ser respeitada e seguida por todos os que à ela estão sujeitos, isto é, todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país e, em troca, receberão o amparo e proteção que ela dispõe em seus artigos.

Assim, para o sucesso dessa estrutura governamental, deve o juiz, através das garantias inerentes à ele, garantir e salvaguardar os direitos de todos, seguindo, em prol da Democracia, que é a base do governo do povo, a organização chamada tripartição de poderes, constituída pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, que serão detalhadamente demonstrados e explicitados a seguir, deixando-se evidente a importância dos mesmos para sustentar o atual molde estatal.

2.2 Separação de Poderes

O Poder Político pode ser definido como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. Ele se dá através da teoria da separação de poderes, que consiste na tripartição dos mesmos em três órgãos distintos chamados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Essa tese consiste em um princípio fundamental da Constituição Federal, inserida no artigo 2º da mesma, que dispõe que os referidos poderes são da União, independentes e harmônicos entre si. Possuem o objetivo de assegurar o cumprimento da Lei Maior, garantindo a liberdade e respeito aos direitos individuais de cada cidadão.

José Joaquim Gomes Canotilho³ explica que:

“o princípio da separação como princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos do estado. Nessa perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder”.

A chamada divisão de poderes caracteriza-se em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes, enquanto a distinção de funções consiste na especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza. Essa divisão fundamenta-se no domínio funcional, que significa que cada órgão é habilitado e capacitado para o exercício de uma determinada função. Assim, ao Poder Legislativo atribui-se a função legislativa; ao Poder Executivo, a função executiva; e ao Poder Judiciário, a função jurisdicional, todos em independência orgânica, isto é, autonomia, para se comprovar a ausência de meios de subordinação. Ressalta-se que se as diferentes funções fossem exercidas por um órgão apenas, teria-se concentração de poderes, fator diretamente oposto aos pilares democráticos.

Montesquieu⁴ explica que não haveria liberdade se o mesmo poder estivesse investido no poder de julgar, além das funções legislativas e executivas. Em sua opinião, o normal

3 Direito constitucional. Página 369 a 370.

4 O espírito das leis.

seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres ou do povo exercesse esses três poderes. Essa separação possui status imutável e insuprimível do corpo constitucional. Assim, essa ideia foi inserida entre as cláusulas pétreas da Constituição Federal.

Acrescenta-se, ainda, que a doutrina alude a impropriedade do termo separação de poderes, pois o Estado é uno e emana dele, sendo a correta expressão “órgãos” Legislativo, Judiciário e Executivo, que exercem, por sua vez, suas respectivas funções. Para melhor aprofundamento, serão demonstrados os papéis do Poder Legislativo e Executivo para, posteriormente, aprofundar-se, no próximo tópico, o Judiciário.

Portanto, expõe-se que o Poder Legislativo é o responsável pela criação e edição de leis, compete à ele legislar e fiscalizar os atos do Poder Executivo, que, por sua vez é o encarregado de resolver os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis, não se limita a simples execução das mesmas, mas também comporta prerrogativas, abrangendo atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal, ou seja, ele consiste em uma função de governo com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, além de administrativa, com suas três missões básicas que são intervenção, fomento e serviço público.

2.3 Poder, Função e Estrutura do Poder Judiciário

Partindo desse pressuposto, é o momento de esclarecer que o Poder Judiciário é o guardião da Carta Magna e de todos os direitos, garantias, valores, princípios fundamentais e proteção que ela assegura à cada cidadão. Esse poder veio para substituir a autotutela, nos termos do artigo 345 do Código Penal. É um órgão que exerce a atividade jurisdicional autonomamente, mediante provação, sua função é administrar a lei e promover a justiça perante os indivíduos, solucionando desentendimentos e adversidades que acontecem em uma sociedade, através da investigação, apuração, julgamento e punição.

Ressalta-se que a função jurisdicional ou simplesmente jurisdição é um sistema de composição de conflitos de interesses/lides de acordo com cada caso concreto. Segundo as palavras do professor Arruda Alvim⁵, “a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvérsia mediante processo regular, produzindo coisa julgada com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes”. Isto é, consiste na pacificação do conflito de interesses, após a realização de debate democrático envolvendo as pessoas.

É relevante lembrar que o Poder Judiciário é inerte, portanto, deve ser provocado para que ocorra o exercício de sua função jurisdicional. Válido ressaltar que, apesar de existir o Judiciário, não se deve deixar de incentivar medidas de auto-composição, como a conciliação, a mediação, a arbitragem, entre outros. Isso porque, através da adoção dessas

⁵ Curso de Direito Processual Civil. Página 149.

medidas, a demanda junto ao Judiciário é aliviada.

Relacionado a isso, é necessário mencionar o papel dos julgadores, que será detalhado posteriormente, visto que são figuras importantíssimas dentro do Poder Judiciário. Não são apenas partícipes do processo de julgamento na função jurisdicional, não são apenas agentes a serviço do Judiciário. Segundo a Constituição Federal, os juízes são como órgãos do mesmo, uma vez que exteriorizam a prestação jurisdicional, estando adstritos às leis específicas e à Lei Maior, em prol da resolução de conflitos.

Giovanni Ettore Nanni⁶ aponta que:

“a justiça é a fiel parceira que deve acompanhar o juiz em todos os seus passos dentro do exercício da função jurisdicional”. Impõe-se que caminhem de mãos atadas, inexoravelmente unidos, para que o juiz, com o processo em mãos ao decidir, possa aplicar estritamente o direito, profetizando sua suprema missão de aplicar a justiça”.

Já em relação à estrutura jurisdicional, sabe-se que este poder possui alguns órgãos, que estão previstos no artigo 92 da Lei Magna e são distribuídos da seguinte maneira: o Poder Judiciário se divide entre Justiça Comum e Justiça Especializada. A Justiça Comum se subdivide em Justiça Federal (Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais) e Justiça Estadual (1^a e 2^a instância), enquanto a Justiça Especializada se subdivide em Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Dessa forma, cada caso recebe seu devido julgamento, de acordo com inúmeros fatores, como competência, assunto, esfera, local, exercício e outros.

2.4 Fontes do Direito

Sabe-se que, apesar do Poder Judiciário utilizar a legislação e a Constituição Federal para resolver as lides, nem sempre existem normas, ou seja, leis específicas, para solucionar lides. Muitas vezes, são aplicadas as chamadas fontes do Direito secundárias, que são adotadas pelo ordenamento jurídico e garantem as resoluções de conflitos ante a ausência das referidas leis específicas para cada circunstância.

Fonte do Direito, como explica Hugo de Brito Machado⁷, “é aquilo que o produz, é algo de onde nasce o Direito”. Pois bem, consiste em um ponto de partida, de surgimento. Existem pensadores, como George Del Vecchio⁸, que acreditam que: “fonte do Direito *in genere* é a natureza humana que reluz na consciência individual, tornando-se capaz de compreender a personalidade alheia, graças à própria. Desta fonte se deduzem os princípios imutáveis da justiça e do Direito Natural”.

Evidencia-se, dessa forma, a previsão do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que assegura que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a

6 A responsabilidade civil do juiz. Página 53.

7 Uma Introdução ao Estudo do Direito. Página 57.

8 Lições de filosofia do direito. Página 140.

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Assim, entende-se que, quando ausente norma adequada para resolver uma lide, que é a lei específica, isto é, fonte principal, deverá o julgador recorrer às fontes secundárias do direito, que consistem, como demonstrado, em analogias, costumes, princípios e até doutrinas e jurisprudências.

Adverte-se que, por trás de cada fonte do direito, existe uma estrutura de poder anterior. Ou seja, por trás da norma jurídica, está o poder legislativo, por trás do costume jurídico, encontra-se o poder social, por trás da jurisprudência, atina o poder judiciário e outros.

Explica-se que as leis são preceitos jurídicos escritos dotados de caráter geral e obrigatório, cuja observância é imposta pelo poder estatal, para disciplinar condutas e relações que envolvem o Direito. Elas emanam das crenças e pensamentos do povo, que, através do devido processo de criação elaborado pelos legisladores eleitos pelo povo, são criadas.

Funcionam para nortear normas em contradição e são aplicadas de acordo com a hierarquia existente de leis. A Lei Maior é a Constituição Federal, depois estão as leis complementares e ordinárias e por fim, decretos, portarias e outros atos administrativos. Segundo George Del Vecchio⁹, lei "é o pensamento jurídico deliberado e consciente, formulado por órgãos especiais, que representam a vontade predominante numa sociedade."

Analogia jurídica¹⁰, por sua vez, é a fonte formal mediata do direito que atua ante a ausência de normas que regulam o caso concreto apresentado à jurisdição, possui o intuito de integrar à lei. Ocorre em situações em que o julgador não encontra previsão legal para determinado caso e socorre-se, como recurso subsidiário, da utilização de critérios alheios ao prévio exame dos "representantes do povo".

Já os costumes jurídicos, como explica Nunes Rizzato¹¹, são normas jurídicas obrigatórias, impostas ao setor da realidade que regula, possível de imposição pela autoridade pública e em especial pelo poder judiciário. Consiste em uma imposição da sociedade, relacionada à crença, obrigatoriedade e/ou constância de um ato.

Maria Helena Diniz¹² explica que quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica através da adoção dos princípios gerais do direito, que, às vezes, são cânones que não foram ditados explicitamente pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.

No que diz respeito aos princípios gerais do direito, é importante mencionar que princípios, por si só, consistem na origem e no começo, como o próprio nome diz. Para Amaximano, tudo surge através de um ponto de partida e no fundamento de um processo qualquer. Para Platão, princípios são a causa do movimento, fundamento de

9 Lições de filosofia do direito. Página. 148.

10 <https://direitodiodiario.com.br/o-que-e-analogia/> Acesso em: 16 de fevereiro de 2022 às 10:51 horas.

11 Manual de Introdução ao Estudo do Direito.

12 Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito. Página. 458.

uma demonstração. Para Aristóteles, consistem no ponto de partida de um movimento. Para Miguel Reale, eles são verdadeiros fundadores de um sistema de conhecimento, como tais admitidos por serem evidentes, por motivos de ordem prática ou por terem sido comprovados.

Partindo desse pressuposto, pode-se afirmar que os princípios gerais do direito são monovalentes, pois são válidos para determinada ciência, possuem função integradora, de criar, interpretar e aplicar norma e se tornam fonte do direito quando são positivados, tornando-se obrigatórios, como em contratos, por exemplo.

São eles utilizados como socorro para integrar o fato ao sistema. Suas orientações ajudam o intérprete a aplicar as normas e solucionar problemas jurídicos. Ademais, possuem função informativa, normativa e interpretativa.

Fábio Ulhoa Coelho¹³ explica que:

“(...) os princípios gerais albergam as supremas verdades do direito, de modo a transcenderem as nacionalidades, sendo comuns aos diversos povos (...) correspondem à crença numa *ratio juris* de caráter universal que, desde os romanos, é patrimônio comum que acompanha a humanidade em seu desenvolvimento e, ainda, que se acha presente na consciência jurídica decorrente da natureza das coisas, tal como esta pode ser apreciada pela razão.”

Dessa forma, ante a impossibilidade da utilização da analogia e costumes, os princípios gerais do direito serão utilizados para solucionar conflitos. Dentre eles, os principais princípios gerais do direito são: princípio do direito de ação, princípio do devido processo legal, princípio do contraditório e da ampla defesa e, por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio do direito de ação está previsto pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal e dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse princípio possui o legislador como seu principal destinatário. Significa, basicamente, que todos os cidadãos podem ter acesso à justiça a fim de postular a tutela jurisdicional, tanto preventiva, quanto reparatória, para assegurar seus direitos, tanto individuais, quanto coletivos e difusos. Consiste em um direito público subjetivo e pessoal, entretanto, não se deve esquecer que, para que ele seja acessado, há a necessidade de preencher a condição de interesse processual.

Já o princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, LIV, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, expressa garantia da vida, da liberdade e da propriedade. Surgiu como uma forma de conter a tirania dos poderes executivo e legislativo e atualmente, atua assegurando a legalidade dos cidadãos contra os abusos estatais, como por exemplo, abuso de uma autoridade. Faz parte dos direitos fundamentais, devido à sua importância, e é estabelecido como cláusula pétrea e em detrimento disso, não pode ser revogado ou restringido mediante emenda

13 Manual do Direito Comercial. Página 56.

constitucional.

Em relação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, é importante mencionar que ele está interligado com os princípios expostos anteriormente, pois da mesma forma que é assegurado ao indivíduo seu direito de ação, é garantido à ele seu direito de se defender, tanto de processos judiciais, como de processos administrativos. Está disposto no artigo 5º, LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. Alguns estudiosos dizem que é um princípio derivado do devido processo legal.

Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴:

“Estão aí consagrados, pois, a exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que (...) *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas (...) não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que reputa cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais (...) Assim, para desencadear consequência desta ordem, (...) terá que obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta do inciso LV do art. 5º, demanda contraditório e ampla defesa”.

Por fim, se faz de extrema notoriedade enfatizar o princípio da dignidade da pessoa humana, que está inserido no artigo 1º, III da Constituição Federal. Se relaciona ao presente estudo à medida que os cidadãos apenas terão seus direitos assegurados e protegidos em um Estado democrático de Direito, no qual a vontade do povo é soberana e onde são primordiais as liberdades civis, onde o verdadeiro valor do ser humano é respeitado e valorizado.

Explica o atual Ministro Alexandre de Moraes¹⁵, que a dignidade é:

“Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade”

Por sua vez, demonstra André Ramos Tavares¹⁶, pelas palavras de Werner Maihofer que a dignidade da pessoa humana:

“consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva

14 Curso de Direito Administrativo. Página 119.

15 Direito Constitucional.

16 Curso de Direito Constitucional.

do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza”

Como explica Ana Paula Barcellos¹⁷, “trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica”.

Adverte Giovanni Ettore Nanni¹⁸ que:

“a dignidade da pessoa humana é direito fundamental imprescindível, na qual toda a construção do Estado, todas as leis promulgadas, todos os negócios firmados e a própria prestação jurisdicional não podem dissociar. É o norte a guiar todo o comportamento humano e as manifestações de vontade”.

Isto é, o referido princípio constitui um elemento que compõe o mínimo existencial, sendo favorável à proteção dos direitos humanos. O princípio não garante apenas acesso ao que assegura o artigo 5º da Lei Maior, como educação, saúde e moradia, mas também abrange as mais diversas faces da liberdade, do trabalho, da política, da integridade, dos verdadeiros valores da vida, que permitem, finalmente, encontrar a Justiça, através do funcionamento do Poder Judiciário como um todo.

Ressalta-se, ainda, que a maioria dos estudiosos consideram também fontes do direito a jurisprudência, oriunda do poder judiciário, as doutrinas, que apesar de não possuírem estrutura e poder anterior, é um modelo jurídico dogmático, não prescritivo, que auxilia na produção da norma jurídica, na interpretação do direito e na aplicação do mesmo; e até mesmo equidade, visto que nem sempre a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito são suficiente para suprir lacunas encontradas ao analisar e interpretar um caso específico.

2.5 Direitos e Garantias Fundamentais do Poder Judiciário

Demonstrados os princípios inerentes à função jurisdicional e que são fundamentais à ela, destacam-se a seguir os direitos fundamentais, que estão acima dos demais dispositivos constitucionais, isto é, são superiores a qualquer ato, manifestação, negócio ou lei, uma vez que consistem em um regime de prerrogativas do indivíduo *erga omnes* frente ao Estado. Em decorrência disso, precisam de proteção especial do Estado, constituindo a célula mãe do Estado Democrático de Direito, dada a função jurisdicional.

Jorge Miranda¹⁹ adverte que:

“Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que

17 Curso de Direito Constitucional.

18 A responsabilidade civil do juiz. Página 65.

19 Manual do Direito Constitucional.

em termos e graus diversos consoantes sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais".

Assim, se os direitos e garantias fundamentais asseguram determinadas prerrogativas, como o poder de interferência em outras esferas, em razão do caráter, prevêem também medidas constitucionais judiciais para o seu resguardo.

2.6 Do Estado e da Responsabilidade Civil

2.6.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil no Estado

Devidamente demonstrada a formação do Estado de Direito e o funcionamento do Judiciário de forma geral, será, a partir de agora, tratada a responsabilidade civil, que é o tema principal do presente estudo. Todavia, para tanto, é válido destacar a trajetória da responsabilidade até chegar na presente responsabilidade civil objetiva do Estado, que é a que vige atualmente.

Sabe-se que, no Estado absolutista, o que vigorava era o princípio da irresponsabilidade absoluta do Estado, uma vez que aqueles que sofreram danos, não possuíam o direito de ajuizar ação contra o Poder Público, inclusive, à priori, não tinham nem o direito de interpor ação contra àquele que causou o dano, todavia, com certa evolução, passaram a, pelo menos, poder acionar, através de ajuizamento de ação, o indivíduo que causou o prejuízo a fim de buscar a reparação, entretanto, apenas contra o funcionário, nunca contra o Estado.

Ocorre que, na maioria das vezes, processar um agente do Estado não surtia resultados, considerando a insolvência dos mesmos, que não possuíam patrimônio para reparar o dano causado. Ou seja, aquele sujeito que foi lesado não obtinha sua reparação. Evidentemente, a teoria exposta não obteve êxito e, por isso, deixou de ser adotada, dando margem a outras teorias civilísticas.

É de suma importância expor que a responsabilidade civil do Estado foi, de fato, reconhecida como um princípio aplicável em hipóteses de ausência de leis pelo caso de Agnes Blanco, criança de cinco anos que foi atropelada por um vagão de uma empresa pública e teve sua perna amputada. Assim, em 1873, em razão do fato ocorrido, teve-se o primeiro posicionamento definitivo favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas. É visto como um divisor de águas.

A responsabilidade do Estado foi, pela primeira vez no direito brasileiro, assegurada pela Constituição do Império de 1824, em seu artigo 178, nº 29 e posteriormente, com previsão idêntica, na Constituição republicana de 1891, em seu artigo 82, dispondo que: "Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos". Ocorre que, apesar da previsão demonstrada, o que se consagrava era

responsabilidade solidária do Estado em relação aos atos de seus agentes.

Mais tarde, o Código Civil e as Constituições de 1934 e 1937 adotaram o entendimento de responsabilidade civil do Estado como subjetiva, prevendo que: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Já em 1946, a Constituição adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado em seu artigo 194 assegurando que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo Único: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Desde então, os ordenamentos seguintes adotaram a tese exposta até se chegar a atual Carta Magna, que trata da responsabilidade objetiva em seu artigo 37, §6º ao dispor que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Isto é, desde 1946, a teoria da responsabilidade objetiva é a que vigora.

2.6.2 A Responsabilidade Civil Objetiva do Estado

A responsabilidade civil objetiva do Estado funciona como garantia aos administrados, em decorrência da posição inferior que encontram-se. Objetiva evitar abusos e, de fato, responsabilizar o Estado pelos danos causados em consequência da edificação sólida do Estado Democrático de Direito. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰ aduz que: “(...) em que se trate de responsabilidade objetiva, (...) implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não (...) e que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado”.

Explica Giovanni Ettore Nanni²¹ que:

“com a adoção pelo legislador constituinte da responsabilidade objetiva, deve-se perquirir o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação causadora do dano, ou seja, se houver uma relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano, este deverá ser reparado; por outro lado, ausente essa relação de causalidade, não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado”.

Ou seja, a responsabilidade civil objetiva é excluída quando a ação do agente não possuir nenhuma conexão com o dano, como nos casos em que o agente não está no exercício de sua função.

Yussef Said Cahali²² enfatiza que:

20 Direito Administrativo, p.413

21 A responsabilidade civil do juiz, p. 102.

22 Responsabilidade civil do Estado, p. 40.

“(...) a responsabilidade objetiva (...) se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência; o ato do próprio ofendido ou terceiro, o caso fortuito ou de força maior, arguidos como causa do fato danoso, impediriam a configuração do nexo de causalidade, elidindo, daí, eventual pretensão indenizatória”.

Ressalta-se, também, que a responsabilidade civil do Estado é caracterizada tanto por situações decorrentes de atos ilícitos, como de atos lícitos. Para melhor entendimento, tem-se que quando há comportamentos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano consiste em uma contrapartida do princípio da legalidade, todavia, quando há atos ilícitos comissivos, recai o dever de reparar em razão do princípio da igualdade.

Em relação aos atos lícitos, consistem naqueles que, mesmo amparados pela lei, geram prejuízos a terceiro. Esse dano decorre de uma circunstância criada pelo Poder Público, mesmo que o autor não seja o Estado, como, por exemplo, em situações em que um agente público age em prol de todos/bem comum, entretanto, gera certo dano, possuindo o Estado o dever de garantir o princípio da igualdade, portanto, de garantir a repartição dos ônus oriundos de atos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos por atividades feitas pelo interesse de todos.

José Joaquim Gomes Canotilho²³ alude que:

“Acto lícito danoso na sua caracterização tradicional é aquele que, de um modo voluntário e final, se dirige à produção de um dano na esfera jurídica de outrem: o agente lesante tem a certeza, consciência e vontade de causar um prejuízo. Deste modo, o dano querido é, na responsabilidade por actos lícitos, um elemento inseparável da acção. A licitude da acção danosa resulta da existência de um direito legalmente reconhecido a um sujeito de sacrificar bens ou valores jurídicos de terceiros inferiormente valorados pela ordem jurídica”.

Apesar da significativa explicação de Canotilho, ela não é absoluta, pois, segundo outra vertente de pensamentos, acredita-se que mesmo quando não se tem a intenção de causar dano (anormal e especial), ao cometer um ato lícito e causar um prejuízo motivado pelo interesse público, existirá o dever de responsabilidade civil do Estado e, portanto, de reparar.

2.6.3 A Responsabilidade Civil por Atos Jurisdicionais

Sabe-se que as constituições anteriores não possuíam texto expresso assegurando e caracterizando a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, todavia, continuavam os Estados possuindo o dever de reparação, em razão do princípio geral da responsabilidade, disposto no artigo 37, §6º da Constituição Federal, cabível contra qualquer ato ou omissão do Executivo, Judiciário e Legislativo.

²³ O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos, p. 79-81.

