

REVISTA

Ratio Iuris

SAPIENTIA EST POTENTIA



V. 3, N. 1

E-ISSN: 2358-4351

2024



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Bibliotecário Lucimário Dias dos Santos – CRB 15/645

Revista Ratio Iuris (UFPB): Revista dos Estudantes da Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. –v. 3, n.1, (2024-), João Pessoa – PB: Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2024.
1 recurso online: I

Publicação semestral
E-ISSN: 2358- 4351
Disponível apenas online

1. Direito – periódico. 2. Mediação e Arbitragem. 3. Filosofia. 4. Resposnsabilidade Civil. 5. Direito Digital. 6. Responsabilidade Penal. 7. Direito Administrativo. 8. Direito de Família. 9. Direito Tributário. 10. Direito Animal. 11. Direito do Consumidor. 12. Direito do Trabalho. 13. Direito dos Grupos Socialmente Vulneráveis. 14. Racismo. 15.Direito Penal. 16.Direito Autoral. 17.Direitos Humanos. 18.Sociologia. 19. Direito Ambiental. I. Universidade Federal da Paraíba. II. Centro de Ciências Jurídicas.

CDU 34(05)

EDITORAS-CHEFES

Renata Araújo Maia Silva
Vitória Costa Pereira

SECRETARIA

Eduarda Vanessa da Silva
Maria Beatriz Farias Albuquerque Madruga
Maria Luiza de Carvalho Duarte Cavalcante
Maria Rita Caldas de Miranda Henriques
Mariel Alves Correia Júnior

COMISSÃO DE FLUXO EDITORIAL

Alanny Firmino Pereira	Jonathan Renauro Guedes Lucas
Ana Luiza de Souza Borges	Maria Clara Azevedo de Freitas
Áurea Beatriz Augusto Brandão	Mariah Cecílyla Alves Galvão
Danyel Anderson Rodrigues de Aguiar	Natálie Cosme de Araújo
Jefferson Oliveira da Silva Lacerda	Nayhara Maria Bezerril Guimarães

COMISSÃO DE COMUNICAÇÃO

Gustavo Vieira Morais	Mateus Pacelli Cortez Costa e Silva
Isadora Brasilino Tolentino Lemos	Milena Cristine Carneiro de Queiroz
Manuella Rangel Silva	Suênya de Lima Victor
Maria Alice Queiroga Gomes	Thalles Augusto Marques de Sant'Ana
Maria Máisa de Melo Santos	Vívia de França Mendes

CORPO DE PARECERISTAS

Adriana Goulart de Sena Orsini	Gianitalo Germani	Maíra Ribeiro de Rezende
Ana Facillia Meira dos Santos	Giscard Farias Agra	Márcia Cavalcante de Araújo
Anayara Fantinel Pedroso	Graciela Flávia Hack	Marcus Orione Correia
Andrea Paula dos Reis Oliveira	Guilherme Christen Möller	Maria Clara Farias de Lira
Arleide Meylan	Gustavo Justino de Oliveira	Marise Costa de Souza Duarte
Benilson Melo	Hioman Imperiano de Souza	Matheus Fernandes da Silva
Bruna Rabêlo Carvalho	Hudson de Oliveira Galvão	Mirelle Neme Buzalaf
Caio José Arruda de Oliveira	Ícaro Gustavo Melo	Nélia Mara Fleury
Carolina Pereira Lins Mesquita	Ivo Emanuel Dias Barros	Olívia Silva Mattos Penha
Cátia Rejane Liczbinski	Jalusa Prestes Abaide	Paulla Christianne Newton
Cláudia Luiz Lourenço	Jonabio Barbosa dos Santos	Rárisson Sampaio
Daize Wagner	José Luiz de Moura Filho	Rayane Félix Silva
Daniela Braga Paiano	Júlia Palmeira Macedo	Ricardo Tavares de Albuquerque
Dayane Lopes	Júlio Aguiar de Oliveira	Rodrigo Santos Masset Lacombe
Diego Prezzi Santos	Kristal Moreira Gouveia	Sebastião Caio dos Santos Dantas
Douglas Verbicaro Soares	Larissa Teixeira de Freitas	Silvia Helena Rigatto
Eduardo Abílio Kerber Diniz	Layde Lana Borges da Silva	Sthéfano Bruno Santos Divino
Eduardo José Carvalho Soares	Leandro Cardoso Lages	Thiago Braga Dantas
Esaú Castro de Albuquerque Melo	Lenilma Cristina Sena Meirelles	Túlio Almeida Rocha Pires
Fábio Charão Kurtz	Letícia Blank Netto	Victor Hugo de Almeida
Fernanda Martins	Lincoln Simões Fontenele	
Fernando Costa de Azevedo	Magnus Henry da Silva Marques	

SUMÁRIO

EDITORIAL - 08

Renata Araújo Maia Silva

Vitória Costa Pereira

A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO PRECOCE NA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL - 09

Ana Beatriz Medeiros Dantas

Iara de Oliveira Silva

Isaac Severino Sousa Lima

Vitoria Fernandes Pires

Iarley Pereira de Sousa

DIREITO E ECONOMIA: O USO DO *DISPUTE BOARD* COMO MITIGAÇÃO DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL DAS PPPS - 21

Lara Costa Aldeci de Oliveira

FLEXIBILIDADE E EFICIÊNCIA: A IMPORTÂNCIA DAS ETAPAS INICIAIS NA ORGANIZAÇÃO E CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL - 31

José Pedro Elpídio Nogueira

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA POSITIVA NA *OPUS THEOLOGICI* DE SANTO TOMÁS DE AQUINO - 47

Rhamon Kalliel Martins de Pontes

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR DANOS À INTEGRIDADE FÍSICA DO NASCITURO EM CASO DE ABUSO DE ÁLCOOL - 60

Renata Araújo Maia Silva

Manuella Rangel Silva

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: UMA ANÁLISE DA DIVULGAÇÃO DE PRODUTOS E JOGOS DE AZAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR - 71

Eulália Fernanda de Medeiros Sizenando

Maria Eloise Dantas de Azevedo

Saulo de Medeiros Torres

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NA DIVULGAÇÃO DE JOGOS DE AZAR - 87

Douglas Soares de Almeida

Rhuan Alves Coutinho da Silva

Sara de Lima Ferreira

PROLIFERAÇÃO DA DESINFORMAÇÃO: O IMPACTO DAS *FAKE NEWS* NA ERA DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL - 99

Sara de Lima Ferreira

O PAPEL DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA FRENTE A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO AUTORAL FOMENTADO PELAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS (IAs) - 108

Ana Laura Jales Pinheiro

Eliene Chaves Gurgel

Lusia Leite Cavalcante de Sousa

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO UM INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E COMBATE AOS MAUS-TRATOS E A EXPLORAÇÃO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS SOB A ÓTICA DA ATUAL LEGISLAÇÃO ANIMALISTA BRASILEIRA - 120

Joseane Clemente da Silva

IMPUNIDADE X IMUNIDADE: A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INSUFICIENTE COMO FORMA DE INCENTIVO AO COMETIMENTO DE CRIMES SEXUAIS EM MISSÕES DE *PEACEKEEPING* DAS NAÇÕES UNIDAS - 137

Cecília Battisti Tolotti

Joseane Mariéle Schuck

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO ANTE A AUSÊNCIA DE LEI - 147

Ana Camile Lopes Ferreira

A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ESCALONAMENTO DE PUNIÇÕES: UM PANORAMA MEDIANTE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - 161

Ismael Alves Martins

Yasmim Ramos

RETROATIVIDADE BENÉFICA DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ARE 843989 - 171

Filipe Camponez Brambilla

Raquel Nascimento de Araújo

UMA ANÁLISE SOBRE A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL E IMPLICAÇÕES NA FAMÍLIA - 195

Laryssa Dias da Costa Cardoso

Lucas Eduardo Simplício M. Silva

A NECESSIDADE DE DEFESA DA GUARDA UNILATERAL EM CONTEXTOS DE VIOLÊNCIA FAMILIAR - 208

Laryssa Sherydha Marinho Almeida Gomes

LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: REVISÃO DOUTRINÁRIA - 220

Maicon Melito de Souza

ANÁLISE DA GARANTIA AO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - 232

Lucas Eduardo Simplício M. Silva

Laryssa Dias da Costa Cardoso

Fabiana P. Carneiro Cassiano

O *SIGNALING* DO RECURSO ESPECIAL - RESP N.º 1.907.394/MT, OS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS CONTRAÍDOS POR IDOSOS, ANALFABETOS E INDÍGENAS E A INTERVENÇÃO (IN)DEVIDA NA AUTONOMIA DA VONTADE - 242

Roger Vitério Oliveira Sousa

UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 635.659 NO STF: O SUBJETIVISMO DOS CRITÉRIOS PARA A DISTINÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL NO BRASIL - 260

Christiane da Silva Souza de Oliveira

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

RELAÇÕES DE PODER EM MOÇAMBIQUE: CULTURA JURÍDICA E POLÍTICAS EDUCACIONAIS EM CRISE - 271

José Gil Vicente

FALTA DE TEMPO E O IMPEDIMENTO À ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL: A ROTINA DUPLA DE ESTUDO E TRABALHO DOS ALUNOS DA GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - CAMPUS I - 288

Caio César Batista

Emanuellen Vieira Toscano da Silva

A INVISIBILIDADE SOCIAL DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA: PESQUISA DE CAMPO E ANÁLISE DO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO - 301

Maria Antonia da Costa Cavalcanti

Maria Eduarda Sousa Ismael da Costa

Pedro Lucas Rabelo Dias Miranda

Tomás Costa Ribeiro Fonseca Clementino

ASSÉDIO MORAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TST: LIMITES ENTRE A (DES)REGULAMENTAÇÃO LEGAL E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - 315

Anderson Henrique Vieira

Bruna Érica Dantas Vieira Diógenes

Herbert Ryan Rodrigues dos Santos

Lívia Oliveira Almeida

Pedro Lucas Formiga de Almeida

DAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE TRABALHO: O TELETRABALHO E SUAS PECULIARIDADES NO MUNDO GLOBALIZADO - 332

Gustavo de Nery e Santos

Layla Fernanda de Sousa Gouveia

Mirelly Susanne de Sousa Ribeiro

Pedro Lucas Xavier Costa de Souto

Agnes Pauli Pontes de Aquino

REALIDADE CONTEMPORÂNEA DO TRABALHO ESCRAVO NO SUL DO BRASIL - 348

Beatriz Carneiro da Silva Cavalcante

Sabryna Mykaelly Assis

Willian Gabriel Reis Martins

Agnes Pauli Pontes de Aquino

A PARTICIPAÇÃO DO MOVIMENTO NEGRO NA CONSTRUÇÃO DE LEIS ANTIRRACISMO - 357

Danila Paula Nunes da Silva

O PERFILAMENTO RACIAL E A NULIDADE DE PROVAS OBTIDAS ATRAVÉS DA BUSCA PESSOAL: ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 208.240/SP - 369

Cinthy Maria Caetano Albuquerque

Rafael Silva Ripardo

IRRACIONALIDADE DA GUERRA ÀS DROGAS: ANÁLISE DA POLÍTICA PROIBICIONISTA ATUAL DO BRASIL POR MEIO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DAS QUESTÕES RACIAIS - 380

Rodrigo Coelho Braga Ferreira

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - 395

Thales Vital de Lima

Higor Israel Silva Tavares Dantas

Sabryna Mykaelly Assis

Hertz Pires Pina Junior

O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 EM COMPARAÇÃO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002 - 403

Ana Clara Trajano Bezerra
Erika Mylene dos Santos Sousa
Ana Clara Vieira Abrantes

A OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO E A REVITIMIZAÇÃO DE MULHERES TRANS: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - 414

Iara de Oliveira Silva
Ana Beatriz Medeiros Dantas
Vitória Fernandes Pires
Emília Paranhos Santos Marcelino

ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO E DO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS: RETÓRICA OU REALIDADE? - 426

Sophia Landgraf Malvezzi

A SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE O PENSAMENTO COMPLEXO SE REALIZAR NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO - 442

Lincoln Simões Fontenele

O *COMPLIANCE* JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO *GREENWASHING*: UMA ANÁLISE DA NARRATIVA DE SUSTENTABILIDADE DA BRASKEM DIANTE DO DESASTRE SOCIOAMBIENTAL EM MACEIÓ - 451

Felipe Abreu Freitas

EDITORIAL

Renata Araújo Maia Silva

Vitória Costa Pereira

Editoras-chefes da Revista Ratio Iuris

A prática das Ciências Jurídicas vai além da mera aplicação da lei. A produção acadêmica exerce um papel fundamental no preparo dos futuros profissionais. Dedicar-se à pesquisa científica na graduação é desfrutar da oportunidade de aprofundar seu conhecimento de forma analítica, de modo a contribuir pessoalmente para o avanço do estudo do Direito.

Diante disso, agradecemos ao nosso Corpo de Pareceristas pelo trabalho nesta terceira edição e parabenizamos os nossos autores por desempenharem um papel fundamental na evolução da ciência. A publicação é fruto de um trabalho em conjunto de pessoas de diversos locais do País que resultaram em trinta e cinco artigos nas mais variadas áreas do Direito.

Parabenizamos, também, nossos alunos extensionistas que integram o Corpo Editorial da Revista Ratio Iuris. O propósito da Extensão Universitária é expandir os trabalhos para além das fronteiras da Universidade, a fim de transmitir o conhecimento para a comunidade externa, buscando criar um ambiente mais propício de discussões acerca da produção científica e, assim, fortalecer os demais pilares que compõem a graduação através da educação de qualidade.

No presente ano de vigência, foi lançado o *podcast* da Ratio Iuris nas plataformas digitais. A iniciativa vinculada ao projeto, intitulada “RatioCast”, conta com a participação de professores especialistas que discutem temas de grande relevância para a produção acadêmica e para o Direito. Desse modo, a formalização na qualidade de Projeto de Extensão permite que os temas jurídico-científicos trabalhados na academia ultrapassem os muros da Universidade e se contextualizem em espaços da vida social.

O Projeto de Extensão proporcionou, ainda, o desenvolvimento de atividades e ferramentas de estímulo às perspectivas críticas do Direito pautadas na interdisciplinaridade, como o 1º Dossiê Temático Interdisciplinar de Direito do Trabalho e Psicologia sobre Saúde Mental do Trabalhador e a Aula Magna sobre Acesso à Justiça e o Sistema Multiportas, garantindo a construção de um conhecimento globalizante, rompendo com as fronteiras das disciplinas e estabelecendo contato com outras áreas afins.

Após meses de dedicação, apresentamos esta nova edição certas de suas contribuições acadêmica e profissional para o mundo jurídico. Contamos com o apoio da comunidade acadêmica para darmos continuidade à democratização do conhecimento científico e manutenção de um espaço de discussões dotadas de criticidade. Desejamos que a Revista Ratio Iuris continue a prosperar e colaborar no processo de construção de sujeitos ativos e conscientes, estimulando, aperfeiçoando e democratizando a circulação de trabalhos científicos na graduação.

A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO PRECOCE NA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

THE FAMILIAR MEDIATION AS AN INSTRUMENT FOR EARLY INTERVENTION IN PARENTAL ALIENATION SYNDROME

Ana Beatriz Medeiros Dantas

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Iara de Oliveira Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Isaac Severino Sousa Lima

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Vitoria Fernandes Pires

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Iarley Pereira de Sousa

Doutor em Educação (PPGED/UFS). Mestre em Direito (PPGCJ/UFPB). Graduado em Direito (UFPB). Graduado em Psicologia (FSM). Professor da Universidade Federal de Campina Grande (CCJS/UFCG).

Resumo: Este estudo busca evidenciar a utilidade da mediação para o diagnóstico precoce da Síndrome de Alienação Parental em litígios familiares, bem como destacar os prejuízos do processo judicial às partes processuais envolvidas e o seu impacto em casos de Síndrome de Alienação Parental, por meio do método de revisão de literatura protagonizadas por juristas e psicólogos sobre o tema, devido à interdisciplinaridade presente e necessária ao tratamento deste problema de pesquisa. É possível observar que, em razão da morosidade recorrente no processo, que pode se perpetuar por, em média, 606 dias nos casos envolvendo Alienação Parental, de acordo com os dados de 2023 fornecido pelo CNJ, o genitor alienante vai tentar ao máximo atrasar ainda mais a continuidade da ação judicial para que o menor siga sob sua violência psicológica e para que o outro genitor não consiga ter um fácil acesso a esta criança, perpetuando, assim, a Alienação Parental. Concluímos que a mediação familiar é um método eficiente para que os litígios sejam resolvidos com maior celeridade e, que, em ocorrência da Síndrome de Alienação Parental, seja possível seu diagnóstico precoce pela equipe multidisciplinar, composta por profissionais das áreas jurídica, social e psicológica. Com isso, busca-se interromper esse ciclo de violência, tratar os danos já causados para que não haja maiores sequelas, proteger os direitos dessas crianças e adolescentes, e garantir uma convivência familiar saudável entre filhos e pais.

Palavras-chave: Alienação Parental. Síndrome de Alienação Parental. Mediação. Direito da Criança e do Adolescente.

Abstract: The present study aims to highlight the usefulness of mediation for the early diagnosis of Parental Alienation Syndrome in family disputes, as well as to emphasize the drawbacks of the judicial process for the procedural parties involved and its impact in cases of Parental Alienation Syndrome. This is achieved through a literature review method conducted by legal and psychological experts on the subject, given the interdisciplinary nature necessary for addressing this research problem. It can be observed that due to the recurring delays in the legal process, which can last for an average of 606 days, in cases involving Parental Alienation according to 2023 data provided by the CNJ, the alienating parent will attempt to further delay the lawsuit to keep the

minor under their psychological violence, preventing the other parent from having easy access to the child, consequently perpetuating Parental Alienation. In conclusion, family mediation is an efficient method for resolving disputes more expeditiously. In cases of Parental Alienation Syndrome, early diagnosis is possible through a multidisciplinary team comprising legal, social, and psychological professionals. With that, the goal is to interrupt this cycle of violence, address the already-caused damages to prevent further repercussions, protect the rights of these children and adolescents, and ensure a healthy family relationship between children and parents.