A previsão exposta garante que o Estado seja civilmente responsável pelos atos jurisdicionais que cause danos aos particulares, ou seja, impõe a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral), que seja causado por um agente público a uma pessoa.

O referido dever de indenizar prejuízos causados a terceiros por agente público foi por muito tempo recusado à Administração Pública. Predominava, então, a doutrina da irresponsabilidade da Administração, sendo que os particulares teriam que suportar os prejuízos que os servidores públicos lhes causassem, quando no exercício regular de suas funções.

Tal posição, no entanto, não se compadecia com o Estado de Direito. Por isso o Direito Brasileiro inscreveu cedo a obrigação de a Fazenda Pública compor os danos que seus servidores, nessa qualidade, causassem a terceiros, pouco importando decorra o prejuízo de atividade regular ou irregular do agente.

Além disso, a Constituição vai além, porque equipara, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público àquelas de direito privado que prestem serviços públicos - permissionárias, concessionárias e autorizatórias - de tal sorte que os agentes - presidentes, superintendentes, diretores, empregados em geral - dessas empresas ficam na mesma posição dos agentes públicos no que tange à responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

Não se cogita a existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois há a obrigação de ressarcí-lo. Ocorre que, para tanto, o prejudicado há que mover uma ação de indenização contra o Estado, pleiteando a reparação.

Ou seja, o terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo para ser ressarcido pelo Estado pelos prejuízos sofridos, baste que se comprove o dano e que ele tenha sido causado pelo agente. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais, que escapa à indagação do prejudicado.

Quando o agente em questão é o juiz, cabe ao Estado verificar se o juiz operou culposa ou dolosamente e mover-lhe ação regressiva, assegurada no dispositivo constitucional, visando cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Caso a culpa ou o dolo do agente não seja comprovado, não deverá o agente ressarcir nenhum gasto. Assunto esse que será tratado mais tarde.

Portanto, todo dano injusto deve ser indenizado. Se a lei não informa quem deve pagar o prejuízo, caberá ao Estado indenizar, pois o juiz, como já foi dito, é um agente que somente deve responder pessoalmente e diretamente por danos que resultarem de sua conduta ilícita quando a lei expressamente declarar, assegurada ao Estado a obrigatoriedade da ação regressiva, prevista pelo artigo 107 da CF.

Portanto, a responsabilidade do Estado decorrente de atos jurisdicionais é inafastável, estribada na teoria da responsabilidade objetiva, em que comprovado o dano

e o nexo de causalidade surge o dever de reparação, o qual, contudo, não é absoluto e admite-se a interpretação de normas e avaliação de fatos e provas.

2.6.4 Do erro judiciário

Augusto do Amaral Dergint²⁴ explica que:

“O erro judiciário é o equívoco da sentença judicial, seja no âmbito criminal, seja no âmbito civil. O ato jurisdicional, como qualquer ato jurídico, pode conter vícios na manifestação da vontade do Estado-Juiz, que podem ser intencionais, provocados ou accidentais. Podem decorrer de culpa, de erro (de fato ou de direito) ou mesmo de ignorância do magistrado”.

O erro judiciário está previsto pelo artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal e assegura que: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”

Sobre o disposto, pode-se afirmar que só se considera como tal aquele que tece uma sentença condenatória transitada em julgado, pois antes disso ninguém pode ser considerado culpado (inciso 5º, inciso LVII) e, se alguém foi condenado sem culpa, por erro do Judiciário, então, tal norma constitucional foi desrespeitada. Tem-se uma situação anômala, em que uma sentença condenatória transitada em julgado considerou culpado alguém que não era. O resarcimento, numa situação destas, nada mais faz do que reparar danos, econômicos e morais, sofridos pelo condenado.

Não importa qual tenha sido a causa do erro judiciário, que raramente é doloso, mas poder culposo, por imperícia ou negligência. Não é a culpa o fundamento da indenização na hipótese, pois, como se sabe e como demonstrado pelo artigo 37, §6º CF, a responsabilidade civil do Estado assenta no risco administrativo de natureza objetiva. Se houver dolo ou culpa da autoridade judiciária, caberá, evidentemente, o direito de regresso contra ela, que não exclui agente algum.

Segue, para melhor esclarecimento sobre o assunto, decisão do desembargador Paulo Furtado:

[“Danos materiais e morais. O Estado é responsável pela reparação do erro judiciário, devendo a indenização cobrir os danos morais e materiais decorrentes da execução condenatória em detrimento do réu inocente. A indenização pode ser pleiteada em ação autônoma, perante o juízo cível ou na ação de revisão criminal. Aplicável a correção monetária do valor da indenização” (TJBA, Ap. cível 322/1982, rel. Des. Paulo Furtado, j. 15.6.1983, RDA 157/258).].

Importante esclarecer que o erro judiciário não se dá apenas de sentença criminal condenatória, mas também de sentenças e qualquer ato ou pronunciamento civil que, quando equivocado, dará cabimento para indenização.

Todavia, é necessário cuidado ao reconhecer a responsabilidade e para isso

24 Augusto do Amaral Dergint, Responsabilidade do Estado por atos judiciais, p. 164.

existem limites decorrentes de seu caráter de excepcionalidade. Há uma discussão entre pensadores sobre a questão do lapso temporal, ou seja, se constitui a coisa julgada óbice para a interposição de ação requerendo indenização decorrente de erro judiciário quando este inserido em decisão definitiva.

Assim, alguns ensinadores acreditam que “estando de pé o ato jurisdicional e não havendo meios para que o mesmo seja derrubado, se constitui em fator inibitório da responsabilidade civil do estado”. Ou seja, enxergam a coisa julgada de forma tão absoluta que acreditam que seria admitir a infalibilidade do julgamento humano ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto.

Por outro lado, outros pensadores, como Juary C. Silva²⁵, desfrutam da ideia de que:

“A coisa julgada não é um valor absoluto, e no contraste entre ela e a idéia de justiça, esta é que deverá prevalecer. Daí não é preciso mais que um passo no sentido de fazer subsistir a responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional, ainda que isso implique em cerca restrição da amplitude do conceito de coisa julgada”.

Válido destacar que a Constituição Federal não condiciona a rescisão da decisão que contenha erro judiciário para que incida a responsabilidade civil do Estado. Ou seja, a desconstituição da coisa julgada não é requisito prévio para que se busque a reparação de prejuízos, considerando que diferentes são os objetos, não havendo razões para condicionar uma ao exercício da outra, não há elo. Todavia, pode ocorrer.

Alfredo Buzaid²⁶ explica que:

“A ação de responsabilidade civil não visa infringir a sentença; seu fundamento está no dolo, na fraude ou na culpa do juiz. Estabelecer a necessidade de vencer ação rescisória, cassando o julgado, para só depois intentar a ação civil de responsabilidade significa criar um novo fundamento da ação rescisória que não figure no elenco da lei processual. Os casos de admissibilidade de ação rescisória estão expressos no Código, não podendo ser ampliados. Ora, não há nenhum dispositivo que obrigue a parte lesada a intentar a ação rescisória no caso de dolo, fraude ou culpa do juiz”

Ou seja, colocar como barreira a coisa julgada a fim de inibir a responsabilidade do Estado decorrente de atos jurisdicionais é incongruente e não deve ocorrer.

Ademais, tem-se a previsão legal do artigo 5º, XXXV que assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Essa disposição está diretamente ligada ao princípio da proteção judiciária, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Ele, por sua vez, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.

Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e defesa. Tudo ínsito nas

25 Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, p. 29.

26 Da responsabilidade civil do juiz, p. 30.

regras do artigo 5º XXXV, LIV e LV. Garante-se, no texto, o processo que envolve o direito à ação, o direito de defesa, o contraditório, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

Desse princípio, resta demonstrado que a coisa julgada não poderá impedir o pleito de resarcimento decorrente de erro judiciário, considerando que não há previsão legal e porque é assegurado a todos o direito de socorrer-se do Poder Judiciário.

Além dos princípios expostos, tem-se o direito à liberdade, que é tratada pelos incisos XLVI, XVLVII, XLVIII, XLIX, L, LIV, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII e

LXXV e está totalmente ligada ao assunto, considerando que a mesma é um valor supremo do ser humano, somente inferior ao direito à vida e deve ser prezada e respeitada severamente. A relação da liberdade com a responsabilidade objetiva do Estado está à medida que um indivíduo é preso em razão de um erro judiciário ou quando permanece preso além do tempo que deveria.

Isso ocorre pois a restrição à liberdade do ser humano alcança patamar incomparável, pois a sua restrição é a maior pena pessoal admitida no direito. Isto é, presente o evento danoso, ensejará o dever de indenização, pois tal prisão torna-se injusta *ipso facto*. Inclusive, algumas hipóteses de prisão preventiva, temporária, também possuem amparo legal para gerar responsabilização do estado e, consequentemente, indenização, quando existente erro judiciário.

Um evidente exemplo do exposto se dá quando uma prisão revestida de requisitos legais, isto é, lícita e justa, adquire o caráter de injusta vez que o detido é libertado por ser julgado inocente, por infração não admoestada com pena privativa de liberdade, quando a pena cominada for inferior à cumprida ou qualquer situação em que a prisão não corresponda a uma imediata condenação criminal compatível.

Yussef Said Cahali²⁷ conclui que:

“(...) impondo o Estado a obrigação de indenizar àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença, estará implicitamente também assegurando à pessoa o direito de ser indenizada em virtude de sentença de prisão sem sentença condenatória. Com efeito, não se compreenderia que, sendo injusta a prisão no que excede o prazo fixado na sentença condenatória, seja menos injusta a prisão do réu que nela é do se ao final vem a ser julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória; aliás, do mesmo modo que alguém é recolhido à prisão e, não libertado de imediato, em razão de equívoco da autoridade por erro de identificação ou homonímia, o que já vinha do direito anterior”.

A prisão cautelar dos suspeitos para melhor exame dos fatos imputados visa a proteção dos cidadãos, ou seja, o interesse coletivo. Entretanto, o interesse coletivo não deve ultrapassar a barreira da igualdade, não se pode generalizar o tratamento e fazer com que inocentes sejam prejudicados ou que os bons paguem pelos maus.

É importante analisar cada caso específico, como o tempo de prisão, os danos

²⁷ Dano moral, p. 687

que ela gerou na integridade física, psíquica, a situação familiar do acusado, sua posição profissional. Ademais, é considerada a legalidade e a regularidade da prisão do autuado e não necessariamente a sentença absolutória para que seja incidida a responsabilidade do Estado. Assim, toda privação injusta de liberdade deve gerar reparação e pode consubstanciar abuso de autoridade (art. 4º da Lei nº 4.898/65).

2.6.5 Da morosidade da prestação jurisdicional

A morosidade é caracterizada quando o Estado, em seu exercício da função jurisdicional, tarda a cumprir sua tarefa, ocasionando danos aos jurisdicionados, lesando ou perecendo seus direitos, esvaindo o patrimônio, revelando os gravames decorrentes da negligência no exercício da atividade judiciária. Essa demora pode ser oriunda do descaso do juiz, retardando decisões, prolongando prisões, assim como do serviço judiciário, que é extremamente cheio e desorganizado.

José Augusto Delgado²⁸ define que:

"A demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito, apontando como atividade jurisdicional defeituosa quando: a) o juiz, dolosamente, recusa ou omite decisões, causando prejuízo às partes, b) o juiz não conhece, ou conhece mal o direito aplicável, recusando ou omitindo o que é de direito; c) o atuar do Poder Judiciário é vagaroso, por indolência do juiz ou por lentidão determinada por insuficiência ou falta de juízes ou funcionários, obrigando ao acúmulo de processos, o que possibilita o julgamento dentro dos prazos fixados pela lei. (...) Assim, no caso da demora na prestação jurisdicional, configura-se, pois, de maneira inofismável, a necessidade de criação jurisprudencial do direito, assegurando ao particular prejudicado a indenização cabível a ser paga pelo estado. A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade".

Para configurar a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional basta a demonstração de que essa função não foi cumprida em prazo razoável e causou danos ao jurisdicionado, em razão de sua responsabilidade objetiva. A morosidade constitui denegação de justiça e viola o direito fundamental de quem busca tutela jurisdicional. O dano decorrente ao jurisdicionado passível de reparação pode ser tanto material, pelo perecimento de direitos, bens ou patrimônio, bem como moral, pela injustificada angústia e expectativa geradas pela morosidade.

Importante mencionar que, além do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, há previsão pelo Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8º que assegura que:

²⁸ Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional, p. 152 a 155

"toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista ou de qualquer outra natureza".

Portanto, conforme dispõe José Rogério Cruz e Tucci²⁹, são completamente indenizáveis os danos material e moral originados da excessiva duração do processo, desde que o diagnóstico da morosidade tenha como causa primordial o anormal funcionamento da administração da justiça.

2.7 Do juiz

2.7.1 *O juiz*

Demonstrada a relação do Estado com a responsabilidade civil, é importante tratar do juiz e da sua relação com o Estado e com a responsabilidade civil.

O juiz é o agente do Estado que atende à função jurisdicional, disciplinada, principalmente, pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pela Constituição Federal e pela Lei Complementar 35/79. É admitido por concurso público de provas e títulos que o torna apto para exercer as atividades que lhe são próprias e privativas. Para realizar tal função, possui determinadas garantias, prerrogativas, deveres, penalidades e responsabilidades, que estão sendo demonstradas no presente estudo. Em razão da específica função jurisdicional que exerce, tem um regime estatutário diferente dos demais agentes e, consequentemente, uma forma de responsabilidade também divergente, isto é, limitada e restrita.

Ao falar dos juízes, é válido pontuar que antes da profissão, são seres humanos passíveis de cometer erros durante o exercício da função jurisdicional. Ocorrência essa que, ao invés de subtrair a responsabilidade estatal, a justifica. Ou seja, todo aquele que busca o exercício do Judiciário, está suscetível aos erros desse sistema, pois ele é movido por seres humanos, que por sua natureza, erram.

Existem pensamentos, como o de Augusto do Amaral Dergint³⁰, de que "partindo do princípio de que o aparelho judiciário funciona no interesse da sociedade, há quem sustente ser necessário que os cidadãos suportem os riscos decorrentes de seu funcionamento".

Contudo, há outros que aduzem que o aparelho judiciário deve garantir justiça àqueles que o provocam, portanto, devem ser responsabilizados pelos danos que causarem, sob pena de contrariar os ditames atrelados ao Estado Democrático de Direito e é justamente essa última ideologia que prevalece, fazendo com que todos os erros cometidos pelos magistrados durante a prestação jurisdicional que causam danos a terceiros gere o dever ao Estado ou ao próprio julgador - depende do caso - de repará-los.

29 Ineficiência da administração da justiça e dano moral, p. 70.

30 Responsabilidade do Estado por atos judiciais, p. 148.

Maria Emilia Mendes Alcântara³¹ acredita que:

"Os juízes devem agir com absoluta independência, não se submetendo a qualquer espécie de pressão que possa entorpecer-lhes a autonomia funcional, tornando-se temerosos de sentenciar pelas consequências que daí poderiam advir".

Em contrapartida, o referido entendimento pode servir para demonstrar exatamente o contrário: precisamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz e a independência deste estaria assegurada. Isso ocorre pois a responsabilidade do Estado é objetiva, devendo ressarcir os danos gerados, enquanto a do juiz é subjetiva, incidindo em outras hipóteses, quando outros requisitos são preenchidos.

Cabe observar que a responsabilidade do Estado não afasta a responsabilidade civil do juiz, que se encontra em patamar distinto, ao passo que a estatal é mais ampla e fundada na teoria objetiva. Ademais, a referida independência dos juízes existe para que eles possam exercer a função jurisdicional, todavia, não é argumento para que a responsabilidade do mesmo seja esquivada.

2.7.2 Do exercício da Magistratura e das garantias indispensáveis

Dentre as inúmeras prerrogativas do juiz, tem-se que a independência pessoal, a autonomia e a imparcialidade do juiz como importantes direcionadores da atividade jurisdicional. Conforme disposição de Dalmo de Abreu Dallari³²:

"Longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos. A rigor, pode-se afirmar que os juízes têm a obrigação de defender sua independência, pois sem esta a atividade jurisdicional pode, facilmente, ser reduzida a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças. Essa conjugação de perspectivas, que tem sido pouco ressaltada, torna conveniente e oportuna uma reflexão sobre esse ponto, não só para que fiquem claros os motivos pelos quais é necessária a magistratura independente, mas também para que a alegação de falta de independência não seja usada como pretexto para isentar o Poder Judiciário de toda responsabilidade por suas próprias deficiências".

A independência do juiz garante que ele não estará à mercê das ameaças e intimidações dos poderes e órgãos internos - como órgãos superiores - e externos - como fortes aparelhos administrativos. Explica Eugênio Raul Zaffaroni³³ que a pressão sofrida pelos juízes em face de lesão a sua independência externa em um país democrático é neutralizável através da liberdade de informação, expressão e de crítica. Contudo, a lesão da independência interna é significativamente contínua, sutil, humanamente deteriorante e eticamente degradante.

31 Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais.

32 O poder dos juízes, p. 45.

33 191. Idib., p. 89.

Por essas razões explicitadas que todos os juízes, independentemente das diversas competências e poderes, devem ter garantida a dignidade de cada qual, sendo, portanto, a independência uma condição indispensável para que ele tenha o adequado espaço de decisão de lides de forma imparcial, justa, moral e ética. Todavia, a independência individual do juiz ao julgar responde a uma concepção política de não superioridade de um poder sobre o outro, apenas em sua área de atuação conforme assegura a Constituição Federal.

Ademais, é de suma notoriedade expor que a imparcialidade está diretamente relacionada a independência do juiz, pois é necessário e indispensável que o juiz julgue sem ter nenhum envolvimento ou qualquer influência externa sobre a lide, sob pena de suspeição. A imparcialidade do juiz afeta diretamente as partes do processo e consequentemente, a resolução do mérito de forma justa. Em hipótese de imparcialidade, deverá o julgador ser responsabilizado civilmente por esse ato, considerando os prejuízos gerados à parte desfavorecida.

A responsabilidade dos juízes é restrita, ou seja, em razão da independência, autonomia e imparcialidade que proporcionam significativa liberdade para julgar sem qualquer receio, interpretar as leis e valorar os fatos conforme entendem, devem ser responsabilizados quando seus atos causarem danos a outrem.

Além do exposto, dispõe o artigo 99 da Constituição Federal que o Poder Judiciário desfruta do autogoverno, da autonomia administrativa e financeira, gozando os juízes também das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, conforme disposição do art. 95, I, II, III, CF e art 25 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, além dos princípios contidos no artigo 93 da Carta Magna.

Sabe-se que a vitaliciedade no primeiro grau só será adquirida após dois anos de exercício do juiz, estando suscetível o julgador a perda do cargo em algumas circunstâncias, conforme deliberação do tribunal a que estiver vinculado ou sentença judicial transitada em julgado. Após o mencionado período, adquirem da vitaliciedade que asseguram aos julgadores a faculdade de permanecerem no cargo até a aposentadoria, salvo, novamente, sentença judicial transitada em julgado em decorrência de algum ato. A vitaliciedade faz com que os juízes não corram riscos e fiquem vulneráveis por seus atos no exercício jurisdicional.

A inamovibilidade é a segurança que o juiz possui de não ser removido ou promovido de seu cargo sem sua autorização e consentimento. A importância se dá pois garante que o julgador não seja colocado em uma posição de manipulação, opressão, ameaça ou qualquer desconforto que o impeça de exercer livremente sua jurisdição. Em contrapartida, em virtude de algum ocorrido, poderá o mesmo ser removido, aposentado compulsoriamente ou colocado em disponibilidade quando, por interesse público, votos de $\frac{2}{3}$ dos membros daquele tribunal e assegurada a ampla defesa. Ainda que em disponibilidade, não poderá exercer nenhum cargo ou função divergente.

Em relação à irredutibilidade de vencimentos, é impossível qualquer redução,

portanto, ficarão os juízes sujeitos à incidência dos impostos e dos limites constantes na Constituição Federal. Possuem, também, prerrogativas como ser preso apenas por ordem escrita do Tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento da conduta do mesmo, salvo em flagrante de crime inafiançável. Quando preso, terá direito a prisão/sala especial e outras.

Em relação aos deveres do juiz, pode-se afirmar que o mesmo exerce uma atividade pública, na qual é profissional do Poder Judiciário, cuja atuação é regrada pelo Estado, no qual a lei exige comportamento compatível com seus padrões, repletos de condutas coerentes a valores significativos.

Os deveres do juiz estão descritos no artigo 93 da Constituição Federal, que assegura o dever do juiz de residir na respectiva comarca em que trabalha, de publicizar suas decisões e as fundamentar, sob pena de nulidade, além de motivar as decisões administrativas.

Explica José Joaquim Gomes Canotilho³⁴ que:

“A exigência da ‘motivação de sentenças’ exclui o caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional, possibilita o conhecimento da racionalidade e coerência da argumentação do juiz e permite às partes interessadas invocar perante as instâncias competentes os eventuais vícios e desvios das decisões dos juízes”.

Complementa Sérgio Nojiri³⁵ que existe uma:

“inabalável conexão entre o princípio da publicidade e o que prescreve o dever de fundamentar as decisões judiciais. Apesar de este último possibilitar ao cidadão a efetiva participação no controle da juridicidade dos atos emanados do poder público, é a publicidade do ato decisório processual que torna efetiva a aplicação real do enunciado no artigo 93, IX, da Constituição Federal, servindo como um instrumento de eficácia da regra que obriga à fundamentação das decisões”.

De suma importância a leitura dos seguintes artigos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional que dispõem sobre os deveres e vedações gerais que devem ser respeitados pelo juiz, sob pena de sanções administrativas disciplinares, penais e civis:

Art. 35. São deveres do magistrado: I - cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; V - residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão; e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que

34 J.J. Gomes Canotilho, Direito constitucional, p.759.

35 O dever de fundamentar as decisões judiciais, p. 65

se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular".

Art. 36. É vedado ao magistrado: I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista; II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração; III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Além dos mencionados dispositivos, tem-se também os artigos 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132 e 133 do Código de Processo Civil que também dispõem sobre os poderes e deveres processuais do juiz, que culminam na busca pela entrega da prestação jurisdicional, como igualdade de tratamento, eficácia na resolução da lide, buscar a conciliação das partes, que também devem ser respeitados, sob pena de sanções e responsabilização.