Keywords: Parental Alienation. Parental Alienation Syndrome. Mediation. Rights of Children and Youth.

Sumário: 1 Introdução – 2 Da Síndrome de Alienação Parental e seu diagnóstico precoce – 3 Os malefícios da morosidade do processo judicial brasileiro e a mediação familiar como alternativa – 4 A mediação como instrumento de diagnóstico e combate precoce da Síndrome de Alienação Parental – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é uma síndrome que deriva da manipulação realizada pelo genitor alienante contra seu próprio filho, com o objetivo de romper o vínculo afetivo da criança com seu outro genitor.

Essa síndrome se revela extremamente prejudicial ao desenvolvimento da criança vitimizada, visto que, quando acometido, esse menor passa a demonstrar falhas em seu desenvolvimento e construção social, para além de outros agravantes como a quebra de personalidade e transtornos comportamentais. Não obstante esses prejuízos cognitivos, crianças e adolescentes com SAP também costumam apresentar doenças psicossomáticas, como a depressão e o uso de entorpecentes, que finalizam comprometendo a formação escolar do jovem vitimizado (Bastos; Luz, 2008, p. 18, *apud* Jonas, 2017).

Nesse contexto, torna-se essencial a intervenção precoce na SAP, para que seja possível evitar maiores desgastes à saúde mental dos envolvidos e, por conseguinte, promover a superação dessa síndrome.

Adicionalmente, levando-se em conta a recorrência da SAP em litígios familiares, encara-se um problema latente: os malefícios do processo, “que frequentemente deteriora ainda mais a relação entre os genitores, revitimizando os filhos, já conflituados pela separação dos pais” (Trindade, 2012, p. 198). Outrossim, precisa-se que, no decorrer do processo, existam mecanismos para facilitar o diagnóstico precoce, o que, entretanto, revela-se desafiador justamente em razão da morosidade processual.

Assim, sendo a mediação uma alternativa às problemáticas inerentes à judicialização e um instrumento contemporâneo de combate à lentidão do processo, este artigo propõe-se a investigar a seguinte pergunta de pesquisa: “Como a mediação familiar pode auxiliar na intervenção precoce na Síndrome de Alienação Parental?”. Para a sua resposta, traçou-se como metodologia a revisão de literatura acerca do tema, utilizando-se de trabalhos acadêmicos protagonizados por juristas e psicólogos, em razão da interdisciplinaridade necessária ao tratamento desse problema de pesquisa.

Dessa forma, esse estudo se justifica pela utilidade social que envolve a problemática e o tema abordados, por conta do aumento quantitativo de casais que se encontram em processo de divórcio e, por conseguinte, dos casos de Síndrome de Alienação Parental resultantes desse quadro latente em nossa sociedade.

Por fim, o objetivo geral deste artigo é demonstrar a utilidade da mediação para o diagnóstico precoce da Síndrome de Alienação Parental, por meio do cruzamento de literaturas e entendimentos teóricos das ciências da Psicologia e do Direito. Por outro lado, são objetivos específicos destacar o que dizem as pesquisas acerca dos malefícios do processo judicial às partes processuais envolvidas e seu impacto em casos de Síndrome de Alienação Parental.

2 DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SEU DIAGNÓSTICO PRECOCE

Para o entendimento do conceito da Síndrome de Alienação Parental, é preciso, inicialmente, definir o que é e como se materializa a Alienação Parental (AP) em si, para além de sua Síndrome. Assim, conceitua-se por AP o ato de um dos genitores em incentivar o rompimento dos vínculos, maternos ou paternos, entre o outro genitor e seu filho, a partir de empreitadas para formar na criança sentimentos adversos sobre a figura alienada.

Ato contínuo, vale ressaltar o conceito legal da Alienação Parental, disposto pela Lei n.º 12.318 de 2010:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (Brasil, 2010, n.p).

Essa terminologia, entretanto, não se confunde com a SAP, visto que a síndrome, diferentemente da alienação parental, encontra-se relacionada às consequências emocionais e comportamentais dos filhos vitimizados, para além de resquícios e desconstruções na vida desses que, enquanto não tratados, perdurarão acometendo-os (Martins *et al.*, 2022; Ferreira, 2022).

Portanto, diz-se que a alienação parental acontece de forma anterior à síndrome, sendo a AP a fase em que os esforços do genitor alienante ainda não resultaram em seus objetivos, nem no desgaste da relação do genitor alienado ao filho vitimizado (Madaleno, 2019).

Complementarmente, entende-se que a Síndrome de Alienação Parental atua como um processo de vingança do genitor com a guarda do filho contra aquele que não a detém, ocorrendo essa revanche por meio do uso do próprio filho. Nesse sentido, argumenta Carvalho (2011, p. 54-55):

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um transtorno causado logo após o processo de divórcio. A partir dessa separação, um dos pais, sendo aquele que detém a guarda do menor, utiliza o momento para afastar ainda mais a criança do seu genitor, com uma série de mentiras.

Entretanto, reserva-se a ressalva de que essa construção argumentativa condiciona a SAP ao processo judicial e a um quadro de guarda unilateral, o qual não é atualmente o tipo de guarda incentivado e prioritário pelos liames do ordenamento brasileiro, tornando essa adoção doutrinária parcialmente inviabilizada.

Dessa forma, estes autores destacam que, em parâmetros atuais, a compreensão da Síndrome de Alienação Parental a posiciona como resultado até mesmo ulterior aos atos que dão, concretamente, fim aos laços conjugais, isto é, o litígio correspondente ao divórcio. Isso porque a decisão do divórcio pode decorrer de brigas e desentendimentos entre o casal e, assim, culminar na decisão de rompimento de vínculos. Com isso, instaura-se um ambiente conflituoso e materialmente propício para o início dos processos da SAP. Causas possíveis que justificam

essa argumentação seriam tanto a percepção psicológica de uma ameaça gerada pelo outro cônjuge, quanto o repúdio criado frente aos embates referidos, ambos capazes de originar esse sentimento de vingança ou mesmo de necessidade de apagar afetivamente o outro genitor da relação familiar.

Em conclusão, é pacífica a afirmativa de que a SAP se trata justamente de intentos de um dos genitores para manipular a criança alienada contra o outro e, desse modo, programar o infante ao ódio injustificado sobre o genitor alienado.

O objetivo da Síndrome é exatamente o rompimento dos vínculos afetivos entre o filho e o outro genitor, vítima do processo de alienação, instaurando-se na criança sentimentos de raiva e medo em relação ao genitor alienado. Por meio do estabelecimento desses sentimentos negativos, a criança, vítima da Síndrome de Alienação Parental, passa a rejeitar o genitor alienado, e a aproximar-se do genitor alienante (Costa, 2013).

Devido às características que não são identificáveis facilmente, traçar o diagnóstico da SAP apresenta desafios significativos. Em razão desses desafios, fica clara a importância da atuação da equipe multidisciplinar psicojurídica capacitada no acompanhamento desses filhos durante todo o processo de separação dos genitores, uma vez que é durante o litígio em que, geralmente, a síndrome se desenvolve.

Ademais, a capacitação desses profissionais é primordial nesses casos, visando evitar interpretações equivocadas dos sintomas de abuso com os da Síndrome de Alienação Parental. Trindade vai reforçar esse entendimento dizendo:

O diagnóstico da Síndrome de Alienação Parental, entretanto, somente poderá prevalecer se afastada a hipótese de qualquer tipo de abuso ou de descuido grave por parte do alienado. Qualquer tipo de abuso real exclui a Síndrome de Alienação Parental, porque torna verdadeira a imputação contra o alienado (Trindade, 2012, p. 209).

Esta equipe, constituída por psicólogos(as), assistentes sociais, psiquiatras, entre outros profissionais, atuará assim que forem observados indícios da prática de Alienação Parental (AP). Por meio de uma avaliação criteriosa e contínua, tanto com a criança ou com o adolescente, quanto com os genitores, fazendo todo o trabalho de identificação no caso concreto do contexto ao qual essa vítima está inserida. Essa abordagem incluirá a exploração das subjetividades apresentadas para além do que está inserido no processo legal, compreendendo a maneira que essa AP está sendo desenvolvida e qual o nível ela se encontra no momento do atendimento. De Azambuja diz que:

A prática indica que, diante dos primeiros sintomas apresentados pelo grupo familiar, faz-se importante uma avaliação e, se recomendado, o encaminhamento a acompanhamento por profissionais de saúde mental, evitando que os danos se alastrem e cronifiquem. Reconhecer a alienação parental através de decisão judicial contribuirá muito mais para reforçar do que para resolver a disfunção apresentada pela família (De Azambuja, 2013, p. 7).

Todo o material levantado por essa equipe é utilizado pelo(a) juiz(a) como requisito para a elaboração da sua decisão, sempre visando o bem-estar, os direitos e a segurança desses filhos alienados.

Conforme o entendimento da necessidade da proteção dessas crianças e adolescentes e a garantia do seu direito à convivência familiar foi criada a Lei n.º 12.318/2010, que versa, exclusivamente, sobre o tema. Em seu art. 6º, essa Lei vai disciplinar sobre as medidas aplicáveis contra os genitores alienantes, quando caracterizada a AP, para diminuir ou extinguir seus impactos. São elas:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente (Lei n.º 12.318/2010).

Portanto, o diagnóstico precoce da SAP é de fundamental importância para prevenir maiores sequelas emocionais e, possivelmente, físicas nessas vítimas, uma vez que, quanto maior for o tempo de abuso que esses filhos sofrerem, sem que ocorra nenhuma intervenção legal ou terapêutica em seu favor, menores são as chances de reversão desse quadro. A SAP também pode induzir esses jovens a desenvolverem padrões de comportamento similares aos que eles foram expostos, como enfatizado por De Carvalho (2014):

[...] evidente que a SAP influencia na personalidade de indivíduos que farão parte da sociedade, contrairão relações e obrigações, e construirão, muito provavelmente, suas próprias famílias, mas fortemente tendenciosos a reprisarem a alienação (De Carvalho, 2024, p. 142).

Sendo refletido sobre a urgência na interrupção deste padrão frequentemente destrutivo, que fica entendido a necessidade da existência de uma equipe multidisciplinar com uma capacitação específica para lidar com as demandas desses menores. Isso porque a equipe realiza o acompanhamento de casos de separação em que envolvam filhos, proporcionando uma maior assistência às necessidades dessas crianças e adolescentes, além de assegurar que a SAP possa ser diagnosticada e tratada com a maior rapidez e cuidado possível, garantindo a proteção da integridade física e emocional desses menores.

Se faz necessário, também, pontuar que a destruição da Síndrome de Alienação Parental não implica a quebra dos vínculos familiares entre os filhos com o genitor alienante, mas a reconstrução deles de forma mais saudável e segura (Trindade, 2012).

3 OS MALEFÍCIOS DA MOROSIDADE DO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO E A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO ALTERNATIVA

A morosidade processual, no geral, se apresenta como uma das maiores questões da justiça brasileira, tanto para os operadores de direito, que trabalham hodiernamente com os ritos processuais, quanto para a opinião popular, que sente o atendimento tardio dos seus direitos como negligência estatal.

No processo de redemocratização brasileiro, houve uma ampliação ao direito de ação, como forma de aumentar a inclusão social, levando a possibilidade de acesso à justiça para todos(as) os(as) cidadãos e cidadãs. Apesar do empenho positivo para a ampliação do acesso ao sistema judiciário, a estrutura judiciária não acompanhou o crescimento das ações (Nuss; Gianezini, 2016).

O princípio da razoável duração do processo alinhado com outros princípios processuais, como o princípio da cronologia e o princípio da efetividade, relaciona-se diretamente com o tempo, a lide necessita ser resolvida em tempo hábil para que a prestação seja de fato satisfativa. Em ações que versam sobre Direito de Família, a duração prolongada do entrave pode gerar malefícios pessoais às partes, tendo em vista a situação de estresse e aflição do litígio.

Ferreira (1997) ainda afirma que a *duração necessária* equivale à duração legal. Contu-

do, por vezes, a própria lei pode causar a morosidade, em decorrência de excessos ou formalismos desnecessários. Em outros casos, a lentidão processual também pode ser endógena ao sistema, nas rotinas e no volume de serviço dos tribunais, ou criada pelos sujeitos do processo, configurando a chamada morosidade provocada (Ferreira, 1997).

Contudo, a série histórica de decisões e sentenças por ano é ascendente, segundo os dados do CNJ, desde 2009, ano de início do relatório “Justiça em Números” feito pela instituição. A exceção é a quebra da série ascendente em 2020, pois de 2009-2019, o relatório anual que serve como parâmetro para entender a realidade do Poder Judiciário era alimentado manualmente. Desde 2020, todas as informações obtidas e os cálculos acontecem por meio da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud). Como resultado, os números levantados tornaram-se mais precisos e confiáveis.

Nos anos de 2020, 2021 e 2022, o número de decisões e processos voltaram a aumentar, respectivamente 23,9 milhões, 26,2 milhões e 29,1 milhões de sentenças e decisões de primeiro e segundo grau. Paralelamente, o número de processos em tramitação também apresentou um incremento, atingindo 77,7 milhões, 79,6 milhões e 81,4 milhões nos anos correspondentes. Além disso, o tempo médio de processo também aumentou: de 2 anos em 2020 e 2021 para 2,1 anos em 2022. Os números demonstram que apesar dos magistrados apresentarem cada vez mais decisões e julgamentos, os processos pendentes não estão diminuindo e o tempo médio do processo também demonstra um quadro moroso de resolução de demandas.

A Síndrome de Alienação Parental apresenta-se como atos de violência contra crianças que muitas vezes já estão em situação de vulnerabilidade causada por disputas judiciais, em caso de divórcio litigioso.

Diante da demora ou do silêncio do Judiciário, alguns genitores desistem do contato com seus filhos, outros passaram a cometer atos transgressores, ironicamente para manter seu direito de visitas ao filho (Souza; Araújo Taveira, 2017, p. 5).

Nesse cenário, o genitor alienador atrasa propositalmente a continuidade do processo como forma de punir o seu cônjuge, enquanto a criança permanece diante de lutas, falas e “lavagem cerebral” que a violentam psicologicamente. Nesse contexto, o próprio processo é usado como forma de violação psicológica e vingança.

Segundo o relatório do CNJ, “Justiça em Números”, as ações que versam sobre Família/Alimentos são os temas mais demandados no primeiro grau, representando 1,94% de todos os processos recebidos desse grau de jurisdição em 2023. Dessa forma, os litígios que versam sobre o direito familiar demandam celeridade, característica muitas vezes não condizente com a estrutura judiciária atual.

A mediação é uma via alternativa à disputa judicial, de forma a minimizar traumas que o processo pode oferecer, principalmente quando as vivências particulares da família são expostas ao público (Rosa, 2017).

A Lei n.º 12.318/2010 trazia, em seu artigo 9º, a possibilidade de, por iniciativa das partes ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, usar-se da mediação para resolver o litígio sobre alienação parental (Brasil, 2010). Entretanto, esse artigo foi vetado pela Presidência da República, alegando a exclusividade de eventuais medidas às autoridades, de acordo com o princípio da intervenção mínima, para proteção das crianças e dos adolescentes.

Ainda, o artigo 10º, vetado da referida Lei, dispunha acerca da imputação de sanção penal em casos de relatos falsos:

Art. 10º. O art. 236 da Seção II do Capítulo I do Título VII da Lei n.º 8.069, de 13 de

julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 236. [...]

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso ao agente indicado no *caput* ou à autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor (NR).

Por fim, Marlova Stawinski Fuga (2003) afirma que a mediação apresenta-se como uma opção viável no caso de litígios familiares, pois a resolução amigável do conflito, com a auto-composição, muda o paradigma do divórcio ou separação como uma dissolução familiar e o transforma em uma reestruturação.

4 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DIAGNÓSTICO E COMBATE PRECOCE DA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A priori, considerando a condição de pessoas humanas em evolução e suas complexidades, situam-se em condição singular e de maior fragilidade as crianças e adolescentes. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe a esse público regimes especiais para proteger o desenvolvimento das suas potencialidades de forma plena. Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente promulgado pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, é um dos dispositivos jurídicos que ampara as crianças e adolescentes preceituando:

Art. 3º **A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana**, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar **o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.**

Parágrafo único. **Os direitos enunciados nesta lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes**, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (Brasil, 1990, grifo nosso).

A norma maior do ordenamento jurídico brasileiro encaminha à sociedade e à família o dever de proteger a criança e o adolescente. Todavia, o dever de estabelecer políticas públicas é atribuído ao Estado. Portanto, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 227:

É dever da **família**, da **sociedade** e do **Estado** assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988, grifo nosso).

A instituição familiar é um vínculo social e jurídico, no qual a sociedade deposita previsibilidade de continuidade ao longo do tempo, em decorrência do fator cultural e dos laços constituídos de aspectos biológicos e/ou afetivos. Sua função é garantir a proteção dos seus integrantes, possibilitando o desenvolvimento dos filhos e a convivência harmônica entre os adultos.

Por vezes, a ruptura do vínculo afetivo da família desperta uma situação conflituosa entre os membros, fragilizando o seu dever de proteção. Nesse cenário, em alguns casos, percebe-se a existência de atos de alienação parental, quando o filho é utilizado por um dos seus genitores como instrumento para atingir o ex-cônjuge. Por outro lado, a quebra dos laços afetivos

deve se restringir somente ao casal.

O novo Código de Processo Civil (CPC) foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, mediante a promulgação da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Esse dispositivo jurídico trouxe uma valoração para os métodos alternativos de solução de controvérsias, dispondo, em seu artigo 3º, que a conciliação, a mediação e os outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A mediação confere robusta legitimidade ao fomentar o diálogo entre as partes envolvidas, o qual, por vezes, no processo judiciário, é mitigada. Contudo, conforme Neves (2024, p. 55), a mediação não deve ser confundida com a autocomposição, em razão dos seguintes motivos: a) a mediação é concentrada em dialogar sobre as causas que circundam o conflito diferindo da conciliação (autocomposição) que é centrada no conflito em si; b) diferente da conciliação (autocomposição), a mediação não impõe às partes envolvidas uma solução, apenas promove, a partir do diálogo, a busca pelas causas dos conflitos para solucionar; c) a mediação deve ser proposta em casos em que há vínculo entre as partes, se distinguindo da conciliação (autocomposição).

De modo geral, a mediação se configura como instrumento que sugere o diálogo, fundado no desejo entre as partes, em busca de solução consensual e harmônica. Outrossim, é composto por celeridade, menor custo e confidencialidade, que se afigura como um dos princípios deste instrumento. Esse procedimento de resolução de controvérsias é constituído da figura do mediador, também denominado de terceiro neutro e imparcial, o qual não detém qualquer poder decisório ou oriundo do Estado.

Com a SAP atingindo o seio familiar, sugere-se a mediação com intuito de minimizar sua ocorrência e efeitos nos comportamentos dos genitores em relação aos seus filhos. A mediação é um procedimento extrajudicial, conceituado por Dias (2015, p. 66) como “um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória aos interesses em conflito”.

Diante dessa conjuntura, a mediação familiar possibilita às famílias com adolescentes e crianças a buscarem uma solução para as causas dos conflitos que circundam a relação do núcleo familiar sugerindo aperfeiçoamento, já que as relações familiares são estruturadas por sentimentos afetivos, considerados pilares para que a relação continue estruturada e próspera. Além disso, é um instrumento de uso recomendado em lides, no qual as partes tenham vínculo anterior se adequando mais ainda aos conflitos no âmbito familiar, facilitando a reflexão e o diálogo para a harmonização do problema. Em relação a mediação familiar, pode-se destacar os seguintes objetivos:

A continuação das relações paternas, para manutenção da estabilidade e significativos relacionamentos do filho com ambos os pais; a responsabilidade conjunta nas decisões a serem tomadas em relação aos filhos; o equilíbrio entre deveres e direitos dos pais junto aos filhos; a comunicação entre os genitores para levarem adiante um projeto educativo compartilhado; a colaboração dos pais na gestão dos filhos; o clima de confiança recíproca que permite manter um nível de respeito recíproco entre os pais (Petrônio Calmon, 2007, *apud* Santos; Melo Júnior, 2011, p. 14).

Os métodos tradicionais e adversariais ao buscar a resolução de conflitos são conduzidos por operadores do Direito como preleciona o artigo 3º do CPC, porém, durante o percurso de formação acadêmica e profissional, não desenvolveram competências para lidar com lides envolvendo os aspectos da área da psicologia.

Nessa perspectiva, a mediação familiar é uma alternativa de solução de controvérsias envolvendo a intervenção do mediador para facilitar o diálogo entre os genitores a fim de esta-

belecerem um acordo. Ademais, é ideal que esse instrumento seja conduzido por uma equipe multidisciplinar composta por psicólogo, assistente social e/ou advogado, atuando com visões diversificadas e que se complementam no percurso do processo de mediação.

Vale ressaltar, conforme destacado por Muller, Beiras e Cruz (2007), que a mediação, ao utilizar-se de técnicas da psicologia, sobretudo das psicoterapias, releva a importância da escuta não nervosa, da interpretação escondida por trás do discurso e da observação da linguagem corporal. Isso ocorre porque as variáveis psicológicas do conflito no seio familiar dificultam ainda mais o processo de mediação, que envolve diversos aspectos objetivos, emocionais e inconscientes.

Quando confrontados com a identificação da SAP no núcleo familiar, é importante que a equipe multidisciplinar, composta por profissionais das áreas jurídica, social e psicológica, entrem em ação para que se promova uma intervenção adequada evitando que os danos causados se tornem irreversíveis. Assim, é fundamental que cada membro que constitui o núcleo familiar passe por uma avaliação, com objetivo de identificar o grau em que a alienação se encontra. A síndrome, quando confirmada em estágio leve, proporciona uma oportunidade significativa para mitigar os danos instaurados. Por outro lado, a intervenção se torna complexa quando aplicada em casos nos quais a síndrome atinge graus mais avançados.

A Síndrome de Alienação Parental passou a ter conteúdo jurídico em 26 de agosto de 2010, através da Lei n.º 12.318. Quando entrou em vigor no Brasil, essa legislação foi estabelecida com o objetivo de assegurar a proteção da criança e do adolescente, dispondo do conceito de alienação em seu art. 2º e delimitando formas exemplificativas de alienação parental. Além disso, a Lei autoriza o magistrado a declarar atos específicos como alienação parental ou a constatar tais práticas por meio de perícia. Esses atos podem ser realizados diretamente pelo genitor alienante ou com o auxílio de terceiros, a fim de combater a problemática e aplicar sanções ao alienador.

Nesse contexto, o referido dispositivo jurídico, representou um avanço para as vítimas da síndrome, porém, foi alvo de críticas por diversos doutrinadores em decorrência do veto presidencialista, nos artigos 9º e 10º, que institui a mediação como meio de solução para o problema. Consoante entendimento de Maria Berenice Dias (2010, p. 1):

De forma para lá de desarrazada foram vetados dois procedimentos dos mais salutares: a utilização da mediação e a penalização de quem apresenta relato falso que possa restringir a convivência do filho com o genitor. Assim a lei que vem com absoluto vanguardismo deixa de incorporar prática que tem demonstrado ser a mais adequada para resolver conflitos familiares.

Portanto, a mediação familiar composta por equipe multidisciplinar é um caminho eficiente no tratamento de conflitos familiares que envolvem a Síndrome de Alienação Parental. O referido procedimento disponibiliza vantagens para todos os envolvidos, ocorrendo em tempo adequado com intuito de evitar que os sentimentos negativos prevaleçam na relação, prejudicando a criança e/ou o adolescente. Além disso, torna um diálogo mais humanizado para ser visto apenas na ótica negativa, mas como uma oportunidade de crescimento e evolução, florescendo a compreensão dos genitores que ambos são primordiais a sua prole.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a Síndrome de Alienação Parental (SAP) ocorre quando um dos genitores induz o filho a sentir ódio contra o ex-cônjuge, utilizando o filho como instrumento de vingança.

Nesse liame, por vezes, o processo judiciário é escolhido como meio de resolução, em

decorrência da valoração da norma jurídica que ainda permeia a frente dos conflitos familiares como caminho de harmonização. Porém, a morosidade do judiciário torna-se uma via de intensificação dos sintomas da SAP, uma vez que o alienador pode utilizar-se dessa morosidade do processo judicial para atingir o outro genitor, enquanto a criança fica submetida aos atos de alienação parental. Além disso, uma ação promovida pelas partes pode resultar em uma sentença final oriunda de uma terceira pessoa (juiz(a) de direito) que não conhece as particularidades das partes envolvidas no processo.

Por outro lado, o processo de mediação familiar é um método capaz de identificar as necessidades de cada parte envolvente no conflito familiar, através de uma equipe multidisciplinar composta por psicólogo, assistente social ou advogado, permitindo que o diagnóstico e intervenção da Síndrome de Alienação Parental seja realizado precocemente, tendo em vista que, quando não tratados com antecedência, os danos às vítimas tornam-se irreversíveis. Por fim, também possibilita aos pais a oportunidade de florescer uma nova ótica em relação à importância e responsabilidade de ambos no processo de desenvolvimento físico e mental dos seus filhos.

Portanto, ao longo desse estudo, demonstrou-se que a mediação familiar tem como finalidade amenizar a ocorrência da Síndrome de Alienação Parental, diminuindo os impactos comportamentais do genitor em relação ao ex-cônjuge, e ao seu filho, que é a principal vítima. Outrossim, comprovou-se que esse método de autocomposição assegura às crianças e adolescentes, sujeitos de direitos e autônomos, o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade como preleciona o artigo 3º da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim como, confirmou que a mediação possibilita que famílias assegurem às crianças e adolescentes a dignidade, respeito, liberdade e a convivência família como preleciona o art. 127 da Constituição Federal de 1988.

O presente estudo encontra-se limitado em razão da escolha metodológica, voltada ao cruzamento de interdisciplinaridades e doutrinas. Nesse sentido, é incentivada a produção de estudos de caso, entrevistas e jurisprudências para análise prática e concreta dos ditames literários aqui abordados e verificação da literatura abstrata em meio ao universo factual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2023.

_____. **Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 19 dez. 2023.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

_____. **Lei Federal n.º 8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 dez. 2023.

CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. **A (síndrome de) alienação parental e o exercício das responsabilidades parentais**: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas do Poder Judiciário**. Disponível em: <<https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>>. Acesso em: 21 fev. 2024.

_____. **Justiça em Número 2023**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2024.

COSTA, K. A. **A síndrome de alienação parental**. 2013.93 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Pará, Campus Universitário de Marabá, Marabá, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.unifesspa.edu.br/handle/123456789/943>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

DE AZAMBUJA, Maria Regina Fay; DE BORBA TELLES, Lisieux E.; DAY, Vivian Peres. **A Alienação Parental à luz do Direito da Criança**. 2013, 07 p. Disponível em: <art4.doc (live.com)>. Acesso em: 20 dez. 2023.

DE CARVALHO, Hildemar Meneguzzi; CAMARA, Fernanda Carolina de França Barbosa. “Uni duni tê [...] O escolhido foi você”: aspectos jurídicos e psicológicos da síndrome da alienação parental. **Revista da ESMESC**, v. 21, n. 27, p. 127-154, 2014. Disponível em: <Vista do “Uni duni tê [...] O escolhido foi você”: aspectos jurídicos e psicológicos da síndrome da alienação parental (esmesec.org.br)>. Acesso em: 19 dez. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!** 2010. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/669/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+nova+lei+para+um+velho+problema%21+>>>. Acesso em: 23 dez. 2023.

_____. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 65-66.

FERREIRA, António Casimiro; PEDROSO, João. Os tempos da justiça: ensaio sobre a duração e morosidade processual. Coimbra, **Oficina do CES**, n. 99, 1997. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/10996/1/Os%20Tempos%20da%20Justiça.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

FERREIRA, Eliete da Paz. **Alienação Parental: Consequências Físicas e Emocionais no Desenvolvimento Infantil**, 2022, 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) - Centro Universitário Unirb, Alagoinhas, 2022. Disponível em: <<http://dspace.unirb.edu.br/xmlui/handle/123456789/479>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação familiar: quando chega ao fim a conjugabilidade**. Universidade de Passo Fundo, UPF Editora, 2003.

JONAS, Aline. Síndrome de alienação parental: Consequências da alienação parental no âmbito familiar e ações para minimizar os danos no desenvolvimento da criança. **Psicologia PT - O portal dos psicólogos**, Faculdade de Ensino Superior de Garça, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1143.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARTINS, Paula Bidegain *et al.* Aspectos psicológicos e jurídicos envolvidos na alienação parental: uma revisão sistemática. **Revista de Psicologia**, v. 13, n. 2, p. 26-40, 2022. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/journal/7021/702173204004/702173204004.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

NASCIMENTO, Bianca Souto do; COSTA, Rafaelle Braga Vasconcelos. Síndrome da alienação parental: o abuso psicológico resultante da implantação de falsas memórias. **Revista Direito & Dialogicidade**, v. 4, n. 2, p. 44-59, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/750>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 16^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2024, p. 1312.

NUSS, Rodrigo; GIANEZINI, Kelly. Os princípios constitucionais do direito de ação diante da morosidade processual. **HOLOS**, v. 3, p. 290-304, 2016. DOI: 10.15628/holos.2016.4063. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/4815/481554866022.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2023.

ROSA, Vanessa Norinho. **Mediação Familiar**: divórcio com responsabilidades parentais a filho, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/handle/11144/4713>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

SANTOS, Renata Sarmiento; MELO JÚNIOR, Roberto Freire. A síndrome de alienação parental e mediação familiar – do conflito ao diálogo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito UNIFACS**, Salvador, n. 128, fev. 2011. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1410>>. Acesso em: 18 dez. 2023.

SOUZA, Maria Emília Almeida; ARAÚJO TAVEIRA, Tânia Dias. A importância da celeridade em casos de alienação parental. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/142_414.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2023.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

DIREITO E ECONOMIA: O USO DO *DISPUTE BOARD* COMO MITIGAÇÃO DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL DAS PPPS

LAW AND ECONOMICS: THE USE OF DISPUTE BOARDS TO MITIGATE INFORMATIONAL ASYMMETRY IN PPPS

Lara Costa Aldeci de Oliveira

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O *dispute board*, ou comitê de disputa, é um mecanismo de solução de conflitos. Os *dispute boards* são utilizados em contratos de longo prazo para a melhor adequação de problemas inerentes a contratos contínuos. O método surge como um fator adequado a construções, a contratos de propriedade intelectual e contratos de acionistas e como um fator preventivo. Os *dispute boards* têm sido utilizados em contratos de Parceria Público-Privada em virtude do caráter contínuo dos contratos de Parceria. O presente artigo visou analisar como o *dispute board* poderá mitigar um dos maiores problemas nos contratos de parceria: a assimetria informacional. Além disso, o artigo visou analisar a sua adoção na legislação de São Paulo, assim como no Decreto do Mato Grosso do Sul. Não obstante, o presente artigo ponderou sobre a redução da assimetria informacional das PPPs no caso da Austrália. A defesa do artigo é de uma notória mitigação dos riscos, pelo uso do *dispute board*, da possível ocultação de um agente privado ou público nos contratos de parceria.

Palavras-chave: *Dispute Boards*. Parcerias Público-Privadas. Assimetria Informacional. Microeconomia.

Abstract: *The Dispute Boards, or dispute committees, constitute a conflict resolution mechanism employed in long-term contracts to address issues inherent in continuous agreements more effectively. This method proves suitable for various contexts, including construction, intellectual property contracts, and shareholder agreements, emerging as a preventive measure. Dispute Boards have found application in Public-Private Partnership (PPP) contracts due to the ongoing nature of these agreements. This article aimed to analyze how the Dispute Board could mitigate one of the major challenges in partnership contracts: informational asymmetry. Additionally, the article sought to examine the adoption of this method in the legislation of São Paulo, as well as in the decree of Mato Grosso do Sul. Moreover, the article considered the reduction of informational asymmetry in PPPs, citing the case of Australia. The article asserts a notable risk mitigation through the use of Dispute Boards, addressing the potential concealment of information by private or public agents in partnership contracts.*

Keywords: *Dispute Boards. Public-Private Partnerships. Informational Asymmetry. Microeconomics.*

Sumário: 1 Introdução – 2 O problema da assimetria informacional em PPPs – 3 O uso do *Dispute Board* como ferramenta da redução da assimetria informacional nos contratos de PPP – 4 Análise de casos nacionais e internacionais; 4.1 O *Dispute Board* na Lei n.º 16.873/18 do Município de São Paulo; 4.2 Os *Dispute Boards* e contratos de parcerias no Decreto n.º 16.247 do Estado do Mato Grosso do Sul; 4.3 O caso positivo de utilização do *Dispute Board* em PPPs na Austrália – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A Basílica da Sagrada Família – um cartão-postal de Barcelona – é famosa por um fator: não foi finalizada. Estima-se que a construção começou em 1874, pelo arquiteto Francisco de Paula Del Villar; logo após, contudo, ocorreram desavenças sobre a obra e ele desistiu, sendo substituído por Gaudí. Surgiram novas cinco gerações e mais de 140 reformas que – até o presente momento – não foram finalizadas.

Gerações passaram e os métodos de soluções de problemas jurídicos evoluíram: arbitragem, conciliação, mediação e *dispute boards*. O ponto é: talvez, se há 100 anos atrás fossem utilizados os *dispute boards*, a Sagrada Família poderia ter sido concluída em 10 ou 15 anos. O grau de promessa é proporcional à proporção de eficácia. Os “DBs” (*Dispute Boards*) surgiram para ficar.

O *dispute board* é um método alternativo – em face a Cortes Estatais – de solução de conflitos, do mesmo modo que a arbitragem, mediação e conciliação. No mesmo ensejo dos métodos adequados, o *dispute board* surge como uma solução adequada ao caso concreto. Utiliza-se, majoritariamente, o *dispute board* para a prevenção e remédio de contratos de longa duração relacionados à infraestrutura.

O *dispute board*, de acordo com a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), é um comitê de profissionais experientes e imparciais, formado no início do projeto para acompanhar o andamento da construção, incentivar a prevenção de controvérsias, auxiliar na resolução de disputas e na duração do projeto.

É possível conceituar três tipos de *dispute boards*: (i) os que emitem sugestões (DRB), (ii) os que emitem decisões vinculantes e (iii) os que combinam as duas vias (CDB). O fator de destaque, contudo, opera-se pelo caráter preventivo e pela maleabilidade do acompanhamento do contrato e das possíveis disputas.