Sabe-se que é impossível que o ordenamento jurídico assegure todos os deveres do juiz. Dessa forma, conta-se com a ética, com a moral, com a deontologia do mesmo em suas ações. Octacílio Paula Silva destaca alguns requisitos éticos do magistrado, como isenção, imparcialidade, independência, probidade, espírito público, espírito de justiça, responsabilidade, fortaleza, crença nos valores absolutos da pessoa humana, respeito aos direitos humanos e do cidadão e outros. Ao integrar-se a uma carreira, o juiz assume a responsabilidade de se portar de acordo com inúmeras posturas asseguradas pelo ordenamento jurídico, regimentos e comandos correcionais, adotando um certo estatuto ético.

2.7.3 Responsabilidade Judicial

Existem três espécies de responsabilidade no ordenamento jurídico: responsabilidade disciplinar, responsabilidade penal e responsabilidade civil, cada qual com sua atribuições estabelecidas e sendo possível a coexistência entre elas. devendo ser aplicadas quando o juiz for faltoso, sob pena de fomentar a impunidade e incentivar a continuidade de práticas lesivas.

A responsabilidade disciplinar tem a finalidade de garantir que o juiz observe os deveres do seu ofício perante o Estado e a sociedade em geral, por meio de uma variedade de sanções disciplinares, que consistem em advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e demissão. Apesar da existência dessa responsabilidade, essa atividade é exercida pelos próprios membros do judiciário, o que a torna permissiva e raramente aplica as devidas penalidades.

A responsabilidade penal, por sua vez, decorre de crime cometido pelo juiz no exercício das suas funções e não dos atos dele em sua vida pessoal como pessoa comum. São crimes esses, por exemplo, de concussão, corrupção passiva, prevaricação, abuso de autoridade e outros. Todos os crimes que levam a responsabilização penal geram conexão com a responsabilidade civil, sendo um dos efeitos da condenação criminal tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Ademais, transitada em julgado a sentença condenatória, poderá ser considerada como título executivo judicial e também executada no juízo civil.

A responsabilidade civil busca reparar o lesado por dano causado a outrem pela ação do juiz. O particular acionará o Estado, considerando sua responsabilidade objetiva e posteriormente o juiz, que possui responsabilidade subjetiva.

Giovanni Ettore Nanni³⁶ explica que a problemática da responsabilidade civil do juiz consiste em observância de restrições e limitações, dado o status e as funções especiais desempenhadas, pelo resguardo à independência, autonomia e imparcialidade; porque deve ter liberdade de espírito, de consciência para julgar, livre de pressões ou temor de eventual responsabilização, vindo a ser compelido a ressarcir danos causados a um dos sujeitos do processo.

2.8 Do dano e sua reparação

2.8.1 *O dano, a relação de causalidade e a ação de reparação*

Sabe-se que o dano é o elemento fundamental para que haja a responsabilidade civil, sendo impossível imputar a reparação quando o mesmo é inexistente. Isso ocorre à medida que a responsabilidade civil gera a obrigação de reparar, dessa forma, se não há o que reparar, não haverá a responsabilização civil.

Dano pode ser definido como uma diminuição de patrimônio, subtração de bem jurídico, incluindo não apenas dano material, mas prejuízos relacionados à ética, moral, honra, saúde, vida, dignidade, a alma, bem-estar, crédito, capacidade e outros valores assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 5º como direitos fundamentais. Isto é, dano não se limita apenas a lesão material.

É assegurado pelo artigo 5º, inciso V e X da Constituição Federal, que a plena reparação do dano material ou moral é, inclusive, passível de cumulação da indenização, se decorrente do mesmo fato, conforme disposição da Súmula número 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, o Código Civil também garante em seus artigos 186 e 927 que, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “aquele que, por ato ilícito,

³⁶ A responsabilidade civil do juiz. p. 169

causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Assim, evidencia-se que qualquer pessoa, natural ou jurídica, seja por uma ou ambas as partes, seja pelo advogado, pelo membro do Ministério Público, seja pela testemunha, seja pelo perito judicial ou qualquer terceiro, que sofreu dano decorrente da conduta ilícita do juiz, deverá ser integralmente reparado.

A regra geral de reparação consiste na busca pela reposição natural, como se aquele ilícito nunca tivesse acontecido. Ocorre que, muitas vezes isso não é possível, sendo necessária a compensação do prejuízo mediante pagamento em dinheiro/pecuniário.

Demonstra-se, dessa forma, previsão do § 249 do Código Civil alemão que dispõe que:

“quem estiver obrigado a indenizar perdas e danos, tem de repor o estado que existiria se a circunstância que obriga a indenização não tivesse sido produzida. Se há de prestar-se uma indenização dos danos por causa da lesão a uma pessoa ou deterioração de uma coisa, o credor pode exigir, em lugar de reposição, uma soma de dinheiro necessária para ela”.

Segundo Enneccerus³⁷, este princípio da reposição natural também está inserido no § 251 da BGB, que aduz que sempre que a reposição não for possível ou suficiente para suprir a indenização do credor, deverá haver a compensação em dinheiro.

O ofendido possui a faculdade de buscar seu direito de reparação através da ação de reparação de danos da forma que melhor entender que o prejuízo sofrido será satisfeito. Tal requerimento será, após devidamente realizado o exercício do contraditório, apreciado pelo juízo competente.

De suma importância destacar que a reparação dos danos envolvem aqueles que, de fato, foram sofridos, mas também aqueles danos emergentes e aqueles cessantes, isto é, que foram deixados de ganhar. Para melhor entendimento, demonstra-se o exemplo de um motorista que tem seu carro penhorado por um juiz que possui raiva dele, ficando o indivíduo impossibilitado de trabalhar pelo período que durar a penhora. Ele sofreu danos cessantes do lucros que deixou de possuir enquanto seu carro estava, em decorrência de ilícito cometido pelo juiz, penhorado.

Ademais, todos os danos devem respeitar o princípio da proporcionalidade, razoabilidade, equidade, evitando enriquecimento ilícito do credor e oneração excessiva do devedor. Dessa forma, assegura o artigo 944 do Código Civil, que a indenização mede-se pela extensão do dano. Havendo descompasso entre o dano e a indenização fixada, poderá e deverá a mesma ser reduzida até o quantum devidamente ponderado.

O dano resarcível pelo juiz é aquele que seja consequência de um ato do mesmo contrário à lei, ou seja, que possui uma relação ou nexo de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado. Demogue³⁸ explica que “é preciso estar certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas

37 Derecho de obligaciones, Tomo 2, Vol. 1, p 93 - 412

38 Responsabilidade civil, p. 75.

regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria”.

O atual Código Civil brasileiro adota a teoria do dano direto e imediato em seu artigo 404 que dispõe que: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Assim, é indenizável todo o dano que se relaciona com uma causa, mesmo que ela seja remota, desde que ela lhe seja causa necessária, visto que não existe nenhuma outra causa que explique o dano. O referido entendimento consiste na teoria da necessariedade da causa. Dessa forma, deve-se lembrar que nem sempre é fácil aplicar a referida teoria, por isso a importância da análise de cada caso por um magistrado competente.

Conclui-se o pensamento pelas sábias palavras de Giovanni Ettore Nanni³⁹ ao alegar que:

“Imprescindível portanto o requisito da relação de causalidade entre a ação do juiz e o dano causado, para ensejar sua responsabilização, pois se não presente o nexo, ainda que tipificada a conduta faltosa na legislação, a responsabilidade restará ilidida face à ausência de requisito fundamental.

A referida reparação não deve ser buscada no processo em que o juiz gerou dano, mas sim em ação própria autônoma. Estando presentes os requisitos para ajuizar a ação de reparação de danos contra o juiz faltoso, poderá àquele que sofreu o dano optar entre ajuizar a ação contra o Estado em razão da responsabilidade objetiva do mesmo ou diretamente contra o juiz. Na ação, deverá o autor fundamentar e comprovar que sofreu dano em decorrência de ato ilícito cometido pelo juiz, havendo nexo de causalidade.

Essa ação segue o procedimento comum decorrente de qualquer ato contrário ao direito, na qual postula-se uma reparação de danos, com a particularidade dos cabimentos demonstrados durante o estudo. A ação não interfere e nem altera a ação que originou a conduta faltosa do julgador.

Completa Arruda Alvim⁴⁰:

“Se, de uma parte, é bastante restrita a responsabilidade pessoal dos juízes, o que não exclui a responsabilidade civil do Estado, naquelas hipóteses em que se configure a responsabilidade dos juízes, devemos observar, por outro lado, que a responsabilidade do Estado, prescindindo-se da responsabilidade do juiz, de índole pessoal, é algo mais ampla. Na realidade, entende-se como doutrina corrente, que o Estado há de ser responsável por atos dos juízes pelo que estes, pessoalmente, todavia também o sejam, nos casos expressos em lei”.

Em conclusão, se o Estado reparar o dano ocasionado por ato jurisdicional, o direito de regresso somente poderá ser exercido frente ao juiz nas restritas hipóteses legais e não em todos os casos de dolo ou culpa como ocorre com os demais agentes. Isso ocorre em decorrência da específica função jurisdicional do juiz, conforme demonstrado no trabalho,

39 A responsabilidade civil do juiz. p. 294.

40 Código de Processo Civil comentado, vol. 5, p. 300.

que exige a divergente aplicação da responsabilidade civil.

2.9 Casos Práticos

2.9.1 Jurisprudência

Mostra-se de significativa importância demonstrar, a seguir, alguns julgamentos sobre o assunto tratado durante o presente estudo para que se tenha uma noção de que, muitas vezes, o que acontece na prática não é aquilo que os ordenamentos jurídicos dispõem.

Segue, dessa forma, antigas decisões, nas quais a responsabilidade objetiva do Estado foi afastada por argumentos já ultrapassados, como se vê:

- “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO (...) A responsabilidade do Estado, de que trata a norma constitucional, só é de admitir-se na hipótese de atos abusivos ou eivados de alguma ilegalidade, pois em verdade **não se podem considerar juridicamente danosas omissões ou comissões regularmente praticadas em conformidade com a lei.**” (TJRJ, Ap. Civ. 4.154/90, j. em 27/08/91, Rel. Des. Antonio de Castro Assumpção, RT 689/206).
- É afastada a responsabilidade objetiva, consagrada no art. 107 da CF, por inaplicabilidade da teoria ao Poder Judiciário, que não é representante ou preposto do Estado, mas órgão da soberania nacional. **A função judiciária, embora mal desempenhada, não deixa de ser função de soberania, pertencente àquela categoria de atos que não desempenham a responsabilidade civil do Estado em face dos particulares.**” (2º TACIVSP, Ag. de Inst. 203.208/6, j. em 29/04/87, Rel. Juiz Franklin Neiva, RT 620/134).
- Responsabilidade civil do Estado. Ato jurisdicional. **Coisa julgada. A sentença dotada dessa autoridade torna-se imutável e indiscutível** (Cód. de Proc. Civil, art. 467). Adquire força de lei nos limites da lide e das questões decididas (idem, art. 468). Não sobra espaço para que se lhe questione o acerto. É por isso que não acarreta responsabilidade **civil** para o Estado, frente aos sujeitos da relação processual a que corresponde. (TIPR, A. Res. 3776100, j. em 06/12/90, Rel. Des. Ivan Righi - Cf. STJ, Ag. de Inst. 15.800 - Paraná).

A seguir, serão expostas decisões atuais, nas quais a responsabilidade objetiva do Estado é reconhecida, inclusive o seu dever de reparar àquele que sofreu o dano, independentemente da comprovação de culpa, dolo ou fraude, baste que se comprove o dano e que ele tenha sido causado pelo agente. Inclusive, o primeiro julgado demonstra que nem o caso fortuito exclui a responsabilização civil do Estado. No segundo julgado, é claramente demonstrada a responsabilidade objetiva do Estado, visto que, em decorrência de erro judiciário, foi realizada a prisão equivocada de uma pessoa, o que gerou danos inquestionáveis e deve, portanto, ser reparado. Já no terceiro caso, também foi reconhecida a responsabilidade civil objetiva do Estado e a incidência de danos morais em decorrência

de erro judiciário claramente caracterizado.

- **É obrigação do Estado indenizar o dano resultante do ato lesivo que foi causador, se a vítima não concorreu para o dano. O caso fortuito nem sempre elide a responsabilidade do Estado, se existiu nexo causal entre o comportamento estatal e o dano** (TRF, 1^a Região, Ap. Cív. 33.571, j. em 29/11/93, Rel. Juiz Tourinho Neto, Bol. de Jur. LBJIJurua, 33/737).
- EMENTA RECURSO INOMINADO – FAZENDA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRISÃO PREVENTIVA DE PESSOA QUE ATUOU NO PROCESSO COMO TESTEMUNHA – **PRISÃO EQUIVOCADA – PROMOVENTE PRESO POR NOVE DIAS INDEVIDAMENTE – ERRO JUDICIÁRIO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO**. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. A Responsabilidade Civil do Estado na hipótese de prisão indevida por erro judiciário é objetiva, fundada no disposto no artigo 37, § 6º, da CF/88, eis que decorrente de ato comissivo da administração que levou erroneamente a parte promovente ao encarceramento por nove dias. É preceito constitucional (artigo 5º, LXXV) que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. A privação da liberdade, por nove dias, decorrente de erro judiciário é fato que ultrapassam o mero aborrecimento da vida civil e enseja o reconhecimento de hipótese de dano moral. O valor da indenização por dano moral deve ser mantido quando fixado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-MT - RI: 10014461120188110001 MT, Relator: LUCIA PERUFFO, Data de Julgamento: 16/07/2019, Turma Recursal Única, Data de Publicação: 18/07/2019).
- **CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO JUDICIÁRIO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. RECONHECIMENTO DE CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE (PRESSCRIÇÃO RETROATIVA) APÓS DECORRIDOS TRÊS ANOS DO CUMPRIMENTO DA PENA. ERRO INESCUSÁVEL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. CF, ART. 5º, LXXV. SENTENÇA REFORMADA.** 1. Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais em virtude de cumprimento de pena restritiva de direitos decorrente de condenação por crime cuja pretensão punitiva foi posteriormente declarada prescrita. 2. Quanto à responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos jurisdicionais, o art. 5º, LXXV, do diploma constitucional dispõe que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Tratando-se de danos decorrentes da condenação criminal, tem-se que a responsabilização do Estado é de natureza objetiva.

Nesse sentido: RE 765139 AgR, Relator (a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 10/11/2017, Processo Eletônico DJe-263 Divulg 20-11-2017 Public 21-11-2017. 3. Da análise dos autos, verifica-se que, como o acórdão condenatório aplicou a pena de 4 (quatro anos) de reclusão à autora, a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, regulada com base na pena em concreto, prescreveu em 30/03/2006, nos termos do art. 109, IV, do CP. Assim sendo, tendo sido a sentença absolutória (não interruptiva da prescrição), transcorrido período superior a 8 (oito) anos entre o recebimento da denúncia (31/3/1998) e a prolação do acórdão condenatório (5/12/2006), a prescrição da pretensão punitiva do Estado (retroativa), deveria do ter sido reconhecida de ofício pelo Estado-juiz, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal (CPP). **Trata-se, portanto, de fato que configura erro substancial e inescusável, decorrente de conduta culposa do julgador e limitador do direito de liberdade, suficiente para ensejar a responsabilidade do Estado.** 4. Dessa forma, em junho de 2008, quando do início do cumprimento da pena, já havia decorrido o prazo da prescrição da pretensão punitiva (retroativa) de 8 anos, configurando-se, portanto, o erro judiciário. 5. Assim sendo, estando presente o nexo causal entre o dano sofrido pela apelante e o erro inescusável do Judiciário, resta configurada a responsabilidade civil objetiva do Estado. 6. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, cabível a indenização a título de danos emergentes, no montante de R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais), valor que a autora despendeu no cumprimento da pena de prestação pecuniária imposta, já que não poderia ter sobrevindo qualquer efeito de eventual condenação. Rejeitado o pedido de reparação por lucros cessantes no valor de R\$ 3.893,00 (três mil, oitocentos e noventa e três reais), porquanto não há nos autos comprovação da atividade laboral por ela exercida e de eventual proveito econômico que teria deixado de auferir em função do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade a que fora condenada - 4 (quatro anos), no período de 8 (oito) horas semanais. 7. **Apelação a que se dá parcial provimento para reconhecer o direito** da autora ao ressarcimento da pena pecuniária, **bem como de indenização por danos morais, arbitrados em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)** 8. Honorários advocatícios a serem suportados pela União fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC. (TRF-1 - AC: 00014272520134013100, Relator: DESEM-BARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, Data de Julgamento: 19/05/2021, QUINTA TURMA, Data de Publicação: PJe 27/05/2021 PAG PJe 27/05/2021 PAG).

Ainda, seguem julgamentos nos quais a responsabilidade civil do juiz não restou reconhecida em razão da ausência de configuração de dolo, fraude, omissão ou culpa, inexistindo, dessa forma, o dever de indenizar àquele que sofreu prejuízo:

- **A responsabilidade civil do magistrado somente se configura quando se apura tenha ele agido por dolo ou fraude e não pelo simples fato de haver errado.** A independência funcional, inerente à Magistratura tornar-se-ia letra

morta se o juiz, pelo fato de ter proferido decisão neste ou naquele sentido, pudesse ser açãoado para compor perdas e danos em favor da parte A ou da parte B pelo fato de a decisão ser reformada pela instância superior. Nenhum ousaria divergir da interpretação dada anteriormente pela instância superior: seria a morte do direito, uma vez que cessaria o pendor para a pesquisa, estiolar-se-ia a formação de novos princípios. » (TJSP, Ap. Cív. 262.107, j. em 09/08/77, Rel. Des. Sidney Sanches, RJTJSP 48/95).

- CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS – ATO JUDICIAL – **AUSÊNCIA DE DOLO OU FRAUDE – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR.** 1. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF). 2. Parte que teve as contas bancárias bloqueadas para garantia de crédito objeto de execução forçada garantida por hipoteca judicial. Os atos judiciais são praticados por agentes políticos no exercício de função típica de soberania de Estado que não se confundem com os atos administrativos em geral, assim considerados aqueles praticados por agentes públicos. 3. Inocorrência de erro judiciário. Responsabilidade civil do juiz apenas quando proceder com dolo ou fraude, ou ainda por recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 143, I e II, CPC). Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1002525-88.2020.8.26.0566; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de São Carlos - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/12/2020; Data de Registro: 01/12/2020; grifos meus)

No caso a seguir, além de restar reconhecido o erro judicial pela própria Fazenda, a mesma não acolhe o dever de restituir e indenizar o dano causado, em razão da ausência de comprovação de dolo, fraude, ou omissão pelo julgador:

- ERRO JUDICIÁRIO – DANOS MORAIS – INOCORRÊNCIA – **Erro judicial reconhecido pela própria Fazenda, tornando-se controverso, mas que não justifica a fixação de danos morais – Em se tratando de erro judicial ou legislativo, faz-se mister a comprovação de dolo, fraude ou omissão,** o que não ficou revelado no processo em exame, de modo que não se mostra possível a indenização por danos morais, uma vez que o autor-advogado suportou dano de pequena monta, não ficando comprovado nos autos que a regularização e consequente desbloqueio das contas e do valor de R\$ 10,49 (dez reais e quarenta e nove centavos) se deu de forma morosa – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1013145-77.2016.8.26.0477; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão 47 Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Praia Grande - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/02/2018; Data de Registro: 14/02/2018).

3 I CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado é objetiva e para que ela seja caracterizada, é necessário apenas que fique demonstrado o nexo de causalidade entre o fato gerador do dano e o prejuízo, de fato gerado pelos agentes do Estado. Atualmente, não mais importa se a conduta causadora do dano é omissiva ou comissiva, se há culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo, a licitude ou ilicitude da conduta deste, ou o questionamento sobre o bom ou mau funcionamento da Administração.

Incide, também, a responsabilidade civil objetiva do Estado e, consequentemente, o dever de reparar, quando o dano decorre de erro judiciário do magistrado que agindo com culpa, dolo ou de forma fraudulenta, causou prejuízo a outrem. Todavia, nesses casos, cabe ao Estado exercer seu direito de regresso contra o juiz ou contra o órgão colegiado adequado postulando seu resarcimento.

Já em relação à responsabilidade civil do juiz, pode-se afirmar que ela está preconizada na lei, mas é pouco aplicada na prática, sendo comprovada pela escassez de julgados sobre o tema, em especial, atualmente. Isso se dá por diversos fatores, como a necessidade de comprovação da materialidade do fato, do nexo de causalidade, culpa, dolo ou fraude do autor do dano para que o julgador seja responsabilizado civilmente, o que dificulta, ainda mais, o processo.

Ademais, existe certo receio das pessoas em ajuizarem ações contra seus julgadores ou contra o Estado a fim de responsabilizá-los conjuntamente, em razão da falsa ideia de que juízes são superiores aos cidadãos.

Sob outra perspectiva, é válido demonstrar que a relação entre a responsabilidade civil do Estado - objetiva - e a responsabilidade pessoal do magistrado - subjetiva - divergem-se, uma vez que os preceitos que limitam a responsabilidade do juiz só reduzem a responsabilidade pessoal deste, incidindo, ainda, a responsabilidade objetiva, mais ampla, do Estado. A responsabilidade pessoal do juiz acrescenta-se, mas não pode substituir a responsabilidade civil do Estado.

Durante o estudo, foi possível analisar que a responsabilização do juiz é, de fato, muito difícil, conforme explicitado, ficando, na maioria das vezes, o mesmo sem a devida responsabilização civil, pagando pelo prejuízo apenas o Estado - quando o lesado ajuiza ação em face dele - ou nem mesmo o Estado, conforme jurisprudência, em razão da dificuldade de comprovar o erro judiciário, visto que os tribunais, ao julgarem, esquivam a sua caracterização.