Além disso, mesmo com contratos de *dispute board* na Administração Pública possuindo alguma restrição inerentes ao tipo contratual, ainda assim, o *dispute board* possui uma ampla flexibilidade. Augusto Barros (2019) defende:

É na vontade das partes que se encontram a base da sua legitimidade e os limites da sua atuação, sendo exatamente por ter base na vontade das partes, e não em regras estatais, que esse método permite grande flexibilidade na sua estruturação, podendo se adaptar aos mais diversos tipos de projetos em função da conveniência e criatividade das partes envolvidas (Barros, 2019, p. 72).

Nesse cenário, os contratos – administrativos – de Parceria Público-Privadas surgem. De acordo com Fernando Vernalha Guimarães (2013),

As parcerias público-privadas configuram contratos administrativos de prestação de serviços, com ou sem delegação de serviço público, podendo envolver outras atividades integradas, cuja remuneração do parceiro privado esteja composta parcial ou integralmente por contraprestação pública (pecuniária ou não), a ser provida a partir da disponibilização do serviço em condições de fruição (Vernalha, 2013, p. 19).

Os contratos de Parceria Público-Privadas podem ser relacionados com diferentes segmentos da sociedade: educação, infraestrutura, mobilidade e lazer. As PPPs são, impreterivelmente, de longo prazo. Além disso, observa-se dois tipos de parcerias: administrativas e patrocinadas. Di Pietro realiza a distinção entre as duas modalidades:

A parceria público-privada pode ter por objeto a prestação de serviço público (tal como na concessão de serviço público tradicional) ou a prestação de serviços de que

a Administração seja a usuária direta ou indireta (o que também pode corresponder a serviço público), envolvendo ou não, neste segundo caso, a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens; na primeira modalidade, tem-se a concessão patrocinada, em que a remuneração compreende tarifa do usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; na segunda modalidade, tem-se a concessão administrativa, em que a remuneração é feita exclusivamente por contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, o que aproxima essa modalidade do contrato de empreitada (Pietro, 2023, p. 347).

Os prazos mínimos de cinco e máximos de 35 anos forçam o poder público a buscar medidas condizentes com esses contratos de risco. Destaca-se: os resultados são públicos. A parceria público-privada permite o compartilhamento dos riscos entre as partes envolvidas e o agente privado torna-se um fator proeminente na gestão dos riscos. Contudo, existem diferenças informacionais entre os agentes. De acordo com Fernandez e Carraro (2011),

O descompasso no nível de conhecimento entre as partes pode ocasionar situações de oportunismo tanto por parte da empresa privada devido a sua experiência de mercado quanto pelo governo pela compreensão da máquina pública. Ambos podem utilizar-se destes fatores para adquirirem vantagens e pleitear por futuras renegociações contratuais (Fernandez; Carraro, 2011, p. 3).

Com a problemática em voga, é necessário um amplo debate sobre a correlação do *Dispute Board* e da Parceria Pública-Privada, especificamente, nesse sentido, em que medidas o método poderá ser uma solução para o problema da assimetria informacional nos contratos de parceria.

Desse modo, o artigo visa demonstrar como sua utilização poderá solucionar um antigo problema na relação de contratos de parceria: a assimetria. Discorre-se, inicialmente, pela identificação do problema, apontando o motivo da falha econômica ser um relevante óbice à relação do agente público e privado.

Logo após, será ponderado o uso do mecanismo como forma de solução do problema inicial. Assim, verifica-se nos capítulos posteriores a análise da legislação internacional e nacional do uso dos *Dispute Boards* em contratos de parcerias.

Em suma, o intuito do presente artigo evidencia-se na utilização do método como forma de solucionar a relação de disparidade entre o ente público e privado. Dessa forma, a relação de Direito e Economia será colocada em voga no presente artigo.

2 O PROBLEMA DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL EM PPPs

A assimetria de informação é uma das falhas de mercado. Mankiw define a assimetria de informação como a ocultação de uma informação em uma relação de dois agentes. Assim, a parte que não tem conhecimento gostaria de ter as informações relevantes, mas a parte informada pode ter um incentivo para ocultá-las (Mankiw, 2019, p. 365).

Um dos exemplos da assimetria informacional, no âmbito dos contratos, é a de sociedade emissora de título, como exposto a seguir.

De regra os administradores são mais bem informados que os investidores do valor do ativo da sociedade, do rendimento esperado dos investimentos projetados, assim como de sua honestidade e competência. Em função de tais assimetrias informacionais, os investidores enfrentam dificuldades para avaliar a qualidade da sociedade emissora (Mackaay; Rousseau, 2015, p. 576).

Assim, a assimetria informacional é utilizada como um poder unilateral de obter vantagens pela ocultação. A repercussão da falha de mercado opera-se em diferentes níveis no âmbito do Direito: contratos entre agentes privados, contratos empresariais e administrativos.

Um dos efeitos da assimetria de informação relaciona-se com o risco moral e seleção adversa. O risco moral é o problema inerente à quando um outro agente realiza a tarefa em nome de outra pessoa (Mankiw, 2019, p. 365). No caso da seleção adversa, a assimetria informacional opera sobre o risco de comprar um produto de baixa qualidade (Mankiw, 2019, p. 366). O risco moral e a seleção adversa sempre advém da ocultação de informações que serão descobertas *a posteriori*.

Os problemas relacionados às Parcerias Público-Privadas demonstram-se como inerentes a uma relação entre agentes públicos e privados. O problema opera-se em ambos os lados; de um lado há a possibilidade de ocultação dos agentes públicos, por outro lado, por agentes privados. Desse modo, tanto o risco moral – quando o agente público representa interesses diversos ao do agente privado –, quanto a seleção adversa – quando o agente privado oculta a verdadeira *expertise* da empresa no contrato de parceria – são evidentes contingências às parcerias.

Nesse sentido, no tocante à eficiência dos processos do agente privado, os agentes governamentais são prejudicados. Apenas os agentes privados possuem conhecimento de fatores internos à empresa: custos, métricas e resultados. A modificação dos valores poderá ser um fator na modificação da empresa.

Além disso, os entes privados possuem um maior conhecimento sobre os riscos. Rene Albertus (2019) argumenta que isso possibilita uma maior capacidade de barganha. Na mesma forma, utiliza-se a ocultação para possibilitar redesenhar o contrato de acordo com riscos equivocados – de maneira intencional. A base principiológica de busca pelo lucro deve ser pensada como um critério de risco pelo conflito de interesse inerentes aos dois agentes. Por um lado, o interesse público e, por outro, o lucro.

Contudo, mesmo os agentes públicos possuindo, *a priori*, a intencionalidade de primazia do caráter coletivo, problemas são patentes. No caso dos agentes públicos, a assimetria informacional opera-se por um fator político: a utilização de informações privilegiadas pelo governo. Como exemplo da situação, observa-se a retenção de informação pelo poder público de que reajustes devem, inevitavelmente, ser executados e, ao mesmo tempo, publicizar esses reajustes de contratos em nome do “bem” da sociedade. Dessa maneira, identificam-se algumas variáveis eleitorais e políticas que norteiam as intervenções dos gestores públicos em contratos de PPPs.

Na mesma medida, alguns outros fatores são comuns a ambos os agentes. Um dos exemplos mais evidentes – e um dos mais nocivos – é o prejuízo ao erário. Assim, é notório que os agentes podem prejudicar o erário por razões políticas ou por razões lucrativas (Albertus, 2019). Dessa forma, surge a possibilidade de um contrato de longa duração, reorganizações contratuais e uma possível inexecução do projeto proposto. A rigor, aumenta-se o prejuízo, e os resultados serão, inevitavelmente, compartilhados entre ambas as partes e pela sociedade.

O possível resultado de uma obra inacabada é um problema notório no Brasil. No caso dos contratos de Parceria Público-Privada as obras não são prejudicadas por problemas de ausência de recursos financeiros e orçamentários, mas, majoritariamente, pelo tempo. Como pontuado por Igor Gimenes (2019):

Conclui-se, assim, que diferente do que se poderia imaginar, a falta de recursos financeiros/orçamentários não é, nem de longe, a principal razão da paralisação das obras. Por outro lado, o resultado destes dois levantamentos, espaçados em mais de duas décadas, nos leva à conclusão de que a evolução legislativa e administrativa

brasileira não foi suficiente para estancar o problema, que continuou a crescer com o passar dos anos (Gimenes, 2019, p. 48).

É nesse sentido que os *dispute boards* atuam. A governança realizada pelo próprio comitê auxilia na gestão dos riscos de ocultação de informações que acarretem na prolongamento do tempo.

Os casos de utilização do *dispute board* são múltiplos. A construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves (MG), a Arena Fonte Nova (BA) e a Arena das Dunas (RN) (Gimenes, 2019, p. 49). A crescente utilização do mecanismo coloca em pauta o sucesso desse mecanismo em prevenir os riscos da assimetria informacional em contratos de parceria. Os resultados, lucros e benefícios, da mesma maneira que antes eram os prejuízos, não são apenas partilhados pelos agentes públicos e privados, mas por toda a coletividade.

3 O USO DO *DISPUTE BOARD* COMO FERRAMENTA DA REDUÇÃO DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL NO CONTRATOS DE PPPs

Os *dispute boards* verificam-se como uma ferramenta de solução da assimetria informacional em um contrato de Parceria Público-Privada. A natureza preventiva do método opera sobre os possíveis problemas na ocultação de informações durante a obra. A utilização do método consegue adentrar no conceito de “justiça multiportas”, isto é, o caminho mais adequado para quando os interesses dos agentes públicos e privados divergem dos objetivos da Parceria. Augusto Barros (2019) reflete sobre o componente sociológico do *dispute board*:

A predominância da busca por soluções autocompositivas e a possibilidade de atuar de forma híbrida, emitindo também decisões heterocompositivas, o tornam um verdadeiro tribunal multiportas [...] Some-se a isso a vantagem de conhecer também o histórico do relacionamento entre as partes e o perfil dos envolvidos no dia a dia do contrato e teremos também um componente sociológico interessante na atuação de seus membros, exigindo outras habilidades pessoais importantes para o bom desempenho das funções (Barros, 2019, p. 78).

O componente sociológico de participação e intervenção surge como um interventor principal em um contrato de Parceria Público-Privada: um contrato de risco. Ademais, o longo prazo inerente aos contratos de Parceria Público-Privada reflete a intrínseca necessidade de formação de boas práticas entre os agentes públicos e privados. Revelação de informações, transparência e celeridade talvez não sejam os principais objetivos dos agentes envolvidos na Parceria, como demonstrado anteriormente. Os “DBs” surgem como forma de mitigação desses problemas. De acordo com Daniel Becker e Barros (2023),

É vantajoso que o painel esteja formado e atuante desde a assinatura do contrato e o acompanhe até o final da sua execução para que, assim, seus membros possam acompanhar o dia a dia da execução e se familiarizar com os procedimentos, práticas, aspectos técnicos, intercorrências e, também, com o perfil das equipes que participam da sua execução. Dessa maneira, permite-se uma rápida resolução do problema, uma vez que eventual “fase de conhecimento” conduzida pelo painel fica resumida e os conflitos solucionados imediatamente, evitando, como consequência, a acumulação de controvérsias (Becker; Barros, 2023).

Não obstante, Luke van Grieken e James Morgan-Payler (2012) trazem à tona o problema sociológico da ausência de comunicação como um dos principais fatores para o fracasso das

*Um conceito metafórico criado por um professor de Harvard para a utilização de métodos adequados de solução de conflitos. A metáfora é a justiça sendo aberta por diferentes portas, com cada um escolhendo a mais adequada.

PPPs.

Em nossa opinião, o grande benefício que os *Dispute Boards* (DBs) trariam aos projetos de Parcerias Público-Privadas (PPPs) é a capacidade de incentivar uma maior comunicação e comportamento colaborativo entre as partes sem alterar a alocação de riscos comerciais e a separação contratual entre elas. Aqueles que passaram por um projeto de PPP problemático certamente observaram a falta de comunicação direta e aberta entre as partes, especialmente entre a entidade estatal e a construtora. Em nossa experiência, é essa comunicação que é necessária para resolver rapidamente as questões à medida que surgem (Grieken; Morgan-Payler, 2012, tradução do autor).

Desse modo, o *dispute board* surge como principal mecanismo de mitigação da assimetria informacional em contratos de Parceria Público-Privadas. As responsabilidades contratuais tornam-se delimitadas e, na mesma medida, os meios anteriores a qualquer tentativa de benefício são dirimidos pelo acompanhamento da obra em fases de execução. Infere-se que a partir do momento que o comitê consegue visualizar o andamento da obra, a possibilidade do agente público ou privado utilizar das informações para benefício próprio é prejudicada.

4 ANÁLISE DE CASOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Diante da natureza do instituto, torna-se essencial a avaliação de casos concretos de aplicação do DB. Nas páginas subsequentes, analisar-se-ão os casos legislativos de São Paulo e Mato Grosso do Sul, assim como o caso de sucesso da aplicação do comitê de disputas em contratos de parceria na Austrália. É patente observar, de antemão, a adesão do instituto no cenário brasileiro, assim como no contexto internacional.

4.1 O DISPUTE BOARD NA LEI N.º 16.873/18 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Um dos pioneiros na inclusão do *dispute board* dentro da legislação brasileira é a Lei n.º 16.873/18 que dispõe sobre os *dispute boards* em contratos de Administração Pública. Um dos pontos notórios é a ênfase a contratos de infraestrutura. Assim, logo no artigo 6º é possível perceber: “Art. 6º O Comitê será composto por três pessoas capazes e de confiança das partes, sendo, preferencialmente, dois engenheiros e um advogado” (São Paulo, 2018).

A restrição não valoriza, nesse sentido, contratos de PPPs que não envolvam necessariamente o segmento da infraestrutura, como o de educação. Apesar disso, a lei é vanguarda na inclusão dos “DBs” como mecanismos de prevenção à assimetria de informação em contratos de parceria.

4.2 OS DISPUTE BOARDS E CONTRATOS DE PARCERIAS NO DECRETO N.º 16.247 DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

O *dispute board* foi utilizado em contratos, especificamente no âmbito dos contratos de parceria no Decreto n.º 16.247 do Estado do Mato Grosso do Sul. Observa-se, nesse sentido, que o Decreto preocupa-se em utilizar tanto o *dispute board* – e arbitragem, em último caso – como meio alternativo às soluções propiciadas pelas Cortes Estatais.

Assim, logo em seu primeiro artigo, o Decreto faz menção à necessidade de restrição dos métodos aos direitos patrimoniais disponíveis. Desse modo, aplica-se, na mesma medida, aos *dispute boards* a conhecida limitação da arbitragem: arbitrabilidade objetiva*. Contudo, a con-

*Delimitação de quais matérias efetivamente podem ser submetidas ao procedimento arbitral.

tribuição do Decreto refere-se à promoção de exemplos factuais aos contratos de parceria.

§ 1º Os meios de resolução de disputas de que trata este Decreto se restringem aos direitos patrimoniais disponíveis, tais como:

- I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria;
- II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência dos contratos de parceria;
- III - o inadimplemento de obrigações em contratos de parceria por quaisquer das partes, incluídos a incidência das suas penalidades e o seu cálculo;
- IV - a aferição dos indicadores de desempenho e a contraprestação (Mato Grosso do Sul, 2023).

A (i) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, (ii) cálculo de indenizações decorrentes de indenização ou de transferência, (iii) inadimplemento e (iv) aferição dos indicadores de desempenho. Desse modo, é possível observar que todos os exemplos citados coadunam-se com a possibilidade do *dispute board* mitigar a assimetria informacional existente nos contratos de parceria.

O capítulo III do Decreto dispõe, especificamente, sobre os “DBs”. No art. 15, o Decreto afirma a necessidade de especificação do uso do *dispute board* no edital e no contrato.

Art. 15. Os Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas, instaurados para prevenir e dirimir disputas relativas aos direitos patrimoniais disponíveis em contratos de parcerias, previstos na Lei n.º 5.829, de 2022, observarão as disposições deste Decreto e, quando cabíveis, deverão estar previstos no edital e no contrato (Mato Grosso do Sul, 2023).

O Estado de Mato Grosso do Sul é um dos expoentes na correlação dos contratos de parceria ao uso dos *dispute boards*. A gradativa utilização do mecanismo e da sua validação por um ato administrativo demonstra a relevância e eficácia do instituto. Da mesma maneira, ilustra a ampla possibilidade de mitigação dos riscos associados à assimetria da informação dos contratos de parceria.

Cumprе salientar que, apesar do enfoque do Decreto – do mesmo modo que o caso paulista – nos contratos de infraestrutura, os contratos de parcerias, por exemplo, abarcam diferentes segmentos da sociedade. Contudo, a adoção do método em regiões diferentes do eixo Sul-Sudeste demonstra a sua crescente utilização como solução aos contratos de longo prazo.

4.3 O CASO POSITIVO DE UTILIZAÇÃO DO DISPUTE BOARD EM PPPS NA AUSTRÁLIA

O *Dispute Resolution Board Foundation* comenta a situação positiva na Austrália pela preferência da utilização de DBs em contratos de parceria. O DRBF (2019) afirma que:

Na Austrália, o número de Comitês de Resolução de Disputas (DBs) tem crescido exponencialmente desde 2005. A maioria dos principais projetos de infraestrutura pública agora inclui um processo de DB em sua estrutura contratual, incluindo vários contratos significativos de Parceria Público-Privada (PPP). A Austrália também tem liderado uma tendência longe do papel tradicional de resolução de disputas para uma forma mais proativa de DB, onde o papel principal é evitar conflitos (DRFB, 2019, tradução do autor).

Uma das principais lições pelo caso de sucesso na Austrália é a própria forma como o país utiliza o *dispute board*: um mecanismo de prevenção de disputas. É possível, ao se analisar pela experiência do país que, apesar das controvérsias financeiras do uso da modalidade perma-

nente do *dispute board* na execução do contrato, o uso contínuo e preventivo possui resultados positivos. Principalmente no tocante aos contratos de parceria, o risco é alto e probabilidade de falha na entrega e performance também.

Exemplos de *dispute boards* com resultados positivos na Austrália são: *Sydney Desalination Plant*, *Adelaide Desalination Plant*, e *North-West Rail Link/Sydney Metro OTS Project* (Stephenson, 2021). Todos os projetos citados mantiveram os prazos das PPPs e não ultrapassaram o orçamento. Além disso, os projetos australianos demonstraram empiricamente o potencial benéfico de uso do método em contratos de parceria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De maneira conclusiva, argumenta-se que os *dispute boards* sucedem como remédios para diversos contratos de longo prazo: contratos de tecnologia, *turn-key*, contratos administrativos. Especificamente no âmbito das Parcerias Público-Privada, os *dispute boards* manifestam-se como um mecanismo de mitigação de assimetria do agente privado ao público.

É possível observar que os riscos envolvem os dois agentes, sendo, com isso, ambos fatores de riscos para a plena execução do contrato. Assim, se os dois agentes possuem fatores de risco, entende-se que a utilização do DB torna-se fulcral para as duas partes nos contratos de PPPs.

A utilização do método, por sua vez, permite uma avaliação periódica de cronogramas, custos e propõe resoluções no âmbito da duração da obra. Os contratos de PPPs, que possuem duração de cinco e máximo de 35 anos, constituem um dos principais exemplos de contratos de longo prazo e possuem caráter – notoriamente – imprescindível ao desenvolvimento de um país.

Além disso, na análise do caso positivo australiano na aplicação contínua do *dispute board* em contratos de parceria, foi possível observar a importância para a consecução dos objetivos estabelecidos pelos agentes públicos e privados e para a redução da assimetria informacional entre ambos. O “problema sociológico” da ausência de comunicação é mitigado pelo estímulo fornecido pelo *dispute board*, assim como a verificação de cronograma e orçamento são fatores ponderados pelo mecanismo.

A utilização sistemática de um comitê de disputas desdobra-se em consequências positivas a toda sociedade, uma vez que os impactos dos contratos públicos e, principalmente, do objeto escolhido nas parcerias são temas de grande relevância social. Nesse cenário, educação, transporte, lazer e infraestrutura terão a sua execução realizada de maneira eficiente, sem prejuízo ao erário e com impactos sociais positivos.

No caso brasileiro, é possível observar uma maior receptividade dos *dispute boards* em leis, assim como em atos administrativos, como no decreto do Mato Grosso do Sul. A adesão ao método surge como um remédio para a ineficácia na gestão de tempo dos contratos de parcerias, assim como a intenção de agentes privados públicos de obtenção de vantagens eleitorais, políticas e financeiras.

Com o início da inclusão em leis, inicia-se uma nova fase no contexto brasileiro em contratos de parceria de resolutividade e *accountability*. Torna-se essencial o seu uso para o desenvolvimento sustentável de uma sociedade, assim como para cumprimento do objetivo de uma Administração Pública fundamentada em parâmetros de ampla eficácia, como os DBs.

Contudo, apesar dos avanços, ainda faz-se necessário a elaboração de leis sobre a utilização dos DBs em contratos de parceria. Por óbvio, não assume-se que a solução central seria a elaboração de novas leis, mas com a inclusão no escopo legislativo, defende-se que há – indiscutivelmente – a propagação do método.

A prospecção é de aumento de pesquisas e análises sobre assunto, assim como o maior

aprofundamento sobre as particularidades do caso concreto. No âmbito da Parceria Público-Privada a sua adesão no modelo contratual, mostra-se, hodiernamente, como imprescindível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTUS, Rene. The impact of information asymmetry on public-private partnership contracts: Theoretical approaches. **African Journal of Business Management**, South Africa, v. 13, nº 17, p. 579-587, nov. 2019.

BECKER, Daniel; FIGUEIREDO, Augusto Barros de. Mitigação de riscos em contratos de implementação de tecnologia. **Conjur**, Ago. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-ago-19/becker-figueiredo-contratos-implementacao-tecnologia/>>. Acesso em: 1 jan. 2024.

DOMINGUES, Igor Gimenes A. **Comitês de Resolução de Disputas (*dispute boards*) nos Contratos da Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2022, 144 p.

DRBF - DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. **Dispute Board Manual: A Guide to Best Practices and Procedures**. Charlotte, North Carolina USA: SPARK Publications, 2019.

FERNANDEZ, Rodrigo Nobre; BALBINOTTO NETO, Giacomo; CARRARO, André; SILVA, Rodrigo Vaz. Uma abordagem de Law & Economics para as Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 5, nº 2, p. 205-219, jul-dez. 2014.

_____; CARRARO, André. **A teoria econômica das parcerias público-privadas: Uma análise microeconômica**. 2017, 83 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós Graduação em Organizações de Mercado - Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2011.

GRIEKEN, Luke van; PAYLER-MORGAN, James. Using dispute boards on PPPs. **Lexology**, Austrália, Out. 2012. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b-549c00a-e6b6-4821-818d-f3f29ad6f243>>. Acesso em: 1 jan. 2024.

GUIMARÃES, Fernando V. **Parceria público-privada**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 471 p.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, 780 p.

MANKIW, N. G. **Princípios de microeconomia**. Tradução: Priscilla Rodrigues da Silva e Lopes. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2021, 396 p.

MATO GROSSO DO SUL. **Decreto n.º 16.247, de 7 de agosto de 2023**. Dispõe sobre a arbitragem e os Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas no âmbito dos contratos de parceria previstos na Lei n.º 5.829, de 9 de março de 2022. Diário Oficial do Estado do Mato Grosso do Sul. Campo Grande, MS, [2023]. Disponível em: <<https://www.sed.ms.gov.br/institucional/legislacao-ms/>>. Acesso em: 1 jan. 2024.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella D. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023, 1096 p.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018**. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Diário Oficial da Cidade de São Paulo. São Paulo, SP [2018]. Disponível em: <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018>>. Acesso em: 1 jan. 2024.

SILVA NETO, Augusto Barros de Figueiredo e. Os *dispute boards* no Brasil: evolução histórica, a prática e perspectivas futuras. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 69-95, jul./dez., 2019.

STEPHENSON, Daniel. Time for Australia to embrace Dispute Resolution Boards? **Corrs Chambers Westgarth**, jun. 2022. Disponível em: <<https://www.corrs.com.au/insights/time-for-australia-to-embrace-dispute-resolution-boards/>>. Acesso em: 1 jan. 2024.

FLEXIBILIDADE E EFICIÊNCIA: A IMPORTÂNCIA DAS ETAPAS INICIAIS NA ORGANIZAÇÃO E CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

FLEXIBILITY AND EFFICIENCY: THE IMPORTANCE OF THE INITIAL STAGES IN THE ORGANIZATION AND CONDUCT OF THE ARBITRAL PROCEDURE

José Pedro Elpídio Nogueira

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Resumo: Este artigo aborda as etapas iniciais do procedimento arbitral, uma forma alternativa de solução de litígios que tem como principal vantagem a celeridade e eficiência na solução de conflitos. Para submeter suas controvérsias ao juízo arbitral, as partes envolvidas devem optar voluntariamente por essa via de resolução. Nesse sentido, a arbitragem tem como um dos seus princípios fundamentais a autonomia privada, o que permite certa liberdade na estipulação das regras aplicáveis ao procedimento. No entanto, frequentemente, enfrenta-se desafios práticos e jurídicos, como, *exempli gratia*, a correta formulação do requerimento de arbitragem e a seleção dos árbitros, que exigem soluções para aprimorar a eficiência e a colaboração no início do procedimento arbitral. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo contribuir para uma compreensão mais abrangente das etapas iniciais da arbitragem e seu impacto no desenrolar do processo, visando aumentar a eficiência e a satisfação de todas as partes envolvidas. Nesse contexto, embora não obrigatórias, as etapas iniciais do procedimento arbitral são fundamentais para o bom andamento da arbitragem, tornando-a eficiente e satisfatória para todas as partes envolvidas, com uma dinâmica mais flexível e menos burocrática que a justiça comum.

Palavras-chave: Arbitragem. Flexibilidade. Eficiência. Autonomia privada.

Abstract: *This article addresses the initial stages of the arbitral procedure, an alternative dispute resolution method that offers the main advantage of speed and efficiency in conflict resolution. In order to submit their disputes to arbitration, the involved parties must voluntarily opt for this method of resolution. In this sense, arbitration has as one of its fundamental principles the principle of party autonomy, which allows for a certain degree of freedom in stipulating the rules applicable to the procedure. However, often practical and legal challenges are encountered, such as, for example, the correct formulation of the arbitration request and the selection of arbitrators, which require solutions to enhance efficiency and collaboration at the outset of the arbitration procedure. Thus, this work aims to contribute to a comprehensive understanding of the initial stages of arbitration and their impact on the progression of the process, with the goal of increasing efficiency and satisfaction for all involved parties. In this context, although not mandatory, the initial stages of the arbitral procedure are crucial for its smooth operation, making it efficient and satisfactory for all parties involved, with a more flexible and less bureaucratic dynamic than that of common justice.*

Keywords: Arbitration. Flexibility. Efficiency. Private autonomy.

Sumário: 1 Introdução – 2 A flexibilidade do procedimento arbitral – 3 Princípios regentes da condução da arbitragem – 4 Instauração do procedimento arbitral; 4.1 Requerimento da arbitragem; 4.2 Resposta ao requerimento da arbitragem; 4.3 Nomeação dos árbitros; 4.3.1 Dos árbitros; 4.3.2 Procedimento de nomeação; 4.4 Instauração da arbitragem e a interrupção do prazo prescricional; 4.4.1 Interrupção do prazo prescricional – 5 Termo de arbitragem e elabo-

ração da ordem processual; 5.1 Cronograma de arbitragem – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma forma alternativa de solução de litígios, que tem como principal vantagem a rapidez e a eficiência na solução de conflitos. Para submeterem suas controvérsias ao juízo arbitral, as partes envolvidas devem optar, voluntariamente, por essa via de resolução. Ademais, a arbitragem tem como um dos seus princípios fundamentais a autonomia privada, que permite às partes certa liberdade na estipulação das regras que serão empregadas em determinada disputa.

O presente trabalho tem como escopo os atos iniciais do procedimento arbitral, desde o requerimento, passando pelo termo de arbitragem, até a elaboração do cronograma do procedimento, com a análise e descrição das referidas fases, com vista a sua importância para o bom funcionamento do procedimento, através de revisão de bibliografia. Isso pois, a análise pretendida será “feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de *websites*” (Fonseca, 2002, p. 32).

Dessa forma, a presente pesquisa se estruturou a partir do estudo dos diversos marcos teóricos relevantes, tendo, portanto, caráter qualitativo. Outrossim, utilizará o método jurídico-compreensivo, buscando-se a “interpretação de fenômenos por meio de procedimento analítico” (Gustin, 2020), uma vez que estes possuem uma complexidade inerente, que impede sua compreensão plena, sem a devida interpretação. Seguirá, ainda, o método dedutivo, porquanto espera-se chegar a uma conclusão acerca da imprescindibilidade das etapas iniciais do procedimento arbitral, com vistas à organização e condução da controvérsia, em reverência aos princípios condutores da arbitragem.

Nessa senda, a instauração do procedimento arbitral ocorre por meio do requerimento de arbitragem, que é a manifestação expressa da parte que deseja submeter o litígio à arbitragem. Tal documento deve conter informações básicas sobre as partes, a controvérsia objeto da arbitragem, o valor envolvido e as regras aplicáveis ao procedimento.

Ato contínuo, a parte requerida deve ser notificada e terá o prazo para apresentar sua resposta, na qual poderá concordar ou discordar da instauração da arbitragem, bem como indicar eventualmente a necessidade de ajustes no procedimento.

Uma vez acordada a instauração da arbitragem, as partes deverão indicar um ou mais árbitros para compor o tribunal arbitral, podendo fazê-lo de comum acordo ou, em caso de não o haver, cada uma das partes indicará um árbitro e estes, por sua vez, nomearão um terceiro árbitro para presidir o tribunal.

Com a nomeação dos árbitros, é elaborado o termo de arbitragem, documento que define, dentre outras questões, o objeto da disputa, o prazo para a realização da audiência e a forma de condução do procedimento arbitral.

Portanto, apesar de introdutórias, as etapas aqui abordadas são fundamentais para o andamento adequado da arbitragem, fazendo com que esta ocorra de forma eficiente e satisfatória para todas as partes envolvidas.

2 A FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

A arbitragem tem como uma de suas características mais notórias a flexibilidade procedimental, que é, inclusive, frequentemente apontada como uma de suas principais vantagens em

relação à jurisdição estatal.

Com efeito, a arbitragem decorre, essencialmente, da autonomia da vontade das partes, que gozam de liberdade para estabelecer o procedimento a ser utilizado, desde a instauração da arbitragem até a sentença.

Segundo Marcos Montoro (2010), essa flexibilidade possui dois aspectos marcantes: o primeiro deles consiste na liberdade de se disciplinar o procedimento, concedida às partes e, subsidiariamente, ao árbitro ou ao órgão arbitral. Essa é a tônica do art. 21, *caput*, da Lei n.º 9.307/96, *in verbis*:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento (Brasil, 1996).

Ou seja, as partes possuem a possibilidade de “criação – eleição, escolha – das regras procedimentais aplicáveis a uma arbitragem determinada [...] normalmente antes mesmo de instituir-se a arbitragem ou de iniciar-se o procedimento arbitral” (Montoro, 2010).

O segundo aspecto se traduz na possibilidade de adaptação, das regras eleitas anteriormente, no decorrer da arbitragem. Nesse contexto, a arbitragem já em curso pode ter suas regras procedimentais modificadas, visando a melhor regulação da questão.

Conforme explicitado, essa ampla autonomia das partes é justamente o que torna a arbitragem tão atrativa. Afinal, representa uma forma de se conferir celeridade e efetividade ao processo, a fim de que seja adaptado, ao caso concreto, às peculiaridades do litígio e ao direito material controvertido.

Assim, conforme leciona Renato Stephan Grion: “[...] de maneira geral, é possível se dizer que cada arbitragem será única, com seus prazos, tipos de provas a serem produzidas, duração, eventual bifurcação do procedimento em duas ou mais fases etc.”

Contudo, apesar de uma menor rigidez em relação à jurisdição estatal, a flexibilidade experienciada na arbitragem não significa liberdade absoluta. Não se pode ignorar, portanto, que no ordenamento jurídico brasileiro, é indispensável que as relações jurídicas sejam pensadas de modo a evitar que a satisfação pessoal gere consequências prejudiciais à organização social, devendo ser respeitados os desígnios constitucionais. Assim, de forma genérica, a autonomia privada é limitada pela incidência dos direitos fundamentais, em especial no que se refere à dignidade da pessoa humana, e pelo princípio da boa-fé, objetivando o atendimento da finalidade social dos contratos.

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, “as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional”.

Com isso, tem-se que a liberdade conferida pelo ordenamento jurídico para a elaboração do procedimento arbitral encontra limites, mormente em relação à inexistência de prejuízo e a observância do princípio da instrumentalidade das formas bem como em respeito às “normas cogentes de ordem pública e as garantias processuais constitucionais, com atenção especial para o contraditório” (Pereira, 2021).

3 PRINCÍPIOS REGENTES DA CONDUÇÃO DA ARBITRAGEM

Como se sabe, no juízo arbitral, por força da autonomia da vontade, as partes possuem liberdade para disciplinar o procedimento. No entanto, existem princípios gerais do processo que devem ser respeitados – seja qual for o procedimento adotado – visando-se a garantia de um julgamento justo. Trata-se de princípios que precisam ser observados na condução do pro-

cedimento, sob pena de nulidade, nos moldes do artigo 32, inciso VII, da Lei n.º 9.301/96.

Dessa forma, conforme estabelecido no artigo 21, § 2º, são considerados regentes da condução da arbitragem: o princípio do contraditório, o da igualdade, o da imparcialidade do árbitro e o do livre convencimento.

a) Contraditório

Inicialmente, o princípio do contraditório possui duas vertentes importantes: a informação e a possibilidade de reação. É por meio do conhecimento dos atos praticados pela parte contrária, que se torna possível a determinação da reação adequada. Conforme Luiz Scavone Jr., “o que se requer é a oportunidade para que a outra parte se manifeste, não havendo afronta ao contraditório se, a par dessa possibilidade, o contendor permanece inerte” (Scavone Junior, 2018).

Tal princípio, através desses dois aspectos, permite que, no decorrer do processo arbitral, as partes “aduzam as suas razões e produzam provas, isto é, participem do processo, de maneira a tentar convencer o julgador de seu caso” (Lamas, 2021). Exige-se, portanto, o máximo de cuidado na comunicação dos atos, posto que é necessário que se permita aos litigantes a possibilidade de influenciar as decisões que serão tomadas pelos árbitros (Scavone Junior, 2018).

Assim, de acordo com Carlos Alberto Carmona (2009), é tarefa das partes, ou dos árbitros, o estabelecimento de um procedimento capaz de garantir a manifestação recíproca acerca das provas e razões do adversário, bem como a concessão de tempo razoável para tais manifestações. Ademais, continua o ilustre doutrinador:

[...] a feição moderna do princípio do contraditório exige que o julgador - seja ele juiz togado, seja ele árbitro - não tome decisões acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada às partes a efetiva possibilidade de influir no resultado do julgamento (Scavone Junior, 2018).