Assim, resta claro que os juízes e o Estado não só podem, como devem ser responsabilizados por seus abusos, erros, atos, excessos, ilícitos praticados quando geram qualquer tipo de dano - sofridos, emergentes, cessantes - a qualquer pessoa, natural ou jurídica. Entretanto, na prática, a responsabilização civil pelo juiz não ocorre e a

responsabilização civil objetiva pelo Estado acontece, contudo, ainda assim, de forma que deixa a desejar.

Para melhor entendimento, é relevante esclarecer que há um tempo atrás, o erro judiciário dificilmente era caracterizado e argumentos como “coisa julgada”, “soberania do Poder Judiciário”, “omissões ou comissões praticadas em conformidade com a lei” eram utilizados para afastar a incidência da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Com a evolução do Direito, fundamentações como as mencionadas foram superadas e hoje se tem mais decisões que reconhecem a responsabilidade civil do Estado e o seu dever de restituir o dano causado, contudo, ainda assim, existem muitos tribunais que não caracterizam o erro judiciário, afastando, sob outros argumentos, a responsabilidade civil objetiva e o dever de indenizar pelo Estado.

Portanto, apesar da melhora significativa do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, os tribunais ainda deixam muito a desejar e, sem sombra de dúvidas, deixam de exercer a verdadeira aplicação do ordenamento jurídico, deixando muitas pessoas lesadas e sem a devida reparação.

Ou seja, o direito previsto nos ordenamentos jurídicos de responsabilização do Juiz e do Estado em decorrência de erro judiciário não incide na prática e no cotidiano brasileiro de forma satisfatória, ficando os cidadãos desamparados e suscetíveis de não serem reparados pelos danos sofridos.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Maria Emilia Mendes. Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, vol.1. Página 149.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2^a ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. Revista de Processo, São Paulo, vol. 3, n. 9, p. 15-36, jan./mar. 1978.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6^a edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. Página 369 a 370.

COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. Manual de Direito Comercial. Editora Saraiva. 22^a Edição, 2011. São Paulo.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1989

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado.

DEL VECCHIO, George. Lições de filosofia do direito. Coimbra: Arménio Amado. 1972. Página 140.

DEL VECCHIO, George. Lições de filosofia do direito. Coimbra: Arménio Amado. 1972. Página 148.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, v 10, n. 40, p. 147-156, out/dez, 1985.

DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996. DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Saraiva. 2003, Página 458.

ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin. Tratado de derecho civil. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alguer, atualizada por Eduardo Valenti Fiol. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1966. Tomo 2, vol. 1 e vol. 2, 2. parte.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: ESTUDOS de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo:Saraiva, 1982. p. 3-24. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito> Acesso em: 16 de fevereiro de 2022 às 22:12 hrs. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito> Acesso em: 16 de fevereiro de 2022 às 22:45 horas.

<https://direitodiarario.com.br/o-que-e-analogia/> Acesso em: 16 de fevereiro de 2022 às 10:51 horas.

<https://www.aurum.com.br/blog/colunista/othon-pantoja/> - Acesso em: 16 de fevereiro de 2022 às 21:07 horas.

<https://www.aurum.com.br/blog/princípio-da-dignidade-da-pessoa-humana/> - Acesso em: 16 de fevereiro de 2022 às 21:47 horas. https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc01.pdf?d=6368083017_63805308 Acesso em: 09 de fevereiro de 2022 às 08:09 horas.

MACHADO, Hugo de Brito. Uma Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Dialética. 2000. Página 57.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2015. Página 119.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo VII. Coimbra Editora. 2011. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

NANNI, Giovanni Ettore. A Responsabilidade Civil do Juiz. São Paulo: Max Limonad, 1999, pág. 104.

NANNI, Giovanni Ettorre. A responsabilidade civil do juiz. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. Página 53.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. RIZZATTO, Nunes. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 4. E. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Juízes irresponsáveis? Uma indagação sempre presente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol 674, p. 70-80, dez. 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7^a edição. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1991. Página 42.

SILVA, Juary C. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 351, p. 19-50, jan. 1965.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18^a ed. São Paulo. Saraiva, 2020. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ineficiência da administração da justiça e dano moral*. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 49, p. 67-70, dez. 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.

ALIENAÇÃO PARENTAL E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Data de submissão: 03/08/2023

Data de aceite: 01/09/2023

Heitor Moreira de Oliveira

Centro Universitário Eurípides de Marília
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Marília – São Paulo
<https://orcid.org/0000-0003-2592-1183>

Laura Antonio de Souza

Centro Universitário Eurípides de Marília
Marília – São Paulo
<https://orcid.org/0000-0001-9392-9553>

dedutivo, com a utilização de ampla revisão sistemática das fontes bibliográficas. Ao final, conclui-se a produção antecipada de provas é instrumento processual que favorece a instrução judicial nas ações em que se alega a alienação parental e, acima de tudo, assegura a proteção integral da criança e do adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Depoimento Especial. Violência Psicológica. Perícia Psicológica ou Biopsicossocial. Antecipação de Provas. Direito Probatório.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo traçar breve estudo acerca da produção probatória nas ações em que se discute supostos atos de alienação parental, tema bastante controvérsio e de inegável atualidade. É examinada a antecipação processual do momento adequado para a produção de provas tendentes a demonstrar a alegada ocorrência da alienação parental. É analisada a possibilidade de produção antecipada de provas nos autos dos processos em que se discute a alienação parental, seja para a realização da perícia psicológica ou biopsicossocial, seja para a tomada do depoimento especial da criança ou adolescente vítima da alienação parental. Empregou-se o método hipotético-

PARENTAL ALIENATION AND ANTECIPATED PRODUCTION OF EVIDENCE

ABSTRACT: This paper aims to provide a brief study about anticipated production of evidence in cases involving alleged acts of parental alienation, a highly controversial and undoubtedly timely topic. It examines the procedural anticipation of the appropriate moment for the production of evidence in order to prove the alleged occurrence of parental alienation. The possibility of anticipatory production of evidence in cases of parental alienation is analyzed, either for the realization of the psychological or biopsychosocial evaluation, or for obtaining

the special testimony of the child or adolescent victim of parental alienation. The hypothetical-deductive method was used, with an extensive systematic review of bibliographic sources. At the end, it was concluded that the anticipatory production of evidence is a procedural instrument that improves the judicial instruction in cases involving parental alienation allegations and, at all, ensures the integral protection of the child and adolescent.

KEYWORDS: Special Testimony. Psychological Violence. Psychological or Biopsychosocial Evaluation. Anticipation of Evidence. Probatory Law.

1 | INTRODUÇÃO

A alienação parental é reconhecida na legislação brasileira desde o ano de 2010, com a publicação da Lei nº 12.318/2010. Contudo, a lei é alvo constante de indiscutível controvérsia no meio doutrinário, dividindo os especialistas no que toca, inclusive, à própria necessidade de sua existência e permanência no ordenamento jurídico nacional.

De todo modo, envolta a polêmicas, a lei sobrevive e foi recentemente aperfeiçoada pela novel Lei nº 14.340/2022.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo examinar um dos pontos que desperta candente cizânia no meio doutrinário quando o assunto é alienação parental: a produção de prova sobre os atos de alienação parental.

Mais especificamente, o objetivo é analisar a possibilidade de produção probatória antecipada nos processos em que se discute a alienação parental. Noutras palavras, a questão que permeia a presente pesquisa é: “em quais hipóteses a produção antecipada de provas, prevista nos artigos 381 a 383 do Código de Processo Civil, pode contribuir para a instrução dos processos judiciais em que se apura suposta prática de alienação parental?”.

Trata-se de pesquisa documental, apoiada no método hipotético-dedutivo, com suporte em ampla revisão sistemática da bibliografia relacionada ao tema.

2 | NOTAS SOBRE A ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental ocorre quando um dos genitores da criança ou do adolescente desmoraliza o outro genitor para a prole, dando início a uma cruel campanha difamatória. Em geral, a dissolução da sociedade conjugal e a subsequente disputa judicial pela guarda dos filhos é o ponto de partida para os primeiros sinais da alienação parental.

O fenômeno é conceituado pela doutrina especializada como:

(...) uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião. (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 43)

A alienação parental é deflagrada por pessoa que mantém convívio íntimo e familiar

da criança, não apenas os genitores, mas também pode ser cometida por terceiros, tais como tios ou avós que convivem com a criança ou adolescente.

Nesse contexto, o alienador é quem impede ou dificulta a comunicação do(a) filho(a) com o outro genitor, com o objetivo de destruir ou afastar o vínculo entre ambos.

A alienação parental, desse modo, é a subversão dos deveres oriundos da parentalidade. Com efeito, cabe aos pais o dever de criação de seus filhos e a função parental, educando-os conforme disciplinado no ordenamento jurídico. Por função parental, entenda-se “aquela função complementar entre os dois pais, e destes para com os filhos” (GROENINGA, 2021, p. 33). Assim sendo, o fim do casamento não isenta os ex-cônjuges de atuarem em cooperação visando sempre o interesse superior dos filhos.

Ocorre que, no contexto de um rompimento ou uma dissolução mal resolvido do vínculo matrimonial/conjugal do casal, um dos cônjuges (ou ambos), ressentido com a situação, não raras vezes se utiliza dos filhos como instrumento de vingança contra o ex-parceiro. Estará configurada a alienação parental.

Nesse sentido, a alienação parental fere o direito fundamental da criança à convivência familiar saudável, implicando no descumprimento dos deveres inerentes à autoridade dos pais, prerrogativa derivada das funções parentais.

Ora, quando submetido à alienação parental, os(as) filhos(as) são vítimas de inequívoco processo de violentização que pode ser assim exemplificado:

O roteiro aplicado à prática de Alienação Parental permite inferir que o processo de alienização da criança ou do adolescente ocorre em dinâmicas que podem ser enquadradas ao esquema proposto: o familiar alienado, por meio da coerção ou retaliação, instala o sentimento de alinhamento patológico e promove verdadeiro adestramento do afeto e do raciocínio do infante, a fim de lograr êxito – ainda que esse não seja seu objetivo consciente – na brutalização e adestramento do afeto da criança ou adolescente. (WAQUIM; MACHADO, 2021, p. 214)

Nos dias atuais, a dissolução da sociedade conjugal, acompanhada de conflitos e de discórdias, geralmente torna-se um terreno fértil para que um dos genitores use a prole como perverso instrumento de manipulação, a fim de atingir o genitor alienado. Dessa forma, as crianças e os adolescentes envolvidos em cenários de conflitos deflagrados após o fim do relacionamento conjugal de seus pais acabam por ser tratados como objetos da disputa, e não como sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento. Com efeito,

Quando as separações e divórcios se transformam em litígios familiares envolvendo as crianças e adolescentes, estes podem ser usados como “objetos” de vingança, punição e disputa de guarda entre seus pais, sinalizando situações de alienação parental que se caracterizam pela violência psicológica, abuso moral e emocional praticadas por parte do genitor alienador (pai ou mãe), que dificulta ou impede o contato dos filhos com o genitor alienado e seus familiares, denegrindo sua fala, imagem e conduta. (DUARTE, 2021, p. 55)

Lamentavelmente, a criança e o adolescente, porquanto tratados como meros objetos e instrumentos de posse e disputa, movida por um cônjuge em desfavor do outro, podem desenvolver sentimentos negativos, tais como insegurança, abandono, rejeição e agressividade, além de revelar baixa autoestima e relutância sistemática em se aproximar do genitor alienado. Podem, inclusive, apresentar “sérios sintomas depressivos que podem culminar em suicídios, envolvimento com drogas, conflitos com as leis, entre outras condutas destrutivas” (DUARTE, 2021, p. 56).

Desse modo, quando presente a alienação parental, o genitor (alienante) realiza atos na intenção de afastar os filhos do outro genitor (alienado), usando-se de chantagens emocionais, mentiras e outras ações que influenciam os filhos. Essas atitudes e comportamentos são chamadas de ato de alienação parental.

É verdade que “do ponto de vista da Psicologia, um ato por si só não caracterizaria o fenômeno da Alienação Parental, no entanto, podendo ser, ou não, o representante de uma dinâmica subjacente, de uma campanha de desqualificação e/ou uma exclusão” (GROENINGA, 2021, p. 37). Portanto, o exame deve ser contextual e, além disso, interdisciplinar, conjugando-se a técnica jurídica com os saberes oriundos da psicologia e da psicanálise, porquanto a alienação parental é um fenômeno interdisciplinar.

Em 2010 foi aprovada a Lei nº 12.318, de 26 de agosto, que exemplificou os atos que configuram alienação parental e trouxe sanções ao genitor alienador.

O artigo 2º da referida lei nos apresenta o conceito de alienação parental e traz um rol exemplificativo de condutas consideradas como práticas de alienação parental. Por sua vez, o artigo 6º apresenta um elenco de sanções que poderão ser aplicadas se comprovada a alienação parental.

Por derradeiro, deve ser registrado que a Lei nº 12.318/2010 está sendo alvo de aguçadas polêmicas desde a promulgação. Tais críticas vão desde a formação da amostra inicial utilizada para o desenvolvimento original da teoria até a forma de construção da teoria criada por seu idealizador, Richard Gardner.

Em resumo, são três as principais críticas que parcela da doutrina especializada lança em desfavor da Lei nº 12.318/2010, quais sejam: a ausência de reconhecimento científico da síndrome de alienação parental (SAP); a carência de comprovação empírica; e o desvirtuado emprego prático da SAP para a refutação de alegações de violência ou abuso sexual, com o consequente uso político como ferramenta ideológica que leva, sobretudo, à criminalização das mulheres mães, se portando, portanto, como um instrumento de discriminação misógina. Deveras, uma das críticas que se levanta em desfavor da alienação parental diz respeito à suposta “ausência de arrimo empírico da síndrome de alienação parental”, notadamente porque “Richard Gardner nunca realizou provas de confiabilidade e de validade do seu diagnóstico” (MADALENO, 2021, p. 16), destacando-se a conclusão de que a síndrome em verdade não corresponderia a nenhum diagnóstico clínico psiquiátrico.

De outra banda, há autores que rebatem as críticas contra a Lei brasileira, advertindo

ser um mito “dizer que essa lei é pedófila” e que “é misógina, que só pune as mulheres”, pois a alienação parental pode ser praticada tanto por homens quanto por mulheres e que “a lei é uma só para todos” (DUARTE, 2021, p. 58). Ainda, diferenciam a *alienação parental* como um fenômeno social, isto é, um dado da realidade, que se coloca como irrefutável por simples constatação empírica, e, coisa distinta, uma apontada *síndrome de alienação parental*, de natureza médico-científica, de sorte que a ausência de reconhecimento da última pela comunidade médica em nada infirma a necessidade de se dar tratamento jurídico à primeira: nesse sentido, seria incontestável a alienação parental.

3 I A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS APLICADA AOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A produção antecipada de provas é procedimento que encontra assento nos artigos 381 a 383 do Código de Processo Civil/15. O tratamento jurídico dado ao tema sofreu significativa modificação em relação aos diplomas processuais de 1973 e de 2015. Isso porque no CPC revogado a produção antecipada era prevista exclusivamente como medida de natureza cautelar (artigos 846 a 851). No atual CPC, porém, é consagrada a figura da ação probatória autônoma e a urgência não é mais requisito essencial para a produção antecipada de provas.

A produção antecipada de provas é o procedimento destinado à produção de prova num momento processual anterior àquele ordinariamente previsto (fase instrutória). O seu objetivo é tão somente um: produzir a prova. Por conseguinte, uma vez produzida, a prova poderá (frise-se: poderá) ser oportuna e posteriormente trasladada para um outro processo, no qual curso do qual será, enfim, valorada e surtirá seus regulares efeitos.

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, pela literalidade da lei revogada, era imprescindível a existência de um processo futuro. Vale dizer, a produção antecipada servia como mero instrumento serviente de um processo principal. Para tanto, obrigatória a presença de um requisito fundamental à produção antecipada de provas: a urgência. Cuidava-se, portanto, de um procedimento eminentemente cautelar.

Agora, sob o pálio do Código de Processo Civil/15, a produção antecipada de provas “pode não referir-se a uma futura demanda litigiosa. (...) a obtenção antecipada de provas pode ter finalidade estritamente ligada à simples documentação em relação a um fato, sem qualquer intenção futura” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 318). A urgência continua prevista, porém, como mais uma das causas (e não a única) que justificam a produção da prova em momento anterior ao ordinário.

O CPC/2015 alterou sensivelmente a natureza do procedimento: não se trata mais de expediente que se fia na *cautelaridade*, mas, isto sim, instituto que materializa o *direito autônomo à prova*. A ação de produção antecipada de prova, sob a nova roupagem a ela conferida pelo Código de Processo Civil de 2015, “é, pois, ação que busca o reconhecimento do direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico

procedimento de jurisdição voluntária” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 163).

De forma autônoma ou incidental, a produção antecipada de prova comporta, como dito acima, a obtenção de uma prova antes mesmo do momento propício para tanto. É, pois, procedimento excepcional, que inverte a regra geral.

O art. 381 do CPC/2015 enumera as hipóteses extraordinárias que autorizam que a prova seja produzida antecipadamente.

Em primeiro lugar, está o tradicional requisito da urgência. Vale dizer, a ação de produção antecipada da prova poderá ser ajuizada e o procedimento incidental de produção antecipada da prova poderá ser requerido nos casos em que “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação” (BRASIL, 2015). Trata-se do caso típico de produção antecipada, já previsto sob a égide do anterior CPC/1973, que traz consigo o pressuposto da cautelaridade, pois tem por escopo a preservação/conservação da prova.

Contudo, a par dos casos em que há urgência na produção da prova, o novo Código de Processo Civil também admitiu que a prova tenha sua obtenção antecipada quando “seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” e quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (BRASIL, 2015). Como se vê, nesses casos a produção da prova de modo antecipado serve mesmo para inibir ou evitar o ajuizamento de futura demanda, seja porque oportuniza a solução consensual da controvérsia, seja porque a prévia ciência sobre o teor da prova produzida demonstra ao interessado o provável insucesso da ação.

Cuidam-se de duas hipóteses nas quais há nítida desnecessidade de vínculo com processo futuro. Por isso, o Enunciado nº 50 da I Jornada de Direito Processual Civil, organizado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), dispõe que “A eficácia da produção antecipada de provas não está condicionada a prazo para a propositura de outra ação”.

Portanto, a produção antecipada da prova pode ser um fim em si mesma: não está sujeita à necessidade de posterior ajuizamento de outra ação.

A produção antecipada é um procedimento sobremaneira simplificado. Aliás, o procedimento sequer admite defesa ou recurso, “salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário” (BRASIL, 2015) ou se se tratar de “alegação pelo réu de matérias defensivas conhecíveis de ofício”, conforme reconhece o Enunciado nº 32 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF. O objetivo é exclusivamente a produção da prova. Uma vez produzida, o juiz deverá, tão somente, verificar se foram cumpridas as regras procedimentais previstas em lei para a prova obtida e, em caso de regularidade, homologar a prova.

Consequentemente, na sentença o juiz não enfrenta o mérito do direito material em (potencial) conflito, mas, tão somente, averba a higidez formal da prova. Em síntese,

Os efeitos, as consequências e a eficácia da prova produzida, contudo, não serão verificados na ação autônoma probatória. Com efeito, neste

procedimento se objetiva, exclusivamente, a produção da prova postulada pela parte interessada. Destarte, não há espaço, nestes autos, para a valoração da prova. Noutras palavras, uma vez produzida a prova, o procedimento se encerra, não devendo o juízo se debruçar sobre qualquer repercussão que possa advir da prova produzida antecipadamente. (VASCONCELOS; OLIVEIRA, 2021, p. 154)

Portanto, neste procedimento não há juízo valorativo sobre a prova obtida. Destarte, “considerando que sequer é papel do magistrado deste procedimento a análise e valoração da prova cuja colheita ele preside, a lei processual proíbe o magistrado da medida de antecipação de prova de formular qualquer juízo a respeito da prova obtida” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 315).

Pois bem. Após feitas tais considerações teóricas, a questão que ora se põe é a seguinte: *a produção antecipada de provas serve (é útil) para os casos em que se apura suposta prática de alienação parental?*

A resposta a esse questionamento exige, em primeiro lugar, um breve exame da produção probatória que comporta o rito da ação judicial que tem por objeto a apuração de hipotética prática de ato de alienação parental, nos termos da Lei nº 12.318/2010.

Diz o artigo 5º da multicitada Lei nº 12.318/2010 que “havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial” (BRASIL, 2010).

Por conseguinte, uma primeira prova que poderá ser produzida no curso de ação judicial em que haja alegação de alienação parental é a perícia. A prova pericial é “aquela em que a elucidação do fato se dá com o auxílio de um *perito*, especialista em determinado campo do saber, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado *laudo pericial* – que poderá ser objeto de discussão pelas partes” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 317).

No caso da perícia psicológica forense realizada para subsidiar a identificação de um alegado ato de alienação parental, os instrumentos utilizados pelo profissional especialista “devem consistir em métodos e materiais adequados destinados a analisar e avaliar aspectos referentes à estrutura da personalidade, à cognição, à dinâmica e a afetividade das pessoas envolvidas” (CALÇADA; PAULO; 2021, p. 237).

Trata-se, portanto, de uma prova de especial relevância porque manifesta a percepção técnica de um profissional (o psicólogo) que detém conhecimento e aptidão para averiguar determinado fato (o ato de alienação parental) do ponto de vista científico. Por isso, nos processos de alienação parental, “a Avaliação Psicológica é um instrumento hábil a indicar se uma criança está em sofrimento psicológico pela privação do convívio familiar ou por eventual espécie de coação moral que a impeça de amar ambos os pais” (BARNI, 2021, p. 110).

Com efeito, é o perito que traz aos autos subsídios fundados que apoiam a decisão judicial que reconhecerá (ou não) a caracterização de atos típicos de alienação parental

ou qualquer conduta que dificulte a convivência da criança/adolescente com o seu genitor.

A par da perícia psicológica ou biopsicossocial, a Lei nº 12.318/2010 também contempla uma segunda espécie de prova que pode ser produzida no curso do processo que apura suposta prática de alienação parental: o depoimento da vítima infantojuvenil.

Diz o artigo 8º-A da Lei nº 12.318/2010, nela inserido por força da recente Lei nº 14.340/2022, que “sempre que necessário o depoimento ou a oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental, eles serão realizados obrigatoriamente nos termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, sob pena de nulidade processual” (BRASIL, 2010).