Tem-se, portanto, que o tribunal arbitral não deve, sob nenhuma hipótese, causar surpresa aos litigantes, evitando, assim, decidir a questão a partir de teorias jurídicas que não foram aduzidas pelas partes, ou por elas comentadas durante o processo (Lamas, 2021).

b) Igualdade das partes

O princípio da igualdade das partes se configura na impossibilidade de se dar tratamento prioritário ou diferenciado a qualquer um dos litigantes – as oportunidades no procedimento devem contemplar ambos, ainda que não de forma idêntica. Há que se reconhecer, ainda, que nem sempre será possível obter uma igualdade material entre as partes, ainda que, aos olhos do ordenamento jurídico, estas sejam formalmente iguais.

Com efeito, é necessário notar, segundo Carmona (2009), que, no procedimento arbitral, inexistem os instrumentos de transformação da igualdade formal em igualdade material da jurisdição estatal. Isso se deve ao fato de que, na arbitragem, se presume o equilíbrio em decorrência da não obrigatoriedade do procedimento, decorrente da vontade das partes (Scavone Junior, 2018).

Nesse sentido, destaca Carlos Alberto Carmona:

[...] no processo arbitral as partes encontram-se normalmente em situação bastante equilibrada e escolhem espontaneamente o meio através do qual resolverão seu litígio; no processo estatal, ao contrário, o equilíbrio das partes não é a regra, e a participação no processo não é voluntária, mas sim obrigatória (Carmona, 2009).

Assim, ao contrário do juízo estatal, em que o Estado se faz presente visando o equilíbrio entre as partes ontologicamente desiguais, na arbitragem tal intervenção pode ser dispensada.

Portanto, no procedimento arbitral a igualdade se refere à disponibilização das mesmas oportunidades, e não na paridade de armas do processo civil. Nesse contexto, o árbitro não

possui as mesmas preocupações do juiz togado, uma vez que, ao optarem pela via arbitral, presume-se que as partes possuam pleno conhecimento de suas possibilidades.

Nesse sentido, depreende-se, ainda, que o Estado, seja por meio de autarquia ou empresas públicas, não goza das mesmas prerrogativas que poderiam ser invocadas no procedimento estatal, quando figurando como parte em procedimento arbitral.

Em apertada síntese, as partes devem ter a mesma oportunidade de indicar árbitros, de produzir provas, de expor seus argumentos e razões, sem fazer jus a privilégios ou prerrogativas.

c) Imparcialidade do árbitro

Por conseguinte, a imparcialidade do julgador é exigência intransponível na jurisdição estatal e, da mesma forma, no procedimento arbitral. Efetivamente, em qualquer processo, para que haja justiça, é necessário que se garanta a equidistância entre o julgador e os litigantes, e que este seja indiferente quanto ao resultado do processo. Assim, o artigo 14, § 1º da Lei de Arbitragem aduz: “Art. 14. [...] § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

Diante disso, a imparcialidade é vista, de forma costumeira, em uma perspectiva subjetiva, que preceitua que o julgador não está predisposto a decidir a favor ou contra uma das partes. Por seu turno, a independência “tende a ser percebida sob uma perspectiva mais objetiva, no sentido de não haver relações ou conexões entre o árbitro ou a parte e seus advogados, ou, ainda, entre o árbitro e o objeto da disputa em si” (Lamas, 2021).

Segundo Carmona (2009), a parcialidade do árbitro tem o condão de tornar inidôneo o processo, seja ele qual for. Disso decorre, continua o ilustre doutrinador: “[...] a natural preocupação do legislador em estabelecer também para o processo arbitral garantias relativas à imparcialidade do árbitro, determinando sejam afastados do exercício da função aqueles que possam estar comprometidos com interesse de parte”.

Assim, verifica-se também no procedimento arbitral, a necessidade de distanciamento entre o árbitro e as partes, devendo este não ser credor ou devedor delas e não possuir ligação ou interesses no litígio (Scavone Junior, 2018).

d) Livre convencimento do árbitro

Outrossim, no que se refere à valoração da prova, há também de ser observado o princípio do livre convencimento do árbitro. Nessa senda, o julgador não se encontra limitado à valoração de provas preconcebidas ou tarifadas (Lamas, 2021). Em síntese, conforme Carmona: “[...] a natureza das coisas e a moderna ciência processual, de fato, impõem a livre convicção do juiz, livrando-o das limitações e mistérios da prova legal, tarifada, que transforma o julgador num mero autômato”.

Contudo, o livre convencimento não significa um exercício de discricionariedade, sendo necessário que o julgador fundamente sua decisão, deixando claro os motivos que o levaram ao convencimento. Com efeito, durante o julgamento, “os árbitros podem recorrer às suas ‘máximas de experiência’, o que geralmente acontece, mas não podem julgar valendo-se de fatos que sejam de sua estrita ciência privada e não se reflitam nas alegações e provas das partes” (Lamas, 2021).

O princípio do livre convencimento não retira das partes a possibilidade de estipularem regras próprias, em sede de convenção de arbitragem, relativas ao ônus da prova, devendo o árbitro valorá-las de acordo com o que foi decidido pelos litigantes (Scavone Junior, 2018). Isso ocorre, pois, segundo Carmona:

[...] tais convenções podem, em verdade, inverter aquele que seria o ônus natural de provar (a prova incumbe a quem alega), mas não tem repercussão alguma sobre a capacidade do juiz de decidir sobre a verdade dos fatos, eis que a questão gira em tomo de regra de julgamento e não de regra de comportamento (Carmona, 2009).

Em essência, por força do princípio do livre convencimento motivado, o julgador, independentemente de quem seja – juiz ou árbitro – deve decidir com base em sua convicção acerca da verdade que puder coligar das provas produzidas.

4 INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Ainda que cada arbitragem tenha as suas próprias especificidades, com base na prática arbitral, é possível identificar algumas fases do procedimento, não previstas expressamente na lei, mas que são utilizadas comumente em diversas câmaras arbitrais, como: o requerimento de arbitragem; a Resposta ao requerimento de arbitragem; o Termo de arbitragem; dentre outros.

Tais atos, frise-se, apesar de não obrigatórios, possuem especial importância para o bom andamento e a organização do procedimento arbitral.

4.1 REQUERIMENTO DE ARBITRAGEM

Inicialmente, tem-se que a parte interessada na instituição de uma arbitragem precisa apresentar um documento, frequentemente denominado de requerimento de arbitragem, à instituição escolhida pelos contratantes, seja por compromisso arbitral ou por cláusula compromissória.

Diante disso, o requerimento de arbitragem – ou pedido de instauração de arbitragem – consiste, portanto, no documento responsável por viabilizar a instauração da arbitragem. Ora, diferentemente do juízo estatal, em que o juiz possui uma competência predeterminada e os processos são distribuídos seguindo essa lógica, na arbitragem, antes de ter-se de fato apreciada a controvérsia, é preciso constituir o tribunal arbitral. Trata-se de ato de extrema relevância, pois, sendo este o inaugural, serve para dar forma e organizar o procedimento.

Importante ressaltar que cada regulamento de arbitragem trará informações acerca daquilo que, necessariamente, deverá estar contido no requerimento de arbitragem. Desde que contemplados todos os elementos necessários – aqueles indicados no regulamento – o grau de detalhamento dos fatos e da fundamentação jurídica serão variados, a depender do caso concreto.

Embora os requisitos do requerimento de arbitragem possam variar dependendo das regras e procedimentos da instituição de arbitragem escolhida, na praxis arbitral, alguns deles são comumente encontrados nas mais diversas câmaras.

A título de exemplo, seguindo o quanto disposto no regulamento de arbitragem da UNCITRAL, artigo 3º, item 3, o requerimento deve, necessariamente, conter:

[...] a) O pedido de submissão do litígio à arbitragem; b) Os nomes e os contatos detalhados das partes; c) A convenção de arbitragem invocada; d) Identificação de qualquer contrato ou outro instrumento jurídico em relação ao qual o litígio surgiu ou com o qual este tem conexão ou, na ausência de tal contrato ou instrumento, uma breve descrição da relação controvertida; e) Uma breve descrição do pedido e, se aplicável, uma estimativa do valor em causa; f) O objeto do pedido; g) Uma proposta quanto ao número de árbitros, língua e local de arbitragem, caso as partes não tenham previamente acordado a este respeito (UNCITRAL, 2020).

Assim, tem-se que em regra, o requerimento arbitral será um documento sucinto, de poucas páginas, visto que ambas as partes terão a oportunidade de apresentar e aprofundar seus argumentos e teses oportunamente, quando da fase postulatória. Com efeito:

[...] isso ocorrerá de acordo com o cronograma do procedimento que será estabelecido juntamente com os árbitros (ou diretamente por estes, em caso de não haver acordo entre as partes). Será, portanto, apenas após o estabelecimento do cronograma que as partes apresentarão, de forma detalhada, o seu caso, com suas teses, argumentos e provas (Grion, 2021).

Tecnicamente, por força do artigo 19 da Lei n.º 9.307/96, a arbitragem é considerada instituída com a aceitação da nomeação pelo árbitro, ou árbitros. No entanto, a apresentação do requerimento de arbitragem possui efeitos jurídicos relevantes. A título de exemplo, aduz o § 2º do artigo 19 da Lei de Arbitragem, “a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição” (Brasil, 1996).

4.2 RESPOSTA AO REQUERIMENTO DE ARBITRAGEM

Em sequência, dentro do prazo estipulado pelo regulamento aplicável à arbitragem, a parte demandada poderá apresentar resposta, manifestando-se quanto ao exposto no requerimento de arbitragem. Tal resposta não possui qualquer tipo de vinculação ao conteúdo do requerimento de arbitragem que extrapole os elementos solicitados pela respectiva câmara, tendendo esta a ser genérica, devendo somente observar os requisitos exigidos pelo regulamento de arbitragem aplicável.

Nesse sentido, de acordo com o regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, *exempli gratia*, a resposta à notificação de arbitragem deve imperiosamente incluir: “a) o nome e os contatos detalhados de cada demandado; b) uma resposta às informações incluídas na notificação de arbitragem nos termos das alíneas c) a g) do n.º 3 do artigo 3º” (UNCITRAL, 2020).

No entanto, existem duas questões relevantes que podem, e devem, ser arguidas já em sede de resposta ao pedido de instauração da arbitragem, os pleitos reconventionais e as objeções quanto à validade, existência ou abrangência da convenção de arbitragem.

Com efeito, no mesmo prazo, a parte demandada, desde que se atenha àquilo previsto na convenção que deu origem ao procedimento, poderá apresentar seus pleitos contrapostos, que serão endereçados no decorrer da fase postulatória do procedimento. Ressalte-se ainda que, em certas ocasiões, “o regulamento de arbitragem estabelece um prazo específico para a apresentação da resposta correspondente aos pleitos reconventionais” (Grion, 2021).

Ademais, o artigo 20 da Lei de Arbitragem estabelece, *in verbis*:

Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem (Brasil, 1996).

Nesses termos, a primeira oportunidade de manifestação da parte requerida, quando o regulamento de arbitragem correspondente prevê essas fases, consubstancia-se na resposta ao requerimento. Com efeito, segundo Renato Grion:

[...] se a parte requerida suscitar objeções sobre a existência, a validade ou o escopo da cláusula compromissória, a própria instituição de arbitragem (anteriormente, portanto, à aceitação dos árbitros) poderá vir a ser chamada a tomar uma decisão *prima facie* sobre o assunto. Na grande maioria dos casos em que tal questão é suscitada, a instituição acaba por decidir pelo prosseguimento da arbitragem por não ter todos os elementos necessários para decidir, deixando o assunto para ser resolvido pelos árbitros oportunamente, quando então todos os elementos de prova já terão sido apresentados (Grion, 2021).

Em suma, a resposta ao requerimento de arbitragem desempenha um papel de extrema relevância no processo, permitindo à parte demandada expressar sua posição em relação às alegações apresentadas. Dentro dos parâmetros estabelecidos pelo regulamento de arbitragem aplicável, a parte requerida tem a oportunidade de apresentar não apenas uma defesa genérica, mas também pleitos reconventionais e objeções quanto à validade, existência ou abrangência da convenção de arbitragem.

Ademais, esta fase não apenas delimita o escopo da controvérsia, mas também permite que questões fundamentais, como competência, suspeição ou impedimento do árbitro, sejam levantadas conforme estabelecido pela legislação pertinente. Portanto, a resposta ao requerimento de arbitragem se consubstancia em etapa fundamental a resolução justa e eficaz de disputas, em observância aos princípios de equidade e devido processo.

4.3 NOMEAÇÃO DOS ÁRBITROS

Conforme explicitado no decorrer do presente artigo, a nomeação dos árbitros é uma etapa crucial para o procedimento arbitral, posto que dá início a este, mas também pela importância que o árbitro detém no decorrer do processo. Nessa senda, segundo Carlos Elias:

[...] as partes, por meio do exercício da autonomia privada, dão vida à arbitragem, mas é o árbitro que a põe em movimento, desenvolvendo o procedimento e sendo o responsável direto pelo ato mais importante de todo o arco processual: a sentença arbitral. Assim, não seria demasiado dizer que o árbitro ocupa o papel central na arbitragem (Elias, 2021).

Dessa forma, embora impere na arbitragem a autonomia da vontade e a liberdade das partes para criar, modificar e adaptar o procedimento, não se pode olvidar que o próprio ordenamento jurídico impõe certas limitações, em especial quanto à escolha dos árbitros. E não poderia ser diferente, como se verá a seguir, existem limitações e diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico para garantir a imparcialidade, a independência e a competência dos árbitros designados.

Desse modo, a nomeação dos árbitros não apenas representa o ponto de partida do processo, mas também sinaliza o compromisso com a integridade e a equidade do procedimento arbitral, aspectos fundamentais para a credibilidade e eficácia do sistema de resolução de disputas.

4.3.1 Dos árbitros

O artigo 13 da Lei de Arbitragem, que dá início ao capítulo III, dedicado à figura do árbitro, estabelece que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (Brasil, 1996). De forma sintética, “detém discricionariedade na indicação, limitada, tão somente, pelos dois elementos essenciais de validade do ato: capacidade e a confiança das partes” (Nanni, 2016).

Assim, conforme leciona Carlos Alberto Carmona (2009), e por decorrência lógica, a capacidade que se exige aqui é aquele preconizado no Código Civil para o exercício dos atos da vida civil. Dessa forma, não se admite a nomeação de árbitro relativa ou absolutamente incapaz, na forma dos artigos 3º e 4º do Código Civil:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos (Brasil, 2002).

Em seguida, tem-se o critério da confiança das partes, tema de especial relevo na escolha do árbitro, haja vista que sua atuação decorre de um acordo *intuitu personae*, posto que:

[...] verifica-se uma peculiaridade que lhe inscreve na categoria de um pacto de confiança, remetendo à ideia da fé que uma parte coloca em seu cocontratante, o que pode ser um critério eletivo de uma convenção. Os contratos de confiança sugerem que, concluídos em contemplação da pessoa do contratante, são estreitamente associados à realização da operação contratual desde que ele participe a bom termo de sua execução (Nanni, 2016).

Ressalte-se, ainda, que conforme Carlos Elias, “a confiança referida pela lei não irradia, isoladamente, qualquer efeito processual e não se confunde com os fundamentos para impugnação do árbitro por falta de imparcialidade” (Elias, 2021), posto que estes possuem fundamento em eventos objetivos, sendo irrelevante a confiança ou desconfiança.

Nesse sentido, estabelece o artigo 13, § 6º da Lei n.º 9.307/96, “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.” Segundo Carmona (2009), a imparcialidade é a primeira qualidade que se exige do árbitro, esperando-se que este guarde equidistância em relação às partes. Nas palavras do doutrinador, “o árbitro, da mesma forma que o juiz, coloca-se entre as partes e acima delas: esta a condição básica para que o árbitro possa exercer sua atividade, garantindo justiça para os contendentes” (Carmona, 2009).

Com efeito, a Lei de Arbitragem estabelece as hipóteses de impedimento do árbitro, equiparando-o às causas de impedimento do juiz, previstas no Código de Processo Civil, nos termos do artigo 14:

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil (Brasil, 2015).

Assim, nas palavras de Giovanni Nanni, tem-se a imparcialidade como:

[...] um mister inerente a função jurisdicional. Cuida-se de uma garantia indispensável da parte, direcionada ao julgador, que deve ser totalmente isento na atribuição de decidir. Se alguma situação comprometer a sua isenção – imparcialidade e independência –, ele não poderá julgar a causa ante sua suspeição (Nanni, 2016).

Por fim, dispõe a Lei de Arbitragem que o tribunal arbitral será composto, sempre, de um número ímpar de árbitros, nomeados pelos pares, que podem desde logo nomear seus suplentes (art. 13, § 1º, da Lei n.º 9.307/96). Ademais, em caso de escolha por mais de um árbitro, estes, por maioria, elegerão o presidente, que, na ausência de consenso será o mais idoso (art. 13, § 4º, da Lei n.º 9.307/96).

4.3.2 Do procedimento de nomeação

Em decorrência da autonomia privada, as partes no procedimento arbitral possuem li-

berdade para formação do tribunal arbitral. Nesse contexto, segundo Nanni (2016), “é comum que as partes voluntariamente estabeleçam limitações ao processo de escolha do árbitro, assim como adotem o regulamento de um centro de arbitragem para regulamentar a controvérsia, mediante contratação do serviço de administração do procedimento”.

Tal possibilidade se encontra expressamente disposta no § 3º do artigo 13, da Lei de Arbitragem, que preceitua: “Art. 13. [...]. § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada (Brasil, 1996)”.

Assim, a nomeação dos árbitros ocorrerá conforme o mecanismo previsto em sede de convenção de arbitragem, ou no regulamento de arbitragem, quando se opta pela via institucional. Conforme, Grion, “não há uniformidade entre os principais regulamentos de arbitragem quanto à forma e aos prazos para a nomeação dos árbitros quando não há disposição específica na convenção de arbitragem” (Grion, 2021).

Ademais, as partes podem, inclusive, determinar atributos específicos para aqueles que desempenharão o papel de árbitro, tais como experiência em certo campo, ou domínio de determinado idioma. Nessa senda, conforme Nanni:

[...] uma das grandes vantagens da arbitragem, talvez a maior, é a possibilidade de escolha do árbitro consoante a sua especialização. De fato, esse elemento representa um grande benefício às partes, outorgando confiança na seleção de um nome conhecedor da matéria, que detenha reputação, neutralidade, imparcialidade e independência (Nanni, 2016).

A nomeação do árbitro, ou árbitros, é uma etapa crucial da arbitragem, posto que, além dos efeitos práticos decorrentes da aceitação deste, uma escolha acertada, levando-se em contas as especificidades do contrato controvertido, tem o condão de melhor atender o interesse das partes na resolução efetiva e célere de suas controvérsias.

4.4 INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM E A INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Conforme explicitado anteriormente, tecnicamente, a arbitragem tem início com a aceitação da nomeação pela arbitragem, nos termos do *caput* do artigo 19 da Lei n.º 9.307/96, “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.” Tal previsão trata-se, portanto, de determinação legal absoluta, de modo que não haverá instauração até a aceitação do último árbitro componente do tribunal arbitral.

Isso posto, a Lei de Arbitragem não exige qualquer formalidade para marcar a aceitação do árbitro, competindo às partes cuidar para que se tenha a clara e segura demonstração de aceitação destes do encargo que lhes foi atribuído, “sob pena de alegarem estes não estarem obrigados a proferir laudo, escapando inclusive às responsabilidades do art. 17 da Lei” (Carmona, 2009).

Com efeito, o artigo 17 da Lei de Arbitragem aduz que, “os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.” Nesse sentido, admitem-se todos os meios de prova permitidos em direito para a prova da aceitação, podendo esta ser tácita, uma vez que o árbitro inicia os procedimentos, sem declarar expressamente a aceitação da incumbência. A aceitação é exigida, ainda, mesmo em caso de instituição da arbitragem por via judicial, devendo aquele que foi indicado pelo juiz togado declará-la para, a partir disso, ter-se instaurada a arbitragem (Carmona, 2009).

Assim, dentre os principais efeitos da aceitação da nomeação pelo árbitro, tem-se que a instituição da arbitragem determina o termo inicial do prazo para prolação da sentença arbitral,

que seguirá o quanto convencionado entre as partes, ou prazo de seis meses, conforme a redação do artigo 23 da Lei n.º 9.307/96, que estabelece: “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro” (Brasil, 1996).

Ademais, a instituição do juízo arbitral torna a controvérsia litigiosa, induzindo inclusive litispendência (Scavone Junior, 2018).

4.4.1 Interrupção do prazo prescricional

A instituição da arbitragem possui, ainda, repercussões relevantes acerca da interrupção do prazo prescricional. Conforme redação do art. 189 do CC, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição” (Brasil, 2002). Nesse sentido, a Lei n.º 13.129/2015 incluiu o § 2º ao art. 19 da Lei de Arbitragem, estabelecendo critério claro para a interrupção da prescrição: “Art. 19. [...] § 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”.

Nas palavras de Luiz Antônio Scavone Júnior, trata-se de alteração positiva, uma vez que:

[...] prestigia a segurança jurídica e atende a mens legis da prescrição na medida em que aquele que provocou o início da arbitragem não pode ser penalizado pela eventual demora ou procedimento do centro de arbitragem até a definitiva aceitação do árbitro ou de todos os árbitros, tratando-se de tribunal arbitral (Scavone Junior, 2018).

Diante disso, a interrupção do prazo prescricional se dá, na arbitragem, com a aceitação do árbitro à nomeação, tendo efeitos retroativos à data do requerimento de arbitragem. Dessa forma, a prescrição, entendida como perda da pretensão atribuída a um direito, tem como objetivo a penalização do desidioso, que, em sede de arbitragem, corresponde àquele que não solicitou a instauração do procedimento dentro do prazo.

Outrossim, lembre-se, o requerimento de arbitragem não se configura como etapa obrigatória do procedimento arbitral, de modo que a lei não especifica qualquer formalidade para este ato, exigindo apenas iniciativa inequívoca para submissão do litígio à arbitragem. Nesse sentido, leciona Francisco Cahali:

[...] deverá ser considerada como ato interruptivo da prescrição a inequívoca iniciativa em provocar o início da arbitragem. Ou seja, no exato instante em que a parte, comprovadamente, demonstra seu propósito de materializar o juízo arbitral, deve-se atribuir ao fato a força interruptiva da prescrição. E na diversidade de formas para se dar início à arbitragem, peculiar do sistema arbitral, qualquer delas deve ser aceita. Assim, desde aquela correspondência enviada ao adversário, convocando-o para firmar o compromisso (art. 6º da Lei 9.307/1996), até o protocolo da solicitação de instauração de procedimento arbitral apresentado na entidade eleita pelas partes (ou seja, antes mesmo da aceitação do árbitro, ou da assinatura da ata de missão/ termo de arbitragem), passando pela só assinatura de compromisso arbitral e ainda pela provocação do árbitro de acordo com a convenção, são atos aptos ao fim aqui tratado, pois demonstram a perseguição, pelo interessado, da tutela jurisdicional de seus afirmados direitos, na forma prevista no sistema jurídico próprio (Cahali, 2018).

Essencial aduzir, ainda, que, como se sabe, a prescrição é matéria de ordem pública, de

modo que, pela natureza cogente das normas prescricionais, não é possível que as partes afastem ou modifiquem os prazos legais no contrato, nos termos do artigo 192 do Código Civil, que estabelece que “os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes” (Brasil, 2002).

Pelo exposto, depreende-se, de forma sintética, que a interrupção da prescrição está condicionada à aceitação do árbitro. Não havendo aceitação do árbitro original, mas sim de seu substituto porventura estipulado, igualmente, se considerará interrompida a prescrição, na data da primeira expedição ou protocolo da convocação, quando o contratante demonstrou inequivocamente a intenção de levar a efeito sua pretensão pela via arbitral (Scavone Junior, 2018).

5 TERMO DE ARBITRAGEM E ELABORAÇÃO DA ORDEM PROCESSUAL

Para submeter seus litígios ao juízo arbitral, as partes devem, na hipótese de inexistência de cláusula compromissória, celebrar, de comum acordo, um compromisso arbitral contendo os requisitos dispostos no art. 10º da Lei de Arbitragem, e que poderá dispor, também, dos elementos mencionados no art. 11 da mesma Lei:

Art. 10º. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença (Brasil, 1996).

Nesse contexto, as partes demonstram, de forma inequívoca, a vontade de submeter sua controvérsia à jurisdição arbitral, fixando o objeto e disciplinando os “aspectos processuais e procedimentais, como local em que se desenvolverá a arbitragem, honorários de árbitro, cronograma processual, entre outros” (Pereira, 2021).

Por seu turno, havendo cláusula compromissória, e sendo esta cheia, estarão nela contidos os elementos necessários para a instituição do procedimento arbitral, sendo desnecessário que as partes celebrem compromisso, ou qualquer documento ratificando a convenção, para que a arbitragem se aperfeiçoe. Além disso, a arbitragem poderá ser instituída, nessas condições, na falta de consenso entre as partes, sendo necessário, somente, que uma delas assim deseje.

Entretanto, conforme Guilherme Setoguti Pereira, apesar do exposto, na prática arbitral é reiteradamente comum a “assinatura do chamado termo de arbitragem, que também tem por finalidade fixar o objeto da arbitragem e regular questões processuais e procedimentais que usualmente não são disciplinadas na cláusula compromissória” (Pereira, 2021).

Nesse contexto, estabelece o parágrafo 1º, do artigo 19 da Lei de Arbitragem:

Art. 19. [...] § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será

elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem (Brasil, 1996).

Dessa forma, esclarece Carlos Alberto Carmona, há a possibilidade de a convenção arbitral não ser suficiente para dirimir todos os aspectos necessários, seja por dubiedade ou omissão, de modo que:

[...] a prudência recomenda que o árbitro desde logo procure o consenso das partes para completar disposições da convenção de arbitragem (e, mais uma vez, a Lei refere-se a convenção de arbitragem, e não a compromisso, reafirmando que também a cláusula pode levar à instituição da arbitragem, sem necessidade de compromisso arbitral), evitando futura alegação de nulidade (Carmona, 2009).

Também conhecida como ata de missão ou termo de referência, o termo de arbitragem é um ato processual não obrigatório, apesar de muito utilizado na prática. Nesse sentido, Guilherme Setoguti, trata-se de documento “previsto na maioria dos regulamentos de órgãos arbitrais. Sua origem remonta às regras de arbitragem da CCI (art. 23 do Regulamento da CCI), tendo sido posteriormente adotado por outros entes arbitrais” (Pereira, 2021).

Dessa forma, a finalidade do termo de arbitragem, conforme Carlos Alberto Carmona (2009), é “refinar” os temas que podem não estar detalhadamente previstos na convenção, como objeto do processo, idioma do procedimento, calendário processual, forma de contagem de prazos etc.

Ademais, o termo possui, ainda, uma função ordenadora, uma vez que, após fixar o objeto litigioso do processo, organiza o desenvolvimento do procedimento, com a disciplina de questões variadas – inclusive procedimentais – “como lugar em que a sentença deverá ser proferida, responsabilidade pelos custos da arbitragem, língua do procedimento, prazo para emissão da sentença, regras de comunicação entre as partes” (Pereira, 2021).

5.1 CRONOGRAMA DE ARBITRAGEM

Ato contínuo, na tradição arbitral, é corriqueiro que o termo de arbitragem determine, ainda, o cronograma de arbitragem, que fora, anteriormente, acordado entre as partes e os árbitros. Dessa forma, o cronograma é o documento em que se estabelece os atos e passos a serem seguidos no procedimento, bem como a fixação de datas para realização destes.

Ressalte-se que, conforme explicitado anteriormente, a arbitragem goza de elevado grau de flexibilização, em decorrência da autonomia privada das partes na elaboração do procedimento. Assim, conforme Renato Grion:

[...] é importante frisar novamente que o cronograma acordado para cada arbitragem pode variar sensivelmente de acordo com as características de cada caso, manifestando-se aqui a flexibilidade do procedimento, cujos detalhes poderão ser moldados para determinada disputa de maneira específica e concreta, trazendo assim benefícios em termos de eficiência do procedimento (Grion, 2021).

Como dito anteriormente, o prazo de seis meses para prolação da sentença, disposto no artigo 23 da Lei de Arbitragem, será aplicado, apenas, quando as partes não tiverem estabelecido prazo distinto, o que ocorre na elaboração do cronograma.

Registre-se que, segundo Grion (2021), o mais recomendável seria que o cronograma fosse formalmente estabelecido por meio de ordem procedimental, tendo em vista que, em necessidade de alteração, seria desnecessário um aditivo ao termo de arbitragem, que passaria pela assinatura de todos, mas somente uma nova ordem procedimental.

Nesse diapasão, recusando-se uma das partes a assinar o termo de arbitragem, sendo a cláusula compromissória cheia, a arbitragem deve se instituir normalmente, uma vez que seria função dos árbitros, valendo-se de regulamentos que se apliquem ao processo, disciplinar as possíveis lacunas, nos termos do artigo 21, § 1º, da Lei de Arbitragem. Assim, segundo Carmona, a consequência da hipótese de não assinatura do termo seria:

[...] que a arbitragem correrá levando em conta apenas os termos da convenção de arbitragem, cabendo aos julgadores solucionar eventuais dúvidas que uma convenção lacunosa possa gerar. Os inconvenientes práticos são de ordem variada: em termos de escolha de local da arbitragem, idioma, lei material aplicável e identificação exata do objeto da arbitragem, as partes terão que confiar na decisão dos julgadores; no que diz respeito aos prazos, ainda que possam ser exíguos no caso concreto, não poderão (em princípio) ser alterados por falta de consenso. Enfim, a falta do termo de arbitragem causa desnecessário engessamento da arbitragem (Carmona, 2009).

Isso posto, é imperioso lembrar que a elaboração de termo de arbitragem não é obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, sendo a convenção de arbitragem suficiente e não havendo dúvida dos árbitros quanto a qualquer de seus pontos, é plenamente possível a instauração do procedimento, sem a necessidade de qualquer adendo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da crescente demanda por soluções rápidas e eficientes para a resolução de conflitos, a arbitragem tem se consolidado como uma alternativa viável e atrativa para as partes envolvidas em litígios. Com efeito, a celeridade e a eficiência do procedimento figuram como algumas das principais vantagens da arbitragem, quando comparada ao Poder Judiciário, que muitas vezes apresenta demasiada morosidade na solução de controvérsias. Além disso, tem-se na arbitragem a autonomia privada como um de seus princípios vetores, de modo que se permite às partes uma maior liberdade na estipulação das regras aplicáveis, adequando o procedimento às suas necessidades e interesses.

Isso posto, embora não configurem como etapas obrigatórias previstas na Lei de Arbitragem, as fases iniciais do procedimento arbitral – desde o requerimento até a elaboração do termo de arbitragem – são de fundamental importância para o bom andamento do processo, exigindo das partes atenção especial na tomada de decisões que terão impactos relevantes no desenrolar do procedimento.

Nessa senda, a prática arbitral revela que a utilização de atos iniciais não obrigatórios – requerimento da arbitragem, resposta ao requerimento, termo de arbitragem – têm surtido efeitos positivos no desenvolver do procedimento, mormente quanto à efetividade do atendimento dos interesses das partes.

Outrossim, a escolha do tribunal arbitral, ou seja, a nomeação dos árbitros que se dignarão a apreciar a disputa, tem lugar de destaque. Efetivamente, conforme a Lei n.º 9.307/96, é a aceitação da nomeação pelos árbitros que consiste no marco inicial, quando se tem por instaurada a arbitragem.

Ante o exposto, percebe-se que a arbitragem tem se mostrado uma alternativa cada vez mais utilizada pelas partes de um contrato na resolução de suas disputas, devido à sua eficiência e flexibilidade. Dessa forma, depreende-se que, consolidadas em diversos regulamentos de câmaras arbitrais, as etapas iniciais do procedimento arbitral – ainda que prescindíveis do ponto de vista legal – são essenciais para o bom andamento do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 mar. 2023.
- _____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- _____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Acesso em: 28 mar. 2023.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multipartas**. 7ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96**. 3 ed. rev., atual e ampla. São Paulo: Atlas, 2009.
- ELIAS, Carlos. 3. O árbitro In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme. **Curso de Arbitragem**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1279980024/curso-de-arbitragem>>. Acesso em: 20 abr. 2023.
- FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GRION, Renato Stephan. 5. Procedimento II In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme. **Curso de Arbitragem**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1279980024/curso-de-arbitragem>>. Acesso em: 20 abr. 2023.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5ª ed. Almedina. São Paulo. 2020.
- LAMAS, Natália Mizrahi. 1. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme. **Curso de Arbitragem**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1279980024/curso-de-arbitragem>>. Acesso em: 20 abr. 2023.
- MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. Doutorado em Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/>>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- NANNI, Giovanni Ettore. Árbitro: Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, nº. RARB VOL. 49, 2016.
- PEREIRA, Guilherme. 4. Procedimento I In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme. **Curso de Arbitragem**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1279980024/curso-de-arbitragem>>. Acesso em: 20

abr. 2023.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. rev. e atua. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

UNCITRAL. **Regulamento de Arbitragem**: regulamento sobre transparência na arbitragem entre investidores e Estados Baseada em tratados. Disponível em: <<https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Regulamento%20Uncitral%20pages.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2023.

A TEORIA DA NORMA JURÍDICA POSITIVA NA *OPUS THEOLOGICI* DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

THE THEORY OF POSITIVE LAW IN THE SAINT THOMAS AQUINAS' *OPUS THEOLOGICI*

Rhamon Kalliel Martins de Pontes

Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Resumo: O estudo das teorias da lei é estritamente necessário para o estudo do Direito, principalmente porque aquela é a razão do Direito. Nesse sentido, o trabalho em questão visa abordar a doutrina que Tomás de Aquino expõe em suas obras quanto à norma jurídica, especificamente, sobre a lei humana, por meio de uma análise sobre sua origem, sua utilidade, sua classificação, sobre a extensão dos seus poderes e sobre sua mutabilidade. Para tal, foi feita uma pesquisa bibliográfica-qualitativa direta da obra de Tomás de Aquino, em especial, os textos do *De Lege* e *De iustitia*, além do uso subsidiário para explicação dos textos do Aquinate de autores como Javier Hervada (2000), Villey (2009), Cunha (2019), Copleston (2000) e Maritain (1944). Concluiu-se que a obra de Tomás de Aquino é importantíssima para reflexões críticas ao Direito positivo de qualquer ordenamento jurídico e para a promoção de uma justa ordem social, além de ser relevante para fundamentação de uma teoria geral da norma humanista.

Palavras-chave: Filosofia. Teoria da Lei. Direito. Escolástica. Tomismo.