Por conseguinte, o depoimento da criança/adolescente vítima de ato de alienação parental será tomado de acordo com as diretrizes do procedimento do depoimento especial, isto é, “o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”, consoante dispõe a Lei nº 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Na verdade, a novel Lei nº 14.340/2022 apenas tornou expresso o que já se concluía sistematicamente da leitura da Lei nº 13.431/2017: a oitiva judicial da vítima infantojuvenil de ato de alienação parental, justamente porque é uma forma de violência psicológica, deve seguir o rito do depoimento especial.

Consequentemente, a criança ou o adolescente deverão ser ouvidos por um profissional especializado, num ambiente apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a sua privacidade e intimidade, seguindo-se protocolos de entrevista cognitiva (preferencialmente, o PBEF - Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense), que comporta técnicas que evitam sugestionamento, privilegiando-se a elaboração de questionamentos abertos e a narrativa com as próprias palavras da criança/adolescente.

Além disso, o depoimento será gravado em áudio e vídeo e transmitido em tempo real para a sala de audiência, onde estarão os operadores do direito (juiz, promotor, advogado, defensor, etc.), que poderão interagir com a vítima com o apoio técnico do entrevistador forense devidamente capacitado, treinado e habilitado, que poderá, inclusive, adaptar as perguntas para linguagem mais acessível e compreensível à criança/adolescente, preservado o sigilo do ato, que tramitará sob regime de segredo de justiça.

Em outra oportunidade advertimos que “o depoimento especial de vítima de Alienação Parental exige cautela redobrada por parte do entrevistador forense e dos atores jurídicos que acompanham a oitiva da sala de audiências” (OLIVEIRA; SOUZA, 2022, p. 126) e, após, salientamos que, nos casos de alienação parental, o depoimento especial:

(...) pode contribuir para a confirmação dos indícios de Alienação Parental, além de permitir que a vítima infantojuvenil manifeste os seus sentimentos, o que pode ajudar no processo terapêutico de superação da violência

psicológica sofrida, bem como favorece o exame de outras formas de comunicação, diversas da verbal, usualmente empregadas pelas crianças e adolescentes, a exemplo dos gestos, dos movimentos faciais, do brincar e do silêncio, o que contribuirá para a análise holística do contexto de violência vivenciado pela vítima e que resultou em profunda interferência no aparato psicológico de pessoa em peculiar estágio de desenvolvimento (OLIVEIRA; SOUZA, 2022, p. 126)

Em continuidade, vistas as duas provas primordiais que podem ser produzidas no curso de ação judicial que apura possível alienação parental, a questão feita alhures pode ser assim recontextualizada: a perícia psicológica ou biopsicossocial e o depoimento especial previstos, respectivamente, nos artigos 5º e 8º-A da Lei nº 12.318/2010 podem ser objeto de produção antecipada de provas, nos termos dos artigos 381 a 383 do CPC?

A resposta, em ambos os casos, é positiva.

A produção antecipada da prova pode ser útil às causas que contém alegação de alienação parental tanto para fins acautelatórios da prova que corre risco de perecer (caso em que há urgência), quanto para fins dissuasórios, evitando-se o ajuizamento de demandas hostis que podem potencializar ainda mais os nefastos efeitos da alienação.

Em primeiro lugar, o art. 381, inciso I, do Código de Processo Civil, admite que a prova seja obtida antecipadamente sempre que “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação” (BRASIL, 2015). Nos processos em que se perquire possível alienação parental não é incomum que haja o citado *fundado receio* de que a prova pereça ou de que se torne sobremaneira difícil a sua obtenção ao tempo da etapa processual ‘normal’. Afinal, como visto acima, as duas provas fundamentais que instruem os processos judiciais em que se investiga possível alienação parental são focadas na criança ou no adolescente, justamente porque o objetivo é detectar eventual interferência na formação psicológica do infante promovida ou induzida por um dos genitores. Logo, nesses casos, nota-se que “a criança/adolescente será a própria *fonte* da prova pericial a ser realizada” (CALMON, 2021, p. 185). Isso vale para o depoimento especial, uma vez que o que será objeto de prova é justamente a narrativa da criança ou do adolescente.

O que se quer dizer é que a prova produzida para instruir suposta alegação de alienação parental é baseada em *fonte oral* e, mais, *fonte oral de criança/adolescente*, suscetível à falibilidade ínsita à memória humana. Por isso, o longo decurso de tempo entre o acontecimento fático (a empreitada que provocou violência psicológica à criança/adolescente, mediante atos de alienação parental) e a efetiva produção da prova (realização da perícia junto ao perito especializado e/ou oitiva, por depoimento especial, junto ao entrevistador forense) pode provocar danos irreversíveis à qualidade da prova: esquecimento dos fatos, distorção da memória original, influência de terceiros, etc.

Nesse sentido, é preciso considerar a concreta possibilidade de a informação contida na memória não estar mais disponível não apenas por ter sido

esquecida, mas por ter sido modificada devido a interações com outras pessoas, realização de entrevistas repetidas, entre outros. Assim, atualmente há um “risco previsível”, que para ser evitado exigirá a antecipação da produção da prova penal dependente da memória, somado à utilização de técnicas adequadas para sua coleta. (CECCONELLO; STEIN, 2018, p. 1.065)

Nessa linha de raciocínio, a obtenção antecipada da prova pericial psicológica ou biopsicossocial e do depoimento especial da vítima infantojuvenil poderá se mostrar extremamente útil para o deslinde das investigações de alienação parental, na medida em que a rápida coleta da prova evita que incidam os efeitos deletérios do decurso do tempo.

Além disso, a produção antecipada da prova, nos termos dos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil, pode proporcionar a comprovação precoce da alienação parental, ou mesmo refutar a sua ocorrência no caso concreto, se revelando útil “para evitar a interposição de ações judiciais posteriores, que, indubitavelmente terão um cenário muito mais litigioso e que pode, por consequência, potencializar ainda mais a própria alienação parental em detrimento das crianças e adolescentes” (CALMON, 2021, p. 190). Logo, a obtenção antecipada da prova (que ordinariamente seria produzida apenas no momento ‘normal’ do processo, destinado para tais fins, isto é, na fase instrutória) tem o condão de fornecer às partes interessadas elementos “para evitar o conflito judicial ou para permitir um melhor dimensionamento de sua condução” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 317).

Vale dizer, examinando a prova que foi produzida (antecipadamente), as partes (inclusive o Ministério Público) poderão tomar decisões informadas acerca da viabilidade de se ajuizar a ação ‘principal’ em que se busque o reconhecimento da alienação parental.

Em suma, a produção antecipada do laudo psicológico ou biopsicossocial e da tomada do depoimento especial da vítima infantojuvenil tem o mérito de evitar a propositura de ações judiciais desnecessárias, bem como de, por outro lado, caso proposta a ação, torná-la mais célere, conferindo maior agilidade à resolução jurídica da situação deflagrada em decorrência da alienação parental. Pois, em caso de efetiva e real alienação, cada momento que passa pode acentuar ainda mais o quadro de afetação psicológica da criança/adolescente, em seu prejuízo e do genitor alienado, o que torna fundamental que a apuração da alienação parental ocorra da forma mais sólida e célere possível.

Uma última observação que deve ser feita diz respeito ao depoimento especial da criança/adolescente vítima de alienação parental. É que, segundo o art. 11, *caput*, da Lei nº 13.431/2017, o depoimento especial “reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial” (BRASIL, 2017). A propósito, a doutrina explica que a realização da diligência a título de produção antecipada de prova tem por objetivo evitar possíveis prejuízos resultantes da demora no processamento da causa, “seja para a própria vítima (que ao ser chamada a falar sobre o ocorrido irá reviver todo trauma decorrente da violência), seja para o processo (pois a

fidelidade como o ocorrido será registrado na memória seguramente se perderá com o passar do tempo” (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2018, p. 43). Além disso, o § 1º do mesmo dispositivo legal diz que se “seguirá o rito cautelar de antecipação de prova: I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos; e II - em caso de violência sexual” (BRASIL, 2017).

Assim, a tomada do depoimento especial de criança/adolescente vítima de alienação parental deverá, necessariamente, observar o procedimento da produção antecipada de prova se se tratar de vítima menor de sete anos de idade ou quando no contexto da alienação parental houver supostas alegações de violência de índole sexual. Portanto, nas supramencionadas hipóteses, “a coleta do depoimento especial a título de produção antecipada de prova se torna *obrigatória*, somente não devendo-se assim proceder diante de situações específicas plenamente justificadas” (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2018, p. 45).

É, portanto, uma situação em que, no contexto em que se investiga arguição de possível alienação parental, por força de imposição legal, há de haver a obtenção de prova (depoimento especial) de forma antecipada.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo conjugou dois importantes assuntos do debate jurídico atual: a alienação parental (objeto de candente polêmica entre os estudiosos do direito privado) e a produção antecipada de provas (tema que vem merecendo atenção da doutrina pátria).

Num primeiro momento, tecemos considerações gerais sobre o fenômeno da alienação parental e o tratamento jurídico dispensado a ele no Brasil.

Em sequência, foram articulados breves apontamentos sobre o instituto da produção antecipada de provas, no bojo do qual a prova é obtida em momento anterior àquele em que ordinariamente seria produzida (fase instrutória).

Por fim, foi visto que são basicamente duas as provas principais que instruem os processos judiciais em que se apura eventual prática de ato de alienação parental: a perícia psicológica ou biopsicossocial e o depoimento especial da criança ou adolescente suposta vítima da alienação parental. Assim, foi avaliada a utilidade e a relevância da obtenção de tais provas (perícia e depoimento especial) de modo antecipado, antes mesmo da fase instrutória.

À vista do que foi exposto no presente trabalho e em resposta à questão que norteou esta pesquisa, é forçoso concluir que a produção antecipada de provas, prevista nos artigos 381 a 383 do Código de Processo Civil, pode contribuir para a instrução dos processos judiciais em que se apura suposta prática de alienação parental. Isso ocorrerá tanto naquelas hipóteses em que haja fundado receio de perecimento da prova (art. 381, inciso I do CPC), sobretudo diante dos efeitos nocivos do decurso do tempo em prejuízo

da memória infantojuvenil e nas hipóteses em que a produção antecipada da prova pericial e do depoimento especial poderão corroborar para imprimir maior eficácia e celeridade ao processo judicial ou até mesmo evitar que seja proposta ação posterior (art. 381, incisos II e III do CPC). Ainda, foi visto que, nas hipóteses do § 1º do art. 11 da Lei nº 13.431/2017, o depoimento especial a que alude o artigo 8º-A da Lei nº 12.318/2010 obrigatoriamente deverá seguir o procedimento de produção antecipada de prova judicial.

Logo, conclui-se que a produção antecipada de provas é um instrumento processual que favorece a instrução judicial nos casos de alienação parental.

REFERÊNCIAS

BARNI, Luciana Generali. A participação do psicólogo assistente técnico na perícia psicológica. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. v. 48. Belo Horizonte: IBDFAM, nov./dez. 2021, p. 107-120.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

CALÇADA, Andreia Soares; PAULO, Beatrice Marinho. A perícia psicológica forense em processos que envolvem acusações de alienação parental. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. v. 45. Belo Horizonte: IBDFAM, mai./jun. 2021, p. 223-246.

CALMON, Patricia Novais. A ação de produção antecipada de provas na alienação parental. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. v. 45. Belo Horizonte: IBDFAM, mai./jun. 2021, p. 178-196.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, vol. 8, N. 2, ago. 2018, p. 1.057-1.073. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>. Acesso em: 22 jun. 2023.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. vol. 2. 14ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei nº 13.431/2017**. Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente do Ministério Público do Paraná, 2018.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Danos da alienação parental no psiquismo infantil: fragmentos da clínica psicanalítica. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**. vol. 45. Belo Horizonte: IBDFAM, mai./jun. 2021, p. 51-75.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do psicólogo no sistema de justiça: contribuições e sugestões. **Revista IBDFAM**: Família e Sucessões. v. 45. Belo Horizonte : IBDFAM, mai./jun. 2021, p. 29-50.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**: importância da detecção, aspectos legais e processuais. 5^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. A revogação da lei da alienação parental no Brasil e no exterior. **Revista IBDFAM**: Família e Sucessões. v. 45. Belo Horizonte: IBDFAM, mai/jun. 2021, p. 11-28.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. 2^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Heitor Moreira de; SOUZA, Laura Antonio de. O depoimento especial de criança e adolescente vítimas de ato de alienação parental. **Revista IBDFAM**: Família e Sucessões. v. 50. Belo Horizonte: IBDFAM, mar./abr. 2022, p. 96-136.

VASCONCELOS, Enderson Danilo Santos de; OLIVEIRA, Heitor Moreira de. Produção antecipada de provas: reflexões iniciais. MESQUITA, Gil Ferreira de; SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de (org.). **Cinco anos do novo CPC**: desafios, conquistas e efetividade. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 125-165.

WAQUIM, Bruna Barbieri; MACHADO, Bruno Amaral. A alienação parental como cosmologia violenta. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 19, n. 32, p. 202-227, set./dez. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v19i32.p202-227.2021>. Acesso em: 23 jun. 2023.

A POSTURA DO ESTADO MODERNO FRENTE À LEGISLAÇÃO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA EM CONJUNTO COM O USO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO

Data de aceite: 01/09/2023

Aline Martins Rospa

Mestre em Direito pela UFSM. Professora na Antonio Meneghetti Faculdade - AMF

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à informação; Tecnologias da Informação e Comunicação; Estado.

THE POSITION OF THE MODERN STATE TOWARDS THE LEGISLATION ON ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN CONJUNCTION WITH THE USE OF INFORMATION TECHNOLOGIES

RESUMO: Garantir o acesso às informações públicas solicitadas pelo cidadão é de fundamental importância em um Estado Democrático de Direito. Ampliar a possibilidade de participação e acompanhamento dos atos do poder público pela população é um caminho necessário para que o Estado atenda efetivamente as novas demandas sociais que surgem a todo momento. Desse modo, a promulgação de leis específicas garantindo o acesso às informações públicas visa incentivar a participação popular no sentido de efetivar mudanças necessárias no comportamento do poder público, que deve priorizar ao máximo a transparência na divulgação das informações públicas. Para isso, as tecnologias de informação e comunicação são um importante instrumento que pode viabilizar a propagação das ações dos diversos entes estatais. Empregou-se o método dedutivo para direcionar a pesquisa documental e bibliográfica sobre o direito ao acesso à informação pública.

ABSTRACT: Ensuring access to public information requested by citizens is of fundamental importance in a Democratic State of Law. Expanding the possibility of participation and monitoring of public power acts by the population is a necessary path for the State to effectively meet the new social demands that arise at all times. Thus, the enactment of specific laws guaranteeing access to public information aims to encourage popular participation in the sense of effecting necessary changes in the behavior of the public power, which must give maximum priority to transparency in the dissemination of public information. For this, information and communication technologies are an important instrument that can facilitate the propagation of the actions of the various state entities. The deductive method was used to direct the

documentary and bibliographical research on the right to access public information.

KEYWORDS: Access to information; Information and Communication Technologies; State.

1 | INTRODUÇÃO

Com a evolução da *internet* houve uma ampliação da liberdade de expressão e a possibilidade de as pessoas exercitarem sua cidadania e seu poder de ação por meio dos novos mecanismos virtuais disponibilizados, ensejando uma maior participação democrática. Certo também, que esse instrumento ampliou consideravelmente as possibilidades de acompanhamento das ações do poder público pela população.

No contexto da ampliação do exercício da cidadania, a lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011), impactou positivamente no cenário jurídico brasileiro aumentando o rol de possibilidades dos cidadãos terem acesso ao conteúdo de decisões políticas que implicam, principalmente, na destinação de verbas públicas.

Também conhecida como LAI, ou Lei da Transparência, a Lei 12.527 permite que qualquer pessoa física ou jurídica faça solicitação de informações aos órgãos ou entidades públicas em nível federal, estadual ou municipal, visando garantir o direito fundamental de acesso à informação, conforme determinado pelo artigo 216 da Constituição Federal.

Necessário então analisar se, de fato, a LAI facilitou o acesso à informação, enquanto componente do direito fundamental à liberdade de expressão. Portanto, para promover o exercício da democracia, o direito ao acesso à informação deve garantir e incentivar a interação entre governo e cidadão.

Nessa medida, para ampliar o espaço democrático, os governos devem aproveitar o progresso que o uso das tecnologias de informação lhes apresenta para proporcionar ao cidadão um efetivo poder de ação e fiscalização. Todavia, para tanto, é necessário que seja operabilizado um sistema de transparência que garanta, efetivamente, o acesso à informação dotada de veracidade e integridade.

2 | A AUTONOMIA DO DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO

A promulgação de uma nova Constituição é ao mesmo tempo uma reação ao passado e um compromisso com o futuro.¹ Foi exatamente com este espírito que os constituintes elaboraram a Carta Magna de 1988, reservando ao tema da liberdade de expressão a devida atenção, uma vez que o país havia saído de uma situação de restrição de direitos.

A liberdade de expressão pode ser observada como um mecanismo da democracia, uma vez que possibilita o pluralismo de manifestações. Aliás, para que um sistema seja considerado democrático são necessários alguns requisitos mínimos como: pluripartidarismo; liberdade de opinião e pensamento; direito de votar e ser votado, em

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006. 6^a ed. p. 71

sigilo; valor igual para os votos e eleições periódicas.²

Nesse sentido, Saldanha ressalta que a liberdade de expressão não é apenas um valor instrumental ou um meio para um fim mais importante, pelo contrário, esta liberdade é, em si, um direito humano fundamental, sendo este elemento indispensável para um regime democrático.³ A importância da liberdade de expressão é justificada, em grande parte, por servir de instrumento ao controle da atividade governamental e do exercício do poder.

A liberdade de expressão pertence ao núcleo essencial da existência humana. O homem somente pode existir como ser racional quando ele mesmo pode formar sua opinião e atuar de acordo com esta.⁴ Por isso, é tão importante para a formação cultural da sociedade, que seja patrocinado e defendido o direito fundamental à liberdade de expressão.

Por ser um direito amplo, a liberdade de expressão possibilita que outros direitos fundamentais possam emergir através de suas lentes. Para Luis Roberto Barroso há distinção entre a liberdade de informação e de expressão, sendo a primeira referente ao direito individual de comunicar livremente os fatos e ao direito difuso de ser deles informado. Já a liberdade de expressão seria destinada a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, ou seja, qualquer manifestação do pensamento humano. Nesse sentido, o autor defende que é inegável que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo.⁵

A importância do direito ao acesso à informação está em promover a transparéncia e a possibilidade de controle social dos atos públicos. Por controle social, entende-se aquele exercício pela sociedade em que o cidadão individualmente ou representado por terceiro legitimado pode realizar denúncias para o Tribunal de Contas da União.⁶

Os Estados autoritários, no que se refere à divulgação de informações públicas, são regidos por uma cultura de segredo, em que prevalece a máxima de que a circulação de informações representa riscos para a segurança e soberania estatal. Logo, são criadas inúmeras exceções e empecilhos para dificultar a disponibilização e publicidade das informações solicitadas.⁷

2 LARA, Helio Cesar. *Democracia e internet: as novas possibilidades na formação da opinião pública*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07022014-074232/>>. Acesso em: 2014-10-07, p. 13.

3 IDEM. p. 13.

4 FLEINER, Thomas. *O que são Direitos Humanos?* São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 107.

5 BARROSO, Luis Roberto. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2003. Ano 4. Vol. 16 out – dez, p. 35.

6 SILVA, Rosane Leal da, De la Rue, Letícia Almeida. O acesso à informação pública por meio de portais como instrumento para a democratização do poder judiciário: análise comparativa nos países do MERCOSUL. In: ROVER, Aires José; SIMÃO FILHO, Adalberto; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Direito e novas tecnologias*. [Recurso eletrônico online]. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 406- 433. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3556a3018cce3076>>. Acesso em: 22 jul. 2014, p. 412

7 CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Acesso à informação pública: Uma introdução à lei 12.527 de 18 de novembro de 2011. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2016, p. 13.

Por outro lado, o que se espera dos Estados democráticos de Direito é que haja uma cultura de acesso, em que os agentes públicos tenham consciência de que a informação pública pertence ao cidadão e que cabe ao Estado provê-la de forma clara e tempestiva para atender eficazmente às demandas da sociedade, a qual tem direito de conhecer as informações em posse do poder público, exceto aquelas que realmente representem perigo na sua divulgação.⁸

A restrição ao acesso à informação, portanto, impede que a população compreenda e exija a realização de políticas públicas voltadas à educação, saúde, assistência social, trabalho, dentre outras. A limitação à obtenção de informações públicas retira o direito de o cidadão participar ativamente na construção do processo de decisão em temas que afetam diretamente seus direitos.⁹

Portanto, reitera-se a noção de que o direito ao acesso à informação pública é direito autônomo em relação ao direito à liberdade de expressão, sendo a promulgação de leis específicas de grande importância para incentivar a participação popular democrática no sentido de efetivar mudanças necessárias no comportamento do poder público, que deve priorizar ao máximo a divulgação das informações requeridas.

3 I A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO FRENTE AO USO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

O modelo tradicional de Estado está passando por transformações que não são superficiais ou cosméticas, mas que conduzem a novos pontos de equilíbrio. Essas transformações remetem a uma evolução global, com a redefinição da arquitetura social, em que será necessária a perda de antigas referências, a desagregação dos antigos moldes e o enfraquecimento das certezas.

Cada vez mais, os Estados são atingidos por uma nova conjuntura social, em que, influenciada pela abertura das fronteiras e pelos intercâmbios cada vez mais rápidos em um mundo global, a cultura não se restringe mais ao plano local, sendo profundamente influenciada por sugestões e informações vindas de toda a parte do mundo. As comunicações desenvolvem a imaginação e expandem o conhecimento e, é ele que nos conscientiza de nossas diferenças em relação aos outros, sendo a tecnologia o instrumento necessário para essa mudança.¹⁰

Nesse contexto, houve o grande crescimento do fenômeno da globalização, o qual possibilitou a circulação mais rápida de conhecimentos técnico-científicos, bem como o interesse pela cultura, economia e política de outros países. As tecnologias da informação também foram intensamente influenciadas pela globalização e, atualmente, são responsáveis pela ampla comunicação entre as pessoas de toda a parte do mundo.

8 IDEM, p. 14.

9 IDEM, p. 411.

10 BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de crise. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 44.

Observa-se que as consequências da globalização, que ocorreram principalmente no âmbito econômico, tiveram reflexos também na dimensão cultural das sociedades, pois a internacionalização propiciou a homogeneização progressiva dos estilos de vida, dos modelos de consumo e dos padrões culturais.

Nessa nova conjuntura cultural e social, a *internet* tem se tornado, progressivamente, um meio importante de comunicação e organização em todas as esferas de atividade. Os movimentos sociais e o processo político a usam como um instrumento privilegiado para atuar, informar, recrutar, organizar, dominar e contradominar.¹¹ Os movimentos sociais a utilizam, principalmente, porque é a maneira que podem alcançar a sociedade como um todo. Isso porque, nessa situação, não dependem de espaço físico ou outras estruturas formais, o que pode facilitar o engajamento social, bem como sua organização.

Castells sustenta que esse tipo de movimentação social não é novidade na história da coletividade. A grande novidade é a interconexão desses movimentos com o uso da *internet*, uma vez que ela permite ao grupo ser diverso e coordenado ao mesmo tempo. Com isso, o próprio ambiente virtual é modificado de ferramenta organizacional para as empresas, sua função originária, para uma alavanca de transformação social e cultural.¹²

Antes do advento da *internet* as manifestações de ideias e opiniões estavam aprisionadas aos meios tradicionais de comunicação, os quais, na maioria das vezes, grande parte da população não tinha acesso a se expressar, mas tão somente a se informar. Castells afirma que “as redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela”.¹³

A rede coloca as pessoas em contato para expressar suas inquietações e partilhar suas esperanças, por esse motivo o controle do ambiente virtual pelo povo, talvez, seja a questão política mais fundamental suscitada pelo seu desenvolvimento. Justamente por esse motivo, a *internet* carrega alguns contrapontos em si, pois ao mesmo tempo em que possibilita a celeridade da liberdade de expressão aos sujeitos, pode ensejar dano a outros direitos de igual valor. A busca incessante pela celeridade na divulgação das informações pode, por vezes, prejudicar a avaliação da veracidade e integridade dos fatos e notícias divulgadas.¹⁴

Nesse contexto, surge um novo meio de interação chamado ciberespaço, local em que há uma troca constante de dados particulares e públicos, os quais necessitam da presença do Direito para tutelar direitos ou reparar danos que, porventura, possam emergir desse ambiente.

O ciberespaço pode ser entendido como o espaço de comunicação aberto pela

11 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008. Vol. 1, p. 114.

12 IDEM, p. 119.

13 IDEM, p. 40.

14 IDEM, p. 135.

“interconexão mundial de computadores e das memórias dos computadores, sendo uma de suas principais funções prover o acesso a distância aos diversos recursos de um computador”. Esse ambiente tem a capacidade de unir e interfacear todos os dispositivos de criação de informação, gravação, comunicação e simulação nas comunicações. Quanto à digitalização das informações, o autor profetizou que, provavelmente, o ciberespaço seria o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade.¹⁵

Desse modo, a ciberdemocracia, ao atuar no ciberespaço auxilia a emancipar cada vez mais novos direitos, bem como incentivar a participação dos cidadãos que passam a desenvolver a cibercultura, cada vez mais rica e complexa e relacionada a novas práticas comunicativas, de exercício da democracia e, até mesmo, da fiscalização do Estado.

Nessa senda, conforme ensinamentos de Luño, a cibercidadania positiva é um instrumento de reconhecimento de incompletudes mútuas, apresentando-se como condição *sine qua non* de um diálogo intercultural (tanto na forma horizontal, entre cidadão/cidadão, quanto vertical, entre cidadão/Estado).¹⁶

Por outro lado, é necessário que se ressalte a ideia de utilização consciente das tecnologias de informação e comunicação (TICs), as quais devem ser vistas como um meio integrante de um conjunto de instrumentos teóricos, metodológicos e políticos socialmente construídos na tentativa de realizar mudanças que sejam voltadas à efetivação de novos direitos.

Não se deve acreditar que as TICs aplicadas ao conceito de ciberdemocracia, sozinhas, têm o poder de resolver todos os problemas decorrentes da falta de representatividade dos cidadãos no Estado democrático. Por isso, defende-se a necessidade de adequação dos diversos setores da sociedade aos tempos digitais, incluindo-se o Estado, o qual deve fazer a utilização das TICs de modo a assegurar a democracia.

Indo ao encontro do exposto, Rover defende que os governos devem aproveitar o progresso que o uso das tecnologias de informação lhes apresenta para simplificar a burocracia estatal e proporcionar ao cidadão um poder de ação, superando as estruturas administrativas hierarquizadas e verticalizadas em direção a relações de poder horizontalizadas.¹⁷

Sob esse ponto de vista, pode-se concluir que as tecnologias de informação e comunicação realmente são aptas a permitir uma vasta rede de comunicações humanas facilitando a concretização das liberdades individuais e coletivas. Todavia, vistas sob outra ótica são também uma forma de controle generalizado por quem detém o poder político, econômico e o conhecimento cibernético.

Os entes estatais passam pelo contínuo desafio de se adaptar às novas realidades trazidas pela globalização e sociedade de informação, em que o uso das TICs modificou a

15 LÉVY, Pierre. Ciberdemocracia. Lisboa, Instituto Piaget, 2002, p. 93.

16 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Cibercidadan@ o cidadan@.com? Barcleona: Editorial Gedisa, 2004, p. 41.

17 IDEM, p.76.

forma de como o poder público cumpre suas funções. A conformação de uma nova sociedade pautada, sobretudo, pelas facilidades no acesso à informação gerou a necessidade do Estado se adaptar a um novo contexto social.

Por isso, na maior parte dos países avançados, multiplicam-se procedimentos administrativos virtuais no sentido de simplificá-los e torná-los mais transparentes, bem como para realizar a aproximação do governo e cidadão, fundamentalmente para que o cidadão tenha uma participação democrática mais efetiva e, com isso, exerce seus direitos individuais através de instrumentos oferecidos na rede.¹⁸

Na construção desse novo cenário, em que a fiscalização e o controle social sobre os atos estatais se intensificam, o surgimento de leis específicas que promovam o direito ao acesso à informação pública servem para assegurar e reforçar as bases institucionais do Estado democrático de Direito.

4 I APONTAMENTOS SOBRE A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO COM ÊNFASE NAS TICS

O acesso à informação pública é de fundamental relevância na medida em que é através do conhecimento da máquina estatal, que envolve as despesas com o funcionalismo público, licitações, contratos públicos e, até mesmo, a produtividade dos agentes públicos, que a sociedade poderá entender e cobrar do Estado a prestação adequada e efetiva dos serviços públicos.

A Suécia foi o primeiro Estado a desenvolver um marco legal específico para garantir o acesso à informação governamental. A lei para a liberdade de imprensa e do direito de acesso aos atos públicos data de 1776. Atualmente, os funcionários suecos afirmam poder entregar uma cópia fiel de qualquer documento elaborado até duzentos anos atrás em 24 horas.¹⁹

No Brasil, a lei de acesso à informação (LAI) foi promulgada em 18 de novembro de 2011 com a finalidade de regulamentar o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal que estabelece que, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou coletivo, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Ao regulamentar esse direito, o Brasil, além de garantir o exercício do direito de acesso à informação ao cidadão, cumpriu com o compromisso assumido perante a comunidade internacional em vários tratados e convenções. A LAI simboliza uma modificação no entendimento das premissas relativas ao tema da transparência pública, uma vez que estabelece que o acesso à informação é a regra e o sigilo, a exceção.

18 IDEM, p. 102.

19 ACKERMAN, John M.; SANDOVAL, Irma E. Leys de Acceso a la Información em el mundo. Cuadernos de Transparencia, 07. Delegación Coyoacán, México, D.F.: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2005, p. 06.

A promulgação da lei de acesso à informação inaugurou uma nova etapa no processo de democratização na ordem jurídica pátria, pois permite e incentiva o pleno exercício da democracia, não limitando a participação popular ao voto. Com a edição da LAI o Brasil passou a integrar o rol dos países que possuem legislação específica sobre o tema.

A informação sob a guarda do Estado deve sempre ser pública, sendo o acesso restrinrido apenas em casos específicos. Logo, a informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade constitui um bem público. O acesso a estes dados pode ser entendido como um dos fundamentos para a consolidação da democracia, pois fortalece a capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta.²⁰

A LAI trouxe inovações importantes já no seu art. 1º, uma vez que alargou a abrangência da aplicação da lei à União, Estados, Municípios, Distrito Federal, órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunal de Contas, MP, autarquias, fundações, e até mesmo para entidades privadas que recebam recursos públicos. A lei torna obrigatória a divulgação de dados de interesse da população em sites oficiais desses órgãos na internet. Estão dispensados dessa obrigação apenas os municípios com população de até dez mil habitantes.

Estabelecer com clareza as instituições alcançadas pela lei foi de fundamental importância, uma vez que antes desse marco legal apenas o Poder Executivo se utilizava de práticas de divulgação de informações públicas, sobretudo utilizando as TICS.

As diretrizes principiológicas básicas são elencadas no art. 3º, dentre elas destacam-se: a publicidade da informação como regra e o sigilo como exceção; o direito do cidadão obter os dados sem a necessidade de demonstrar interesse legal.

Esses dois preceitos se coadunam com o que defende Catalina Botero, relatora especial sobre esse tema na Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando afirma que o poder de exigir do Estado informações muda completamente a relação entre o cidadão e o Estado. A relatora apresenta algumas normas gerais que deveriam estar presentes em qualquer sistema de transparência, dentre as quais que a regra seja a transparência, sendo que qualquer exceção tem que estar concreta, precisa e claramente estabelecida na lei, sob pena do sigilo se tornar a regra. E ainda, que não é necessário demonstrar a razão de se pedir a informação, porque esse é um direito universal.²¹

Nesse ínterim, as solicitações de informação feitas pelos cidadãos que antes eram vistas pelo Estado como um incômodo, hoje são reconhecidas como um direito individual que deve ser atendido pelos agentes públicos. Tal direito deriva da concepção de que o Estado trabalha para o povo e, por isso, tem a obrigação de cumprir o disposto na Constituição Federal, a qual estabelece o princípio da publicidade como dever do Estado e garantia do cidadão.

20 IDEM, p. 08.

21 IDEM, 2014.

Esses são requisitos mínimos para um sistema de transparência operar positivamente. Apenas informações sigilosas, tais como de segurança nacional, é que devem permanecer no campo do segredo, isso quando, efetivamente e indubitavelmente, restar comprovado que a finalidade da preservação da informação é mais importante do que a sua publicação.

A lei, portanto, define informações sigilosas como aquelas restritas ao acesso público temporariamente por serem imprescindíveis à segurança da sociedade e estabelece uma classificação de informações, considerando, por exemplo, o prazo de sigilo de até 25 anos para informações ultrassecretas.

Importante trazer à tona o conceito de *Open Government* que é proveniente do Direito anglo-saxão e está relacionado diretamente com a liberdade de acesso por parte do cidadão a toda informação pública em posse do governo. A transparência e o acesso aos dados públicos são partes fundamentais do *Open Government*, uma vez que a transparência dos atos estatais tem sido uma reivindicação constante da sociedade civil.²²

Esse fato tem gerado debates sobre quais informações podem ser liberadas e, especialmente, como operacionalizar essa liberação, na medida em que o objetivo final é oferecer a informação para que o cidadão possa exigir e fiscalizar os atos do Estado, na esperança de que o aumento da transparência implique em uma maior participação popular.

Nessa lógica, o Supremo Tribunal Federal, no SS 3902 Ag Rg, já se manifestou com base no direito à informação de atos estatais, sobre a constitucionalidade de lei municipal que previa a divulgação, em site oficial, de informações funcionais de servidores públicos, inclusive a respectiva remuneração, entendendo que tal divulgação não configurava violação à privacidade, intimidade e segurança do servidor público. O STF afirmou que há interesse coletivo no conhecimento dessas informações, uma vez que os dados dizem respeito aos agentes públicos e que seria “o preço a se pagar” pela opção de seguir em uma carreira pública no seio de um estado republicano. No caso em questão, portanto, prevaleceu o princípio da publicidade administrativa, o qual deve ser entendido como um dos meios mais efetivos de concretizar a República enquanto forma de governo.

Na conjuntura do acesso à informação enquanto impulsionador da transparência dos atos estatais, as TIC's ganham destaque, principalmente por conseguir acompanhar o ritmo do desenvolvimento da complexidade da sociedade e por alcançar um número de pessoas imensamente maior que os meios tradicionais de divulgação.

Nesse sentido, a transparência pode ser entendida como um meio de luta contra a corrupção, sendo de fundamental importância a defesa da liberdade de imprensa e da independência da justiça, pois dessa forma o controle social será efetivo na esfera da Administração Pública.

Com a emergência de tantos escândalos políticos e sociais, deve-se implementar

²² ORTA, Carlos Guardián. Transparéncia? In: CALDERÓN, Cesar; LORENZO, Sebastián. Open Government. Gobierno Abierto. Granada: Algón, 2010, p. 78.

um maior rigorismo na aplicação da transparência e do controle da gestão pública, com abertura de um processo de inclusão digital para todos, sem que isso soe apenas uma utopia.

Permeada por esse espírito, a LAI estabeleceu no art. 8º, §2º que os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores. O artigo ainda estabelece os requisitos mínimos que os sites devem conter (isso também como medida de proteção ao direito do acesso à informação). Portanto, foi estabelecida uma obrigação para os agentes públicos, que se tornaram responsáveis por disponibilizar a informação pública na *internet* de forma clara e precisa de forma que qualquer cidadão consiga compreende-la.

O STF reconheceu a repercussão geral no RE 865.401, que discute a possibilidade legal de um vereador formular, diretamente ao chefe do Poder Executivo, a solicitação de informações e documentos sobre a gestão municipal com a finalidade de fiscalizar possíveis irregularidades. O requerente invocou o direito fundamental de acesso à informação, do dever do poder público à transparência e dos princípios republicano e da publicidade. Já o município fundou sua defesa na ingerência indevida, na separação de poderes e na diferença entre prerrogativas da casa legislativa e dos parlamentares.

Avançando na análise pontual da lei, pode-se observar que o art. 10 da Lei 12.527/2011 trata do procedimento de acesso à informação, e dispõe que qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos públicos, os quais devem viabilizar alternativa desse pedido de acesso através da *internet*. Na visão do legislador, essa possibilidade facilitaria o alcance do diploma legal, uma vez que ao propiciar esse serviço através de mecanismos virtuais o Estado reconheceria a sociedade em rede como parte atuante na fiscalização das responsabilidades a cargo do Estado.

De modo geral, a 12.527/2011 não sofreu tantas modificações com o passar dos anos. A alteração mais expressiva deu-se com a publicação do Decreto 9.960/2019 que reafirma a permissão de delegação da competência para informações secretas e ultrassecretas, mas essas mudanças são aplicáveis e válidas apenas para o âmbito do Poder Executivo Federal.

Todos esses dispositivos legais voltados ao uso das tecnologias de informação e comunicação presentes na LAI justificam a importância que o meio virtual tem na facilitação ao acesso às informações públicas. Através da *internet* o número de pessoas com possibilidade de conhecer os dados em poder do Estado aumenta significativamente.

Por óbvio, não se pode pretender que toda a problemática seja resolvida simplesmente com a promulgação de uma lei ou então com o uso das novas tecnologias, mas sim passos estão sendo dados rumo à transparência das informações públicas e a possibilidade de controle dos atos estatais pela sociedade.

5 | CONCLUSÃO

As tecnologias de informação e comunicação devem ser utilizadas para democratizar o acesso à informação, ampliação de discussões e dinamização na prestação de serviços públicos, sempre com foco na eficiência e efetividade das funções governamentais. O fortalecimento da participação cidadã por meio do acesso a informação tem por finalidade forçar novas condutas para uma administração pública mais eficiente e transparente.

O Estado passou por profundas modificações decorrentes do fenômeno da globalização que, dentre outros fatores, impulsionou vigorosamente o uso de novas ferramentas de comunicação. Por isso, é de suma importância que o poder público se adapte cada vez mais a essa nova realidade virtual, empenhando esforços para a otimização na prestação dos serviços públicos a seu encargo.

A lei 12.527/2011 certamente foi um avanço nesse sentido, todavia um longo caminho ainda precisa ser trilhado para a completa efetivação dos dispositivos legais. Há necessidade de um forte trabalho de inclusão digital para a população, uma vez que seria inócuo que todas as informações estivessem disponíveis na rede, como dispõe a LAI, mas que a população não tivesse capacidade para acessá-las.

A promulgação de leis específicas garantindo o acesso à informação pública visa incentivar a participação popular e o controle social dos atos estatais no sentido de efetivar mudanças necessárias no comportamento do poder público, que por vezes ainda é regido pela cultura do segredo. Sob esse ponto de vista, as tecnologias de informação e comunicação realmente são aptas a permitir uma mudança de paradigmas que force o Estado a adotar a transparência como regra, migrando para uma cultura de acesso às informações públicas.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, John M.; SANDOVAL, Irma E. **Leys de Acceso a la Información em el mundo.** Cuadernos de Transparencia, 07. Delegación Coyoacán, México, D.F.: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise.** 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BARROSO, Luis Roberto. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, 2003. Ano 4. Vol. 16 out – dez.
- BOTERO, Catalina. **Conferencia magistral sobre el derecho de acceso a la información** Intervención de Catalina Botero en el Coloquio internacional “Hacia el Sistema Nacional de Transparencia”, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 8 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/multimedia/#tab7>. Acesso em: 18 de maio 2016.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008. Vol. 1.

_____. **A galáxia da internet:** reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Acesso à informação pública:** Uma introdução à lei 12.527 de 18 de novembro de 2011. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/cartilhaacessoainformacao.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2016.

FLEINER, Thomas. **O que são Direitos Humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

LARA, Helio Cesar. **Democracia e internet: as novas possibilidades na formação da opinião pública.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07022014-074232>>. Acesso em: 2014-10-07.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia.** Lisboa, Instituto Piaget, 2002.

ORTA, Carlos Guardián. **Transparência?** In: CALDERÓN, Cesar; LORENZO, Sebastián. Open Government. Gobierno Abierto. Granada: Algón, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Cibercidadani@ o cidadani@.com?** Barcleona: Editorial Gedisa, 2004.

ROVER, Aires. **Introdução ao governo eletrônico.** Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, v. 1, n. 1, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **OS DESAFIOS DO “IMPÉRIO CIBERNÉTICO” NA ERA DA ACELERAÇÃO E DA INFORMAÇÃO:** Um “sexta continente” de liberdade perfeita ou de controle perfeito? In: Jerônimo Siqueira Tybusch; Luiz Ernani Bonesso de Araújo; Rosane Leal da Silva. (Org.). Direitos Emergentes na Sociedade Global. 1ed. Ijuí: Unijuí, 2013, p. 173-220.

SANTOS, Milton. **Técnica Espaço Tempo: Globalização e meio técnico-científico informacional.** 5 ed. São Paulo: EDUSP, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006. 6^a ed. p. 71

SILVA, Rosane Leal da. **A implementação da transparência ativa pelos tribunais de justiça brasileiros: breve panorama do estado da arte.** In: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. Direitos emergentes na sociedade global: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Santa Maria: Ed. Da UFSM, 2016.

SILVA, Rosane Leal da, De la Rue, Letícia Almeida. **O acesso à informação pública por meio de portais como instrumento para a democratização do poder judiciário: análise comparativa nos países do MERCOSUL.** In: ROVER, Aires José; SIMÃO FILHO, Adalberto; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Direito e novas tecnologias. [Recurso eletrônico online]. Florianópolis: FUNJAB,2013, p. 406-433. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3556a3018cce3076>>. Acesso em: 22 jul. 2014

VELOSO, Renato. **Tecnologias da Informação e comunicação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPÍTULO 25

SGBD (SISTEMA DE GERENCIAMENTO DE BANCO DE DADOS) NA PERPECTIVA DA LGPD (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS)

Data de aceite: 01/09/2023

Josias Fellipe Arnold

Centro Universitário de Brusque -
UNIFEIBE

Hannelore Nehring

Centro Universitário de Brusque -
UNIFEIBE

Cláudio Ratke

Centro Universitário de Brusque -
UNIFEIBE

sob a ótica dos requisitos de configuração para um SGBD (Sistema gerenciador de Banco de dados), avaliando a consonância dos mecanismos de segurança utilizados em sua proteção, perante os requisitos da LGPD para proteção dos dados pessoais armazenados. Com base na análise realizada, foi sugerido melhorias para os mecanismos de segurança avaliados que necessitam de revisão, para que fiquem de acordo com o que a LGPD requer.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD. Base de Dados. Mecanismos de Segurança.

RESUMO: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, seja por meios digitais, por pessoa natural ou jurídica. Foi promulgada para proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre formação de personalidade de cada indivíduo, fazendo com que as empresas se preocupem com a coleta, processamento e armazenamento de dados, garantindo sua adequação ao que requer a lei. Na sua essência, a LGPD é um novo conjunto de regras destinadas a dar aos cidadãos brasileiros mais controle sobre esses dados pessoais que são usados pelas organizações. Nesse contexto, o objetivo central desse trabalho foi realizar um estudo

DMS (DATABASE MANAGEMENT SYSTEM) IN THE OVERVIEW OF THE LGPD (GENERAL DATA PROTECTION LAW)

ABSTRACT: The General Law for the Protection of Personal Data (LGPD), Law No. 13,709, of August 14, 2018, provides for the processing of personal data, whether by digital means, by natural or legal person. It was enacted to protect the fundamental rights of freedom, privacy and free personality training of each individual, causing companies to worry about the collection, processing and storage of data, ensuring its suitability to what the law requires. In essence, the LGPD is a new set

of rules designed to give Brazilian citizens more control over this personal data that is used by organizations. In this context, the central objective of this work was to conduct a study from the perspective of the configuration requirements for a DBMS (Database Manager System), evaluating the consonance of the security mechanisms used in its protection, in view of the requirements of the LGPD for the protection of stored personal data. Based on the analysis performed, improvements to the evaluated safety mechanisms that need review have been suggested, so that they are in line with what the LGPD requires

KEYWORDS: LGPD. Database. Security Mechanisms.

1 | INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, a interação contínua entre dispositivos e pessoas agilizam o processo de troca de informações, gerando uma grande quantidade de dados que estão sendo armazenados e processados de modo que questões sobre segurança da informação sejam levantadas (RAPOSÔ, 2019).

A LGPD é um novo paradigma, pois envolve a maneira como as empresas lidam com os dados pessoais nos meios online e offline, tendo a função de proteger os direitos de liberdade e privacidade em qualquer relacionamento que envolva dados pessoais (SÁ, 2019).

Entre as novidades trazidas pela legislação está o princípio da segurança, que determina a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais. Contudo, a implementação de sistemas seguros envolve desafios, que não são apenas questão de implementação do sistema, mas também o fator humano (SÁ, 2019).

É importante que as empresas ajustem suas tecnologias para se enquadrar a Lei Geral de Proteção dos dados Pessoais e consequentemente garantir ao usuário plena consciência sobre a forma que os seus dados estão sendo armazenados e utilizados (RAPOSÔ, 2019).

Elas devem estar preparadas para classificar, proteger e rastrear as informações pessoalmente identificáveis sobre os usuários, à medida que essas passam por seus ambientes de armazenamento, fazendo com que as empresas tenham que avaliar suas práticas de gerenciamento de dados, minimizando sua exposição no tratamento de dados pessoais e mantendo apenas aqueles necessários para atender às necessidades comerciais e legais (BHS, 2020).

Como prática recomendada, devem usar políticas de armazenamento que identifiquem instâncias de dados pessoais, excluam, criptografem e/ou movam os dados para locais mais seguros, que sejam totalmente rastreáveis (BHS, 2020).

Com a entrada em vigor da LGPD, as empresas devem garantir que os dados pessoais sejam coletados, armazenados e gerenciados de forma correta, protegendo-os do uso indevido. A não proteção desses dados, pode fazer com que fiquem expostos e sofram vazamentos, levando a empresa detentora sofrer penalizações junto a ANPD, assim

como perder sua credibilidade perante o mercado, clientes, fornecedores e colaboradores.

Dessa forma, faz-se necessário que a base de dados dos sistemas de informação estejam em consonância perante os requisitos da LGPD, pois armazena dados pessoais de clientes, fornecedores, transportadores, representantes e o acesso ao sistema dos colaboradores que o utilizam.

Ao fim do estudo, será descrito o levantamento realizado na empresa, assim como as sugestões de melhorias para os processos avaliados. Pretende-se que os pontos de avaliação aqui citados e suas melhorias possam ser considerados pelas empresas, e que sirvam de base para os estudos e empresas que buscam se adequar a LGPD dentro do mesmo contexto.

2 | REFERENCIAL TEÓRICO

Este capítulo será destinado a toda literatura envolvida no processo da análise deste estudo de caso, com uma abordagem sobre os principais conceitos da LGPD, armazenamento de dados e alguns dos principais mecanismos de proteção a base de dados, tais como criptografia, controle de acesso, auditoria de log e a segurança física da base de dados.

2.1 LGPD

A Lei nº 13.709/2018 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é uma lei federal, sancionada no governo do ex presidente Michel Temer em 2018. Foi criada com base no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dado, regulamento do direito sobre a privacidade e proteção dos dados pessoais, aplicável a todos os indivíduos na União Europeia (MACIEL, 2019).

O texto institui um marco regulatório da proteção de dados pessoais e privacidade no Brasil. No entanto, após uma série de debates no Congresso Federal, ficou determinado que as sanções administrativas e multas previstas na LGPD entraram em vigor a partir de 1º de agosto de 2021.

O Brasil possui diversas leis e diretrizes que tratam a proteção e privacidade dos dados, como o Marco Civil da Internet, Código do Consumidor, criando um cenário com diversas legislações e uma estrutura legal complexa. A LGPD substitui esse cenário complexo com muitas diretrizes, leis, e traz uma regulamentação específica para o uso, proteção e transferência de dados pessoais no Brasil. (SÁ, 2019).

Antes da implementação da LGPD no Brasil, o uso indevido dos dados não tinha uma legislação específica, sendo monitorados pelos fundamentos normativos do direito à vida e intimidade. O regulamento visa dar às pessoas maiores poderes sobre seus dados e tornar as empresas mais transparentes na forma como lidam com os dados pessoais (BHS, 2020).

De acordo com art. 1º da LGPD:

A lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

Segundo Pinheiro (2021), o espírito da lei é proteger os direitos básicos de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas físicas. Ela fornece um pré-requisito de honestidade e credibilidade para todos os tipos de processamento de dados pessoais. Agora, o processamento de informações pessoais deve estar em conformidade com uma série de aspectos, na vida do uso da informação: Usar informação dentro do ciclo que identifique ou possa identificar uma pessoa e é relevante para ela, incluindo categorias de dados sensíveis.

O art.5 da LGPD estabelece que tipos de dados são informações que identificam a identidade direta do titular ou tornam a identidade de uma pessoa natural identificável, como dados pessoais e qualquer procedimento realizado com esses dados, tais como coleta, uso, acesso, transmissão, processamento, arquivamento, armazenamento e transferência (BRASIL, 2018).

O Quadro 1 traz a definição de dado pessoal, dado pessoal sensível e dado anonimizado.

Conceito	Definição
Dado Pessoal	Qualquer dado relacionado a pessoa natural diretamente identificada ou identificável, tais como: nome, sobrenome, data de nascimento, CPF, RG, CNH, carteira de trabalho, passaporte, título de eleitor, sexo, endereço, e-mail, telefone.
Dado Pessoal Sensível	Se refere a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico. Esses dados merecem proteção mais rigorosa, com consentimento específico dos titulares de dados.
Dado Anonimizado	Qualquer dado relativo a um indivíduo que não permita ser identificado, considerando os meios técnicos disponíveis no momento do tratamento. O dado perde a possibilidade de associação direta ou indireta a um indivíduo, tal como as estatísticas sobre a idade de pessoas que compraram determinado produto.

Quadro 1 – Conceito de tipos de dados e suas definições.

Fonte: Adaptado de Donda (2020).

No art.5 da Lei nº 13.709, tem-se a definição de quem é o titular, encarregado e os agentes responsáveis pelo tratamento de dados (controlador e operador).

- Titular: Indivíduo possuidor dos dados, que são os objetos de tratamento. Em um formulário de cadastro, quando preencho meus dados pessoais para serem armazenados, mesmo em posse da empresa, eu continuo sendo o titular dos dados.

- Encarregado: Pessoa indicada pelo controlador e operador, que atua como canal de comunicação entre as partes (controlador, os titulares e a ANPD).
- Controlador: Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. O controlador possui relação direta com o titular, devendo adotar medidas de boas práticas de segurança e governança para que o tratamento de dados estejam em conformidade com as diretrizes da LGPD.
- Operador: Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

A Figura 1 relaciona cada um dos sujeitos envolvidos no tratamento de dados e o vínculo existente entre eles.



Figura 1 – Sujeitos envolvidos no tratamento de dados.

Fonte: SEBRAE (2020).

A LGPD relaciona o cumprimento de obrigações e responsabilidades ao papel exercido nas atividades de tratamento de dados. O Quadro 2 descreve algumas dessas responsabilidades, assim como o responsável por elas.

Responsável (eis)	Responsabilidade	Dispositivo (LGPD)
Controlador	Provar que houve o consentimento do titular dos dados e informar o mesmo a respeito de alterações do consentimento para tratamento de dados, com destaque de forma específica do teor das alterações, quando se tratar de mudança de finalidade, prazo, controlador e do compartilhamento dos dados.	§ 2º e § 6º do Art. 8º
	Adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados e dar acesso ao relatório de impacto à proteção de dados pessoais à ANPD, quando requerido.	§ 2º e § 3º do Art. 10
	Fornece ao titular dos dados pessoais, mediante requisição a confirmação da existência de tratamento de dados, bem como, acesso, correção e ainda a anonimização, bloqueio ou eliminação desses dados, observadas as disposições da LGPD.	Art. 18
	Elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais.	Art. 38
	Elaborar instruções para o tratamento de dados feitos por operador, observando as próprias regras e as normas sobre a matéria.	Art. 39
	Nomear o encarregado, salvo nas hipóteses de dispensa, a critério da ANPD.	Art. 41
	Comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.	Art. 48
Controlador e Operador	Adotar medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e inclusive, da eficácia dessas medidas.	Art. 6º, inciso X
	Manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem.	Art. 37
	Reparar o titular dos dados quando, em razão do tratamento de dados pessoais, causar dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, observadas as demais disposições legais.	Art. 42
	Adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações accidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.	Art. 46
	Formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.	Art. 50
Operador	Realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador.	Art. 39
Encarregado	Aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências.	Art. 41
	Receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências.	
	Orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais.	

Quadro 2 – Responsáveis e suas obrigações no tratamento de dados.

Fonte: Adaptado de Scherer (2020).

No art.6 da LGPD, se encontra dez princípios de boa-fé que se pode levar em consideração no tratamento de dados pessoais. O Quadro 3 relaciona esses princípios e suas definições (BRASIL, 2018).

Princípio	Definição
Finalidade	Propósito legítimo da coleta e do tratamento de dados informados ao titular. Para o tratamento e uso dos dados é preciso existir um motivo para aquele dado ser tratado.
Adequação	O tratamento deve ser compatível com a finalidade. Se os dados forem coletados não tiverem uma relação lógica com a finalidade, o dado não é para aquela finalidade.
Necessidade	Limitar o tratamento ao mínimo necessário. Esse princípio garante que os dados não sejam tratados de forma desnecessária.
Livre acesso	Garantir aos titulares informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento.
Qualidade de dados	Exatidão, clareza e relevância dos dados de acordo com a necessidade e para cumprir a finalidade de seu tratamento.
Transparência	Garantir aos titulares informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento.
Segurança	Adotar medidas técnicas e administrativas para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.
Prevenção	Os detentores dos dados devem tomar medidas para que nenhum dado seja acessado, alterado ou ocasionar a ocorrência de dados em virtude do tratamento realizado.
Não Discriminação	Não permitir a realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.
Responsabilização	Demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e da eficácia dessas medidas.

Quadro 3 – Princípios da LGPD e suas definições.

Fonte: Adaptado de Brasil (2018).

2.2 Armazenamento de dados

O conceito de armazenamento de dados é amplo, partindo do princípio que existem repositórios tanto físicos quanto digitais, que podem ser usados para garantir a confidencialidade, integridade e acessibilidade das informações.

Portanto, o armazenamento de dados abrange métodos e tecnologias de retenção de informações que permitem operações em todas as fases do ciclo de vida dos dados, desde o armazenamento até o descarte, tais como: bancos de dados, dispositivos de backup e armazenamento em nuvem (ROCKCONTENT, 2021).

Banco de dados é um sistema computadorizado de manutenção de registros, com a finalidade geral de armazenar informações e possibilitar as aplicações ter acesso, realizar inserções, alterações e exclusões de dados e arquivos. São compostos por um extenso volume de armazenamento e de processamento, e controlados por um Software

de Gerenciamento do Banco de Dados (SGBD) que permite criação, gerenciamento, visualização e operações por parte do usuário (DATE, 2004).

Controles de acesso são uma combinação de controles de acesso lógico, relacionados a sistemas de informação e controles de acesso físico, implementando uma política de segurança que determina quem pode ter acesso a cada recurso específico do sistema, e o tipo de acesso que é permitido em cada instância. Segundo Donda (2020), pode-se definir controle de acesso como “Prevenção do uso não autorizado de um recurso, incluindo a prevenção do uso de um recurso de maneira não autorizada”.

2.3 Acesso

Em um banco de dados, pode-se pensar em adotar uma política de controle de acesso, ditando quais tipos de acessos são permitidos e sob que circunstâncias. O Quadro 4 abaixo, descreve as principais categorias de controle de acessos utilizadas.

Categoría	Definição
Controle de acesso discricionário	Controla acesso com base na identidade do requisitante e em regras de acesso (autorizações) que declaram o que os requisitantes têm (ou não têm) permissão de fazer. Essa política é denominada discricionária porque uma entidade pode ter direitos de acesso que lhe permitem, por sua própria vontade, habilitar outra entidade a acessar algum recurso.
Controle de acesso mandatório	Controla o acesso baseado na comparação de rótulos de segurança (que indicam quão sensíveis ou críticos são os recursos do sistema) com autorizações de segurança (que indicam quais entidades do sistema têm direito de acessar certos recursos). Essa política é denominada obrigatória porque uma entidade que está autorizada a acessar um recurso não pode, apenas por sua própria vontade, habilitar outra entidade a acessar aquele recurso.
Controle de acesso baseado em papéis	Controla o acesso com base nos papéis que os usuários desempenham dentro do sistema e em regras que definem quais acessos são permitidos a usuários em determinados papéis.

Quadro 4 – Categorias de controle de acessos.

Fonte: Adaptado de Stallings; Brown (2014).

Alguns SGBDs fornecem controle sobre os direitos de acesso, que vão desde banco de dados inteiros, tabelas individuais, ou somente determinadas colunas de uma tabela. Essas permissões são em nível de criação, inserção, exclusão, atualização, escrita e leitura (STALLINGS; BROWN, 2014).

2.4 Criptografia

Pode-se definir criptografia como a arte ou ciência de se escrever em cifra ou em códigos, de forma a inibir qualquer acesso não autorizado a dados sigilosos, servindo como meio de manter a informação confidencial (HINTZBERGEN, 2018).

Segundo STALLINGS, (2010, p.18):

As mensagens originais a serem criptografadas são conhecidas por texto claro (plaintext), enquanto a mensagem codificada é chamada de texto cifrado

ciphertext). O processo de converter texto claro em cifrado é conhecido como cifragem ou criptografia, enquanto o processo inverso, que restaura o texto claro a partir do texto cifrado é a decifragem ou decriptografia.

O Quadro 5 abaixo, traz a definição de cada uma dessas categorias, suas vantagens, desvantagens e os principais algoritmos de uso.

Categoria	Definição	Vantagens	Desvantagens	Principais Algoritmos
Criptografia simétrica	Este método realiza a cifragem e decifragem de uma informação através de algoritmos que utilizam à mesma chave. Para isso, tanto o emissor quanto o receptor da mensagem devem possuir a mesma chave, pois é a única maneira de obter a confidencialidade.	O processamento necessário para a encriptação e decriptação é menor quando comparado ao da criptografia assimétrica.	Distribuição da chave secreta, que para ser segura precisa ser transmitida através de um canal de comunicação seguro e independente do destinado a comunicação sigilosa.	DES, 3DES, AES.
Criptografia assimétrica	Está pautada no conceito de par de chaves (privada e pública). Uma das chaves é utilizada para cifrar uma informação e a outra para decifrá-la. As mensagens cifradas com uma das chaves do par só podem ser decifradas com a outra chave correspondente. A chave privada deve ser mantida em sigilo, enquanto a chave pública deve ser disponibilizada para os interessados em visualizar a informação em sua íntegra.	O não compartilhamento de chaves, visto que o emissor utiliza a chave pública e o receptor a chave privada.	A utilização de algoritmos reversos para desencriptação acaba por elevar o tempo computacional dos algoritmos, requerendo alto poder computacional e tornando inviável o seu uso em uma comunicação intensa.	RSA, Diffie-Helman, DAS.

Quadro 5 – Categorias de criptografia.

Fonte: Adaptado de HINTZBERGEN (2018).

Com os dois tipos de criptografia descritos tendo suas vantagens e desvantagens, se buscou um método capaz de unir as vantagens de cada um, minimizando assim suas desvantagens. Dessa forma, foi criado um método que realiza a junção dos dois tipos de criptografia, visando compensar o problema do segredo preestabelecido da chave simétrica e o alto poder computacional necessário na chave assimétrica, conforme mostra a Figura 2.

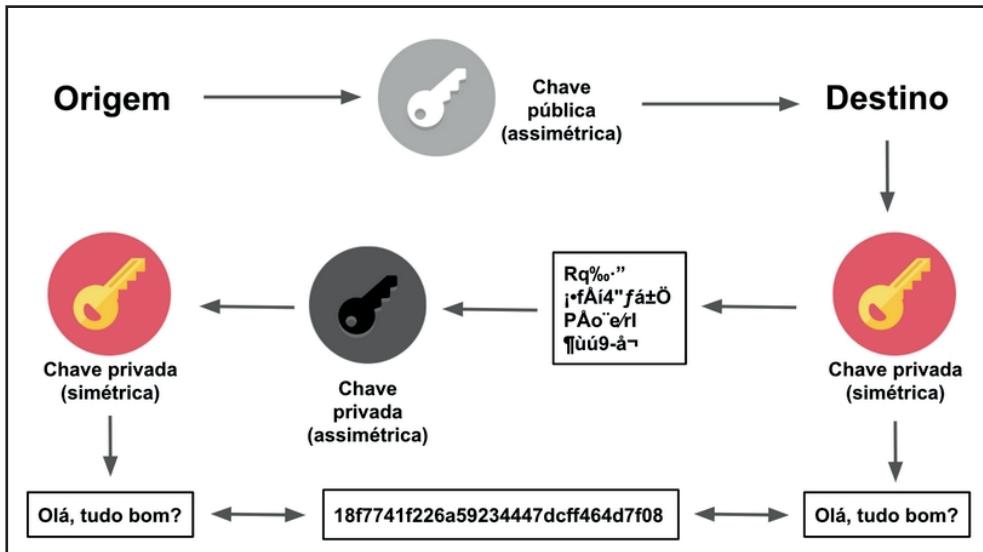


Figura 2 – Combinação de criptografia simétrica e assimétrica

Fonte: Adaptado de UNIVERSIDADE JAVA (2022).

Mesmo que a LGPD em seu texto não recomende ou mencione nada sobre a utilização e aplicação de criptografia, ela é reconhecida como um mecanismo de segurança confiável, e sua utilização é uma boa prática quando se fala em proteção de dados pessoais armazenados, tornando-se um diferencial competitivo, pois empresas que preservam a privacidade preferem negociar com organizações que se mostram atualizadas e preocupadas com a proteção de suas informações (ALMEIDA et al., 2021).

2.5 Auditoria

Pode-se definir log como registro de informações relevantes sobre diversas ocorrências e eventos realizados em um sistema, podendo ser gravado em arquivos de extensões e formatos variados (STALLINGS; BROWN, 2014).

Os bancos de dados costumam armazenar informações confidenciais ou de acesso restrito e que precisam ser mantidas consistentes e íntegras. Dessa forma, arquivos de logs, são ações fundamentais a serem consideradas na implementação de uma auditoria de segurança de banco de dados, registrando quem acessou, alterou, ou excluiu uma informação, e de que forma isso foi realizado. Com base nessa necessidade, diversos SGDBs permitem que sejam armazenadas informações das ações tomadas no sistema com base nos arquivos de log, como eventos de sistema, transações feitas no banco de dados e mudanças de privilégios de usuários (NASCIMENTO, 2011).

Pensando na LGPD, faz-se necessário que as organizações mantenham registro de suas atividades de armazenamento de dados, utilizando para isso métodos como

monitoramento e auditoria das informações pessoais. Em caso de uma ocorrência de segurança, será necessário comunicar a autoridade nacional, e a auditoria de log é um recurso que pode justamente cumprir esse papel, permitindo auditar onde a violação se originou e o que foi acessado ou alterado (DONDA, 2020).

2.6 Segurança física da base de dados

A segurança física corresponde ao uso de ferramentas e equipamentos que permitam uma forma de controle tangível (material) da informação, ou seja: câmeras de vigilância, controle de intrusão, controle de acesso ao meio físico, entre outros, sendo primordial para manter a integridade das informações (REGO, 2011).

As salas de servidores ou *datacenters* contêm equipamentos sensíveis que são vulneráveis à umidade e ao calor, e produzem seu próprio aquecimento. Para evitar isso, o ar tem que ser resfriado, através de equipamentos como ar-condicionado, e o calor produzido pelos equipamentos deve ser dissipado para fora. Também se faz necessário não dispor mais equipamentos na sala sem avaliar se a capacidade de refrigeração é o suficiente (HINTZBERGEN, 2018).

Além disso, um sistema de informação pode parar de funcionar devido a uma falha de energia. As empresas devem estar preparadas para lidar com todas essas situações, mantendo opções de contingência para atenuar essa situação e evitar que a disponibilidade dos servidores seja comprometida, tal como utilização de nobreaks e geradores de longa duração. Em uma situação mais grave, como fogo, deve-se utilizar extintores específicos para materiais elétricos e componentes, porém, as chamas, calor e fumaça podem danificar circuitos e componentes, levando a indisponibilidade do serviço e a perda de informações, caso a base de dados estiver armazenada somente em ambiente interno (HINTZBERGEN, 2018).

Pensando na LGPD, parte do art. 46 diz que se deve adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição (BRASIL, 2018). Devido aos riscos à segurança física descritos acima, medidas de segurança como disponibilizar backup da base de dados em locais externos, como em nuvem e *data warehouses*, podem ser fundamentais para manter as informações pessoais protegidas e resguardadas, mantendo a integridade e disponibilidade das informações.

3 I PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente trabalho se caracteriza como um estudo de caso, pois analisou o SGBD utilizado pelo ERP de uma empresa da região, apresentando sugestões de melhorias para os mecanismos que foram avaliados para proteção da base de dados perante a LGPD.

De acordo com GIL (2002, p. 54) o estudo de caso consiste no estudo profundo

e exaustivo de um ou pouco objetos, de maneira que permita seu amplo e detalhado conhecimento, tarefa praticamente impossível mediante outros delineamentos considerados.

Referente aos objetivos, a pesquisa é descritiva, pois descreve a realidade do estudo de caso focado dentro do cenário da empresa avaliada, relacionando a necessidade de aplicação das sugestões realizadas.

O trabalho será desenvolvido observando as seguintes etapas:

- a)levantamento bibliográfico: realizar o levantamento bibliográfico sobre a LGPD, armazenamento, base de dados e mecanismos de segurança que podem ser aplicados para proteção da base de dados;
- b)coleta de dados: elaborar e aplicar uma avaliação da situação atual dos mecanismos de segurança;
- c)apresentação: avaliar a situação atual dos mecanismos de segurança analisados, identificando e sugerindo melhorias para os pontos avaliados que não estão em consonância perante os requisitos da LGPD para proteção dos dados pessoais armazenados;

Nessa seção da pesquisa são descritos detalhadamente os passos que foram utilizados e o tratamento destinado aos dados. São detalhados os seguintes itens: abordagem e as ferramentas de coleta dos dados, o universo e a amostra da pesquisa e o tratamento dessas informações (BRASILEIRO, 2013).

3.1 Estudo de caso

Essa seção lista as questões formuladas para avaliar os mecanismos de segurança aplicados à proteção da base de dados do ERP.

Questão	Pergunta	Mecanismo de Segurança
1	Como você avalia a adequação do controle de acesso lógico empregado ao software de SGBD utilizado para acessar o banco de dados do ERP?	Controle de acesso lógico
2	Como você avalia o nível de segurança empregado para manipulação de dados do ERP via SGBD?	Controle de acesso lógico e auditoria de log
3	Como você avalia a adequação de criptografia e anonimização para proteção das colunas que armazenam dados pessoais na base de dados do ERP?	Criptografia e anonimização de colunas
4	Como você avalia a adequação de criptografia aplicada a proteção do backup da base de dados do ERP?	Criptografia de backup
5	Como você avalia a adequação de criptografia aplicada a proteção dos discos de dados do servidor de banco de dados do ERP?	Criptografia de dados em repouso
6	Como você avalia a adequação do controle de acesso ao meio físico, empregado na proteção da infraestrutura de TI, como o servidor da base de dados do ERP?	Controle de acesso ao meio físico

Quadro 6 – Questões e o mecanismo de segurança correspondente.

Fonte: Elaborado pelo Autor (2022).

Essa seção aborda a sugestão de melhoria para cada uma das análises realizadas na seção anterior (4.3.4), com objetivo de que possam atender os critérios utilizados para proteção de dados pessoais.

3.1.1 Questão 1 (Controle de acesso lógico)

O gerente de TI deve ser o único detentor do superusuário, com privilégio total de acesso a todas as operações da administração do SGBD. Recomenda-se alterar a senha utilizada para uma nova, não realizando o compartilhamento com os demais usuários.

Como sugestão, recomenda-se que seja criado um usuário no SGBD para cada um dos integrantes que necessite realizar seu uso pela ferramenta PgAdmin, com os perfis de acesso de cada usuário baseado na política de papéis que cada um exerce perante a organização.

Assim, podem ser criados usuários com perfis somente de consulta e visualização, até usuários com perfis de manipulação de dados, porém, restringindo a funcionalidade em tabelas que armazenam os dados pessoais. O SGBD suporta esses perfis e recursos, sendo de grande valia para garantir a segurança das informações armazenadas.

Nesse cenário os usuários da equipe de TI interna que fazem uso da ferramenta de administração do SGBD, e na empresa responsável pela manutenção ERP, que tem acesso a uma conexão remota, se autenticando em um servidor com acesso à ferramenta, como sugestão, poderiam ser criados grupos de usuários com níveis de acesso baseados em papéis, conforme Quadro 7.

Grupo	Quantidade	Destinatário	Nível de Acesso
Super Usuário	1	Gerente de TI	Permissão total, acesso a todos os recursos do SGBD.
Suporte	2	Analista de Suporte Suporte Empresa de ERP	Permissão para realizar consultas e visualizações.
Analista	2	Analista de TI	Permissão para realizar consultas, visualizações, manipulações e exclusões de dados, com restrição a manutenções e exclusões em tabelas que armazenam dados pessoais.
Infraestrutura	1	Analista de Infraestrutura	Permissão para realizar consultas, geração e restauração de backups e monitoramento do banco de dados e seus serviços.

Quadro 7 – Grupos de usuários e níveis de acesso.

Fonte: Elaborado pelo Autor (2022).

Em uma situação em que algum serviço de manutenção ao banco de dados tenha que ser realizado, requerendo um acesso de superusuário, como sugestão se pode adotar o procedimento do gerente de TI realizar a autenticação ao SGBD com seu usuário, conceder acesso ao responsável pela manutenção via acesso remoto e monitorar o trabalho realizado.

Os usuários e grupos devem ser criados conforme a necessidade da empresa, mas o importante é não deixar espaço para uma violação de segurança, pensando sempre em proteger os dados armazenados.

3.1.2 Questão 2 (Controle de acesso lógico e auditoria de log)

Como sugestão de melhoria aplicada a esse tópico, visando sua consonância aos princípios da LGPD, se sugere ativar a auditoria de log do SGBD para as tabelas que armazenam dados pessoais ou para o banco de dados inteiro. Esse recurso é nativo em alguns SGBDs, requerendo apenas que o DBA responsável pela base de dados do ERP faça sua instalação e configuração.

Com o recurso ativo, se a manipulação de um campo pessoal for realizado em alguma tabela, será possível resgatar o gerenciamento de auditoria do banco de dados e auditar as informações manipuladas, assim como a data, hora e o usuário que realizou as alterações.

Na questão 1, sugerimos a criação de usuários para acesso ao SGBD com base nos papéis que eles exercem dentro da empresa. Essa ação é importante, pois se tivermos apenas um usuário para todos os integrantes do departamento, caso uma manipulação de dados pessoais acontecer, não saberemos qual o usuário que realizou o procedimento, pois o gerenciamento de auditoria teria apenas o registro do superusuário. Dessa forma, vemos a importância da implementação dos dois mecanismos de segurança, visando a atuação em conjunto, onde um determina o acesso dos grupos de usuários aos recursos do SGBD, e o outro, garante que quando uma informação for alterada, se tenha a confiabilidade de saber o que efetivamente foi alterado, quem realizou as alterações e em que momento.

Essa atividade também auxilia na obtenção de relatórios de acesso, que podem ser usados junto as auditorias realizadas.

3.1.3 Questão 3 (Criptografia e anonimização de colunas)

A maioria dos SGBDs possibilitam a utilização de recursos visando realizar a proteção dos dados pessoais armazenados, seja por meios próprios, disponíveis pela própria camada do banco de dados ou aquisição de camadas terceiras que podem ser instaladas e configuradas no SGBD. Um dos recursos nativos que podem ser utilizados é a extensão SGBD, utilizada para aplicação de criptografia em determinadas colunas das tabelas que contém dados pessoais.

Esse método é assimétrico, utilizando uma chave pública para criptografar as colunas e uma chave privada para descriptografar. Após ativação da extensão no banco de dados, todo o gerenciamento dos métodos deve ser realizados pela aplicação de desenvolvimento do ERP, que deve utilizar os métodos para armazenar as informações criptografadas nas colunas com dados pessoais do banco de dados, e utilizar o método

inverso, de descriptografia para apresentar as informações legíveis aos usuários que estejam utilizando o ERP.

Com a uma terceira camadas que pode ser instalada no SGBD, é a camada anonimização do próprio SGBD, que fornece recursos para realizar a anonimização das colunas das tabelas que contém os dados pessoais, através do mascaramento das informações, por meio de técnicas como substituição, codificação parcial, embaralhamento, adição de ruído, entre outras. Sua utilização consiste na aplicação da técnica de anonimização escolhida para as colunas que se deseja mascarar as informações, especificando qual tipo de método será aplicado e para quais usuários do SGBD.

O levantamento realizado considerou as tabelas bases e seus respectivos campos, servindo para frisar a necessidade de proteção dessas informações, porém, cabe a empresa e junto com a empresa de desenvolvimento do ERP, realizar uma análise criteriosa, levantando todas as tabelas relacionadas e o recurso a ser considerado para proteção dessas informações pessoais, decidindo pela aplicação de criptografia ou anonimização, conforme nível de desempenho e segurança ao aplicar os recursos ao desenvolvimento do ERP.

3.1.4 Questão 4 (Criptografia aplicada ao backup)

O SGBD em sua forma nativa não podem não possuir uma ferramenta que permite gerar *backup* criptografado da base de dados, mas, devido a sua versatilidade permite a instalação e configuração de camadas terceiras. Após ser devidamente configurado no servidor de banco de dados, informando a senha a ser utilizada na cifração dos dados, o *backup* é gerado de forma abrangente, podendo ser completo, incremental ou diferencial, sendo criptografado pelo algoritmo simétrico AES-256 antes de ser salvo no diretório de saída configurado.

Caso o *backup* necessite ser restaurado, é necessário que se conheça a senha do algoritmo utilizado em sua cifragem, garantindo a integridade do *backup* perante um invasor que obtiver acesso não autorizado ao mesmo. Dessa forma, se garante a integridade e confidencialidade das informações armazenadas, visto que o segredo da chave será gerenciado pelo profissional responsável da empresa.

3.1.5 Questão 5 (Controle de acesso ao meio físico)

Como sugestão de melhoria para atender a situação da falta de chaveamento na porta de entrada da sala de data center, a ação mais simples a ser tomada é realizar o chaveamento manual, centralizando a chave somente a um membro do TI interno da TI, que poderia ser o analista de infraestrutura. Dessa forma já se evitaria que pessoas não autorizadas tenham acesso à sala.

Como uma sugestão mais elaborada, poderia ser implementado o controle de acesso

por uso de cartão ou biometria, sendo que somente as pessoas cadastradas poderão acessar o ambiente de infraestrutura da empresa. A vantagem dessa solução perante o controle manual é em relação a segurança e gerenciamento, visto que não se necessitaria centralizar a chave física do ambiente em um membro da equipe.

Aliada a sugestão anterior, se faz necessário manter a gravação do ambiente interno, pois possibilita que se tenha acesso as imagens e vídeos das atividades realizadas pelas pessoas autorizadas dentro do ambiente.

4 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

O objetivo deste estudo de caso foi realizar a análise da situação atual da base de dados do ERP, avaliando a consonância dos mecanismos de segurança utilizados em sua proteção, perante os requisitos da LGPD para proteção dos dados pessoais armazenados.

Na primeira etapa do estudo, foi desenvolvida a fundamentação teórica sobre os principais conceitos da LGPD, armazenamento de dados e alguns dos principais mecanismos de segurança voltados a proteção da base de dados, além da apresentação da empresa e a estrutura da base de dados do seu ERP.

Essa etapa permitiu entender a LGPD perante sua legislação, aplicabilidade, princípios e sua importância no tratamento de dados pessoais, conforme sua abordagem no ambiente em que este estudo se encontra inserido.

Na segunda etapa do estudo, foi elaborado um questionário, que compreendeu seis questões construídas para avaliar a adequação do SGBD aos mecanismos de segurança utilizados para proteção da base de dados do ERP, que foram controle de acesso lógico ao software do SGBD, auditoria de log, criptografia e segurança física do servidor. O questionário contou com três opções de resposta, com somente uma opção de escolha, divididos em Adequado, Parcialmente Adequado e Inadequado, sendo direcionado para preenchimento do gerente de TI, que responde oficialmente por todo o setor de informática da empresa, assim como o ERP e sua base de dados. Com base nas questões contidas no questionário, foram realizados o levantamento e análise individual dos mecanismos de segurança abordados dentro do cenário do SGBD.

Essa etapa mostrou que as respostas e comentários realizados pelo gerente colaboraram com a análise realizada pelo autor no estudo de caso, mostrando que existe necessidade e oportunidade de melhoria por parte da SGBD aos mecanismos de segurança avaliados, para que se tornem mais robustos e possam conferir maior capacidade de proteção as informações armazenadas na base de dados do ERP, cumprindo assim os requisitos da LGPD empregados a situação avaliada.

Na terceira etapa do estudo, foram sugeridas melhorias a serem consideradas pela empresa para atender os mecanismos de segurança avaliados na etapa anterior, que não estão em consonância com o que a LGPD requer para proteção dos dados pessoais

armazenados na base de dados do ERP.

Essa etapa mostrou que a aplicação das sugestões de melhorias abordadas são importantes para manter os dados pessoais de clientes, fornecedores, transportadores, representantes e o acesso ao sistema dos colaboradores que o utilizam o ERP adequados a LGPD. A adequação dos mecanismos de segurança abordados, se justifica pelos pontos abordados nesse projeto, da empresa transparecer para o mercado sua ética e idoneidade, sendo reconhecida como uma empresa que se preocupa em manter os dados que estão sob sua responsabilidade devidamente protegidos de qualquer vazamento, acesso, manipulação ou exposição indevida, evitando assim as sanções e multas previstas para as empresas que descumprem os princípios da lei.

Dessa forma, espera-se que esse trabalho possa mostrar para as empresas e organizações que a LGPD deve ser tratada como prioridade, pois protege seu bem mais precioso, que são os dados, o principal ativo que as empresas coletam, processam e armazenam.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das informações levantadas nesse estudo, pode-se observar a necessidade de regulamentar os dados pessoais que estão sob controle das empresas. É nesse sentido que a LGPD cumpre parte do seu papel, dispondo sobre a forma correta de realizar esse tratamento.

A lei é nova e abrangente, sofrendo adequações desde sua formulação e trazendo consigo desafios em sua implementação, porém, é importante ressaltar que suas intenções não são de atrasar ou complicar procedimentos e processos que já estão na rotina das empresas, mas sim, tornar o ambiente mais seguro e referência dentro da proteção de dados.

A proposta desse trabalho foi realizar um estudo de caso sobre a situação atual da base de dados do ERP da empresa, avaliando a consonância dos mecanismos de segurança utilizados em sua proteção, perante os requisitos da LGPD para proteção de dados pessoais armazenados. O estudo mostrou que os mecanismos de segurança empregados pela empresa para proteção da base de dados tem necessidade e oportunidade de melhoria, sendo que com a aplicação das sugestões realizadas, pode-se obter maior confidencialidade, integridade, disponibilidade e autenticidade dos dados armazenados.

Embora o estudo tenha focado em apenas uma parte da LGPD, referente aos dados pessoais armazenados pela empresa, a lei dispõe sobre qualquer operação realizada com dados pessoais, passando por coleta, produção, recepção, classificação, utilização, processamento até extração e eliminação. Dessa forma, cabe as empresas a percepção e entendimento da importância da LGPD e a necessidade de sua correta aplicação.

REFERÊNCIAS

Brasil. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm/. Acessado em: 01 mai. 2022.

BHS.[E-BOOK]. **LEI GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS: tudo o que você precisa saber.** Disponível em https://materiais.bhs.com.br/e-book-lgpd?utm_source=site&utm_medium=blog&utm_campaign=materiais/. Acessado em: 01 mai. 2022.

DATE, C.J. **Introdução a Sistemas de Banco de Dados.** 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DONDA, Daniel. **Guia prático da implementação da LGPD: tudo o que sua empresa precisa saber para estar em conformidade.** São Paulo: Labrador, 2020. 144 p.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** São Paulo: Atlas S.A, 2002.

HINTZBERGEN, Jule et al. **Fundamentos de Segurança da Informação: com base na ISO 27001 e na ISO 27002.** Rio de Janeiro: Brasporth Livros e Multimídia Ltda., 2018.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18).** Goiânia: RM Digital Education, 2019.

NASCIMENTO, Guilherme de Mattos. **AUDIOLOG: Uma ferramenta para auditoria de banco de dados.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Sistemas de Informação) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/184594/audilog%20final.pdf?sequence=-1/>. Acessado em: 01 mai. 2022.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18).** Goiânia: RM Digital Education, 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** 7. ed. Saraiva Jur, 2021.

RAPÓSO, Cláudio F L et al. **LGPD-LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO.** Disponível em: <https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/administracao/article/view/1035/802/>. Acessado em: 01 mai. 2022.

REGO, Hugo Bauer. **A importância da Segurança da Informação para os Sistemas de Automação de Unidades de Informação.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Biblioteconomia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1196/1/Hugo%20Bauer%20-%20TCC.pdf/>. Acessado em: 01 mai. 2022.

ROCKCONTENT. **O que é armazenamento de dados e qual a sua importância nas empresas.** Disponível em: <https://rockcontent.com.br/blog/o-que-e-armazenamento-de-dados/>. Acessado em: 01 mai. 2022.

SÁ, MARCELO Dias de. **Análise do Impacto da Nova Lei de Proteção de Dados Pessoais nas aplicações de Internet das coisas: Aplicações mobile do governo.** Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Informática) - Universidade Federal de Minas Gerais, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/32040/1/MarceloDiasDeSa.pdf/>. Acessado em: 01 mai. 2022.

SCHERER, João Luiz. **Tratamento de Dados em Sistemas de Informação Contábeis a partir da LEI 13.709/2018 (Lei de Proteção de Dados Pessoais): Um Estudo de Multicaso.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Contábeis) - Universidade Federal de Caxias do Sul, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/6598/TCC%20Jo%C3%A3o%20Luiz%20Scherer%20Filho.pdf?sequence=1&isAllowed=y/>>. Acessado em: 01 mai. 2022.

SEBRAE. **eBook LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados.** Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/PE/Anexos/LGPD-Connect-Sebrae.pdf/>. Acessado em: 01 mai. 2022.

STALLINGS, William. **Criptografia e segurança de redes: princípios e práticas.** 4. ed. São Paulo: PEARSON, 2010.

STALLINGS, William, BROWN, Lawrie. **Segurança de Computadores – Princípios e Práticas.** 2. ed. Elsevier, 2014.

UNIVERSIDADE JAVA. **Combinando criptografia simétrica e assimétrica.** Disponível em: <http://www.universidadejava.com.br/outros/criptografia-assimetrica/>. Acessado em: 28 mai. 2022.

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879.

A

- Acesso à informação 184, 330, 331, 332, 333, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342
Acesso à justiça 48, 49, 50, 51, 52, 64, 290
Água 97, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 170, 171
Alienação parental 317, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329
Ativismo judicial 33, 34, 37, 40, 44, 45, 46, 47

C

- Cidadania 21, 22, 39, 57, 62, 89, 90, 91, 94, 96, 97, 98, 101, 105, 106, 109, 123, 126, 129, 130, 131, 136, 137, 205, 208, 285, 331
Construção do comum 75, 76
Criminologia crítica 209, 210, 211, 212, 213, 214, 218, 222, 223, 224

D

- Democracia 1, 11, 12, 13, 14, 37, 38, 39, 40, 45, 46, 47, 53, 79, 80, 82, 85, 86, 87, 92, 117, 126, 223, 286, 331, 332, 335, 337, 341
Desconsideração da personalidade jurídica 250, 251, 253, 254, 255, 256
Dignidade da pessoa humana 4, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 125, 194, 226, 229, 247, 275, 285, 290, 291, 292
Direito ambiental 138, 139, 146, 154, 166, 173
Direito contemporâneo 66
Direito humano ao desenvolvimento 1, 2, 3, 5, 7, 8
Direito penal 139, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 150, 151, 152, 153, 154, 198, 199, 201, 204, 207, 211, 214, 216, 222, 223, 237, 238, 249, 275
Direitos sociais 40, 90, 97, 101, 103, 104, 105, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 136, 155
Diversidade 2, 8, 9, 22, 80, 110, 114, 117, 118, 120, 121, 122, 125, 126, 127, 188

E

- Educação 1, 11, 12, 13, 14, 15, 64, 66, 77, 78, 85, 88, 89, 90, 91, 96, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 117, 127, 128, 130, 132, 134, 155, 162, 167, 204, 207, 208, 225, 226, 228, 232, 236, 280, 292, 333, 362
Enfrentamento à pandemia 69, 72
Estado 1, 9, 11, 12, 13, 14, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 81, 93, 94, 95, 96, 97, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 141, 142, 144, 146, 153, 156, 160, 165, 166, 167, 168, 170, 177, 199, 206, 209,

210, 213, 215, 216, 218, 220, 221, 222, 223, 227, 229, 232, 233, 240, 243, 244, 247, 248, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 330, 332, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 362

H

Hidrelétricas 155, 156, 157, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 174

I

Indústria 181, 182, 185, 186, 189, 193, 194, 195, 217

L

LGPD 198, 205, 206, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 352, 353, 354, 356, 358, 359, 360, 361

M

Mediação 14, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 287

Medidas socioeducativas 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237

Meio rural 128, 151, 177, 179

Mercado 15, 33, 45, 71, 73, 130, 132, 164, 170, 179, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 192, 193, 195, 196, 215, 216, 217, 219, 220, 223, 256, 278, 284, 345, 359

Mercado ESG 181

Migração 6, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 32

Multiculturalismo 1, 3, 4, 8, 10

P

Pessoa com transtorno do espectro autista 108, 112, 113, 115

Pobreza 85, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 209, 210, 218, 219, 220, 222, 285

Políticas públicas 24, 25, 26, 29, 31, 33, 34, 37, 38, 39, 44, 69, 108, 112, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 155, 162, 173, 177, 178, 225, 226, 227, 236, 328, 333, 362

Preservação 8, 45, 66, 145, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 181, 188, 192, 193, 194, 238, 322, 338

Princípio da insignificância 138, 140, 141, 142, 143, 144, 150, 151, 152, 153

- Produtor rural 158, 175, 176, 177, 178, 179, 180
Provas ilícitas 238, 240, 241, 242, 245, 246, 247, 248

R

- Responsabilidade civil 1, 117, 172, 174, 258, 259, 260, 264, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 288, 292, 293, 294, 295, 297, 298, 300, 301, 302, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316

S

- SGBD 343, 350, 353, 354, 355, 356, 357, 358
Sociedade 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 23, 25, 33, 35, 39, 42, 43, 45, 46, 64, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 81, 82, 83, 87, 90, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 106, 111, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 122, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 146, 147, 150, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 187, 188, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 201, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 232, 237, 245, 246, 247, 252, 253, 255, 256, 260, 263, 265, 267, 270, 273, 276, 277, 282, 285, 287, 289, 300, 301, 305, 318, 319, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341
Sustentabilidade 7, 9, 145, 168, 176, 177, 179, 181, 187, 191, 192, 193, 194, 195, 196

Direito contemporâneo:

estado e sociedade

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉️ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- FACEBOOK www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Direito contemporâneo:

estado e sociedade

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉️ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- FACEBOOK www.facebook.com/atenaeditora.com.br