Abstract: *The study of theories of law is strictly necessary for the study of law, mainly because it is the reason for law. In this sense, the work in question aims to address the doctrine that Thomas Aquinas expounds in his works on the legal norm, specifically on human law, through an analysis of its origin, its usefulness, its classification, the extent of its powers and its mutability. To this end, a direct bibliographical-qualitative survey of the Aquinate's work was carried out, especially the texts of De Lege and De Iustitia, in addition to the subsidiary use of authors such as Javier Hervada (2000), Villey (2009), Cunha (2019), Copleston (2000) and Maritain (1944) to explain the Aquinate's texts. It was concluded that the work of Thomas Aquinas is extremely important for critical reflections on the positive law of any legal system and for the promotion of a just social order and the foundation of a general theory of the humanist norm.*

Keywords: *Philosophy. Theory of Law. Law. Scholastic. Thomism.*

Sumário: 1 Introdução – 2 O Tratado da Lei de Tomás de Aquino; 2.1 O uso do termo “lei”; 2.2 A lei como instrumento para consecução de uma ordem social justa – 3 A Lei Humana em Tomás de Aquino; 3.1 Características da lei humana; 3.2 Classificações da lei humana; 3.3 A interpretação e aplicação da lei humana; 3.4 Os limites da lei humana; 3.5 A mudança da lei humana – 4 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito é um todo harmonioso formado por normas jurídicas que se complementam e têm algo em comum. Nesse sentido, o estudo aprofundado da norma jurídica convém ao jurista enquanto que esta guarda uma relação íntima com o justo e a busca por uma justa ordem social, assim como por ser a medida principal do Direito (Hervada, 2001). Nesse contexto, Tomás de Aquino destaca-se como sendo de grande relevância para o estudo da nor-

ma jurídica e da lei, visto ser um dos mais influentes filósofos do direito de toda Filosofia (Barbuy, 2012), ocupando um lugar eminente na história do Ocidente e da cristandade ocidental.

Nesse diapasão, em relação à atualidade da obra do Aquinate*, disserta José Comblin (1974) que é errôneo considerar que Tomás de Aquino se encontre fechado em seu mundo, pelo contrário, é possível considerar diversos traços em seus escritos que o tornam moderno e frutuoso para a sociedade contemporânea.

Assim, é preciso ressaltar que a figura de Tomás de Aquino não se resume a um mero conformismo em relação à sua realidade e a sua biografia, pelo contrário, é marcada por uma *práxis* muito militante e conflitante para a sua época (Boff, 1981). Nesse sentido, transpondo os traços biográficos à obra do autor, diz Villey (2009) que se trata de uma revolução no campo da história do Direito.

Desse modo, o Aquinate, enquanto filósofo que estudou a realidade por uma perspectiva realista e concreta, auxilia-nos na constituição de uma teoria da norma que busca, acima de tudo, por via negativa, um Governo não totalitário (Copleston, 2000) e, por via positiva, um Governo humanista (Cunha, 2019).

Assim, o presente artigo busca fazer uma análise sobre a teoria da *lex humana positiva* em Santo Tomás com a finalidade de suscitar reflexões sobre as normas jurídicas positivas presentes nos ordenamentos jurídicos contemporâneos e as diversas situações nas quais se encontram: seus limites, sua mutabilidade, aplicação e interpretação.

Para a produção deste artigo, baseou-se, principalmente, nos textos do *De Lege* presente na I^a-IIae da Suma Teológica de Tomás de Aquino e seu *De Iustitia*, I^a-IIae da mesma obra. Outros textos de Tomás de Aquino que auxiliam nas reflexões sobre o tema também foram abordados. Ademais, utilizou-se também, preponderantemente, dos escritos do iusfilósofo Javier Hervada (2000) como base para abordar questões concernentes à norma jurídica.

Em primeiro lugar, foi apresentando o contexto no qual essa análise da norma jurídica se encontra, isto é, em um universo filosófico no qual as análises éticas, políticas e jurídicas da lei se complementam e auxiliam no estudo de um instituto tão essencial para as sociedades humanas. Após isso, foram apresentadas as definições de *lei* e de *lei humana positiva* dentro do texto tomasiano**. Depois, dissertou-se acerca de suas características, classificações, sua interpretação e aplicação, bem como sua natureza dentro do escopo do pensamento de Santo Tomás.

2 O TRATADO DA LEI DE TOMÁS DE AQUINO

Antes de iniciar uma análise adequada dos textos de Tomás de Aquino, é preciso considerar o contexto, os fins e o ponto de vista segundo o qual foram escritos os textos abordados neste artigo.

Explica Martín (1999) que, no período medieval, há uma tendência em colocar as questões éticas e valorativas acima das questões jurídicas, de tal modo que é impossível tratar os escritos sobre a Lei e Justiça presentes na *Summa Theologiae* de Santo Tomás como um tratado meramente jurídico, pois seu ponto de vista é, primordialmente, ético. Isso se prova pelo simples fato de que, *topologicamente*, o estudo da lei, dentro da *Suma Teológica*, encontra-se em um momento no qual se discute sobre a moralidade dos atos humanos, portanto, em uma parte “ética” ou “moral” dos estudos do Aquinate (Fernandéz-Largo, 2004).

Por outro lado, Hervada (2000) demonstra que os antigos escritos sobre a *lex*, e dentre

*Aquinate, neste trabalho, é um termo utilizado para designar o próprio Tomás de Aquino.

**O termo “tomasiano” foi empregado neste artigo para mencionar o sistema teológico de Tomás de Aquino, ou algo pertencente a ele.

eles, o *De Lege* tomasiano, também possuem um caráter político, no sentido de procurarem refletir sobre a influência das leis dentro da administração da pólis para consecução do bem comum.

Ademais, o Tratado da Lei de Tomás de Aquino tem como foco apresentar a lei enquanto instrumento pedagógico – junto da Graça – que ajude o homem a realizar o seu fim último, que é, no pensamento tomasiano, o “encontro face a face com Deus”, ou seja, a beatitude (Lunõ, 2001). Isso é claro ao analisar-se o prólogo do *De Lege* escrito pelo próprio Tomás: “o princípio que move exteriormente ao bem é Deus, que **nos instrui pela lei** e ajuda pela **Graça**” (Aquino, 2010a, p. 521, grifo nosso). Desse modo, pode-se ver também um valor teológico presente no texto do *De Lege*: encontra-se, no *corpus* da *Summa* entre as questões sobre o pecado e a graça, de tal modo que a passagem entre a condição miserável do homem ao estado de graça perto de Deus é promovida exatamente pela lei.

Assim, a lei dirige (e deve dirigir) os atos humanos para serem exercidos em vista da virtude e fazer dos homens serem bons. Portanto, além de serem textos de caráter moral e político, tanto o *De Lege* quanto o *De iustitia* são textos escritos também com uma clara perspectiva teológica cujo assunto continua sendo Deus – como ocorre em toda a Suma Teológica. O caráter jurídico presente no *De Lege* e no *De iustitia* do Aquinate, porém, não é irrelevante.

Frise-se, nesse sentido, que na questão 47 da IIª-IIae da *Summa*, Tomás de Aquino estatui a lei como *ratio iuris*, isto é, razão do Direito – causa do Direito, sua medida de acordo com Hervada (2000) – pois, enquanto que o direito é uma coisa atribuída-devida a alguém e objeto material da virtude da justiça (Aquino, 2010b), a origem desse direito e suas delimitações surgem exatamente da lei.

Assim, Aquino se dissocia de um entendimento meramente normativista de Direito ao distinguir a *lex* de *ius*, ao mesmo tempo que estabelece uma ligação essencial entre ambas as realidades. Ressalte-se, porém, que dentro do *corpus thomisticum* não é difícil encontrar citações nas quais Santo Tomás não emprega esse tecnicismo em seu vocabulário, utilizando tanto da palavra *lex* quanto da palavra *ius* e suas declinações como referência a uma mesma realidade: a lei (Hervada, 2001).

Percebe-se, assim, que há um texto com uma perspectiva integradora sobre um mesmo tema, a lei, produzido com um espírito muito diferente daquele presente na metodologia atomizadora e especialista presente na modernidade (Fernández-Largo, 2004). Porém, dentro deste escopo, este artigo tem como finalidade abordar com mais afinco a dimensão jurídico positiva presente no texto da Suma Teológica.

Nesse contexto, não se está aqui contrapondo a questão jurídica em relação às outras questões tratadas pelo Aquinate, como a moral, a exemplo do que fez o pensador Michel Villey (2009).

Pelo contrário, ressalta-se aqui simplesmente que há algo propriamente jurídico no Tratado sobre a Lei de Tomás de Aquino, que é complementado pelo ponto de vista ético da lei enquanto regra e medida dos atos humanos, assim como pelo objeto formal teológico, o qual compreende a lei enquanto instrumento de Graça para se chegar em Deus e, por fim, mas não menos importante, pelo ponto de vista político da lei enquanto instrumento para consecução do bem comum da sociedade – de tal modo que é possível falar de uma teoria geral da norma jurídica positiva dentro do pensamento tomasiano.

Esse núcleo jurídico positivo se encontra entre as questões 95 e 97 da Iª-IIae da *Summa*, nas quais o autor dominicano trata de estudar uma das espécies de Lei que é a Lei Humana, sua origem e divisão, a questão do poder da lei (*potestates legis*), sua interpretação (*verba legis*) e seu caráter mutável.

2.1 O USO DO TERMO “LEI”

Não se pode cair no problema de aplicar as palavras sem antes compreendê-las, muito menos no caso de vocábulos que indicam uma infinidade de significados como é o caso de “lei”, por isso, é necessário explicar o uso do termo no artigo procurando evitar maiores confusões.

Explica o jurista Hervada (2000) que há uma distinção entre lei e norma na hodierna teoria da norma jurídica e que deve ser ressaltada, em especial, para que se compreenda melhor o que é propriamente jurídico nos escritos de Tomás de Aquino e que convém para compreensão de sua teoria da norma jurídica.

Assim, explica o autor espanhol que lei é uma espécie de norma jurídica que foi estabelecida por um Poder Público, enquanto que norma jurídica se refere a uma realidade mais ampla: “A norma designa o gênero e a lei, a espécie. Por conseguinte, a norma designa a regra do direito em geral – toda regra jurídica é norma –, enquanto que a lei é uma espécie de norma: a regra de direito que procede do poder público” (Hervada, 2001, p. 310).

Visto as distinções entre lei e norma, percebe-se que esta, a diferença daquela que só pode ter um único autor – o Poder Público – pode ter como autor “todo sujeito capaz de criar, extinguir, modificar e regular direitos” (Hervada, 2001, p. 373, tradução nossa).

No âmbito do Aquinate, porém, o uso do termos *lex* se confunde com *nomos*, empregando diversos significados ao termo lei, especialmente o de lei escrita (Hervada, 2001). Isso não impede, contudo, que a realidade indicada nos textos do Filósofo dominicano seja jurídica em alguns casos, pois, como foi dito, a obra de Aquino contém uma perspectiva integradora da lei, sendo possível extrair os casos em que o autor relaciona a lei com o direito, fundamentando, assim, uma teoria geral da norma.

O artigo utilizará o termo “lei” de qualquer modo para que seja mais fiel aos termos utilizados por Tomás de Aquino, porém, já foi alertado quanto às distinções pertinentes para melhor compreensão do que se coloca neste texto.

2.2 A LEI COMO INSTRUMENTO PARA CONSECUÇÃO DE UMA ORDEM SOCIAL JUSTA

O estudo da relação entre Direito e lei é crucial para a análise do pensamento tomista acerca da lei humana e suas implicações político-jurídicas. Nesse diapasão, a finalidade do Direito é buscar uma ordem social justa (Hervada, 2001), na qual a titularidade dos direitos de cada um seja respeitada por todos os participantes de determinada sociedade. Se para Tomás de Aquino a lei é também razão do direito, isto é, atua como a medida do Direito, não é possível outra conclusão senão sustentar que a lei deve atuar como instrumento e causa de uma ordem social justa.

Nesse sentido, a teoria político-jurídica do Aquinate – que não é um simples tópico do seu pensamento, mas parte integrante e importantíssima dele – que se inspira nas ideias aristotélicas, mas também que em muito se dissocia destas, principalmente pelo fato de Santo Tomás, com base em sua visão de mundo cristã, compreender que o fim do homem supera e transcende o bem comum da cidade, estando na *beatitudo* (Copleston, 2000).

Desse modo, torna-se claro, ao observar os escritos de Santo Tomás de Aquino, que o totalitarismo é completamente estranho ao seu pensamento (Copleston, 2000). Isso ocorre tanto pelo sistema que o autor desenvolve em relação à lei humana, que está longe de ficar à mercê da mera vontade dos governantes, estando ainda a lei humana regulada tanto pela lei divina quanto pela expressão desta no mundo físico representado pela lei natural.

Nesse ínterim, é possível traçar a origem da teoria dos direitos humanos a partir dos

escritos de Aquino sobre a lei natural, sobre o conceito de Pessoa, etc. (Beuchot, 2008a).

Ao mesmo tempo, Tomás, como foi dito, traz um ideal integrador tanto da lei quanto do direito, afastando-se de um tratamento a essa realidade extremamente técnico – ao mesmo tempo, sem desvalorizá-lo – e afastado absolutamente de questões valorativas, de tal modo que se pode afirmar que Tomás de Aquino já era um verdadeiro humanista em sua época (Cunha, 2019).

3 A LEI HUMANA EM TOMÁS DE AQUINO

Tendo analisado questões introdutórias acerca do Tratado da Lei e do Tratado da Justiça, convém investigar a sistemática sobre a lei humana proposta por Tomás de Aquino.

Dentro do sistema tomista*, a lei, de acordo com a definição presente no artigo 4º da questão noventa da Iª-IIae da *Summa*, é uma “ordenação da razão ao bem comum promulgada por aquele que tem poder sobre a comunidade” (Aquino, 2010a, p. 528). Nesse sentido, Tomás de Aquino, de acordo com Hervada (2000), ao estabelecer que a lei é algo da razão, não despreza que ela seja fruto da *voluntas legislatoris*, mas que, assim como a razão deve se adequar à realidade para ter algum valor real, a lei tem parâmetros objetivos próprios, presentes na própria realidade, que influem (e devem influir) no seu ser e no seu agir.

Assim, o principal paradigma segundo o qual a lei deve agir é o bem comum, de tal modo que, ou a lei é algo racionalmente medido em favor do bem comum e da utilidade do homem (*utilitas hominum*) (ST Iª-IIae, q. 95, a. 3º), ou será simplesmente uma vontade arbitrária sem razão de ser.

Tal foco teleológico no pensamento de Aquino acontece devido a sua perspectiva da causa final ser superior dentre as quatro causas, doutrina essa que é perfeitamente explicada em seu comentário ao livro Δ da Metafísica de Aristóteles:

Ainda que para algumas coisas a final seja a última em relação a ser, em relação à causalidade ela é sempre primeira. Assim, ela é dita “causa das causas”, porque é causa da causalidade eficiente, tal como foi dito. A eficiente, por sua vez, é causa da causalidade da matéria e da forma. Com efeito, por sua moção, ela dá à matéria ser receptora da forma, e à forma o inerir na matéria. Disso se segue que igualmente a final é causa da causalidade da matéria e da forma (Aquino *apud* Gardeil, 2013, p. 341, grifo nosso).

Frise-se que o peso desta doutrina é tamanha que Tomás de Aquino termina por vincular o ser da lei com a sua teleologia, de tal modo que, o príncipe ou governador que promulga uma lei para proveito próprio ou de alguns, não promulga uma lei, mas sim a sua corrupção de lei. Aliás, de acordo com Cunha (2019), percebe-se também a superioridade da moral sobre o formalismo político neste ponto, pois, mesmo que a lei seja promulgada por uma autoridade legal, ela perde sua legitimidade por não atender ao seu atributo essencial: o bem comum.

Santo Tomás (2010a), após tratar das questões gerais sobre a Lei, evoca três principais distinções desta, as quais têm importância fundamental dentro do seu pensamento filosófico e teológico. Em primeiro lugar, aborda uma *summa ratio*, isto é, uma regra e medida máxima divina a que denomina *lex aeterna* (ST Iª-IIae, q. 91, a. 1º).

Após isso, trata da *lex naturale* que é certa participação da criatura racional enquanto medida e regulada pela lei eterna e que dispõe sobre as questões concernentes à busca em geral do *bonum* pelo homem, da busca do ser humano à preservação da sua espécie, etc (ST Iª-IIae, q. 91, a. 2º). Por fim, a terceira espécie de lei que Tomás trata é a *lex humana positiva* ou simplesmente *humana* que trata de questões mais específicas do dia a dia da comunidade (disposições

*O termo “tomista” também significa algo relacionado ao sistema teológico de Tomás de Aquino.

particulares) que são reguladas ou por direito costumeiro (*mos*) ou nos Códigos Civis das respectivas comunidades (ST I^a-II^ae, q. 91, a. 3^o).

O pensador francês Jacques Maritain (1944), exímio filósofo tomista do século passado, leciona que a lei humana positiva tem como objeto tratar dos direitos e deveres dentro de uma comunidade que são contingentes em relação ao primeiro princípio da razão prática (lei natural), de tal modo que há um certo livre arbítrio em sua confecção, enquanto que o direito costumeiro estaria mais próximo à lei natural, daí provir “a diversidade da lei positiva nos diversos povos” (Aquino, 2010a, p. 577).

Frise-se que o caráter múltiplo e de contingência das matérias concernentes à lei humana não implicam em ela ser de *per se* contingente, pois é extremamente necessária para qualquer sociedade. Nesse ínterim, Tomás de Aquino (2010a) na questão 95, artigo 1^o da I^a-II^a cita duas razões pelas quais é necessária a existência da lei humana: coibir a audácia humana e refrear o poder de prejudicar o homem. Assim, a disciplina necessária para que sobrevenha ao homem a perfeição da virtude, que consiste em afastar o homem dos prazeres indevidos, ocorre por meio da pedagogia da lei:

Tal disciplina, obrigando por medo da pena, é a disciplina das leis. Portanto, foi necessário que as leis fossem impostas para a paz dos homens e a virtude, porque, como diz o Filósofo, “assim como o homem, se é perfeito na virtude, é o melhor dos animais, assim, se é separado da lei e da justiça, é o pior de todos”, uma vez que o homem tem a arma da razão para satisfazer suas concupiscências e sevícias, que os outros animais não têm” (Aquino, 2010a, p. 574).

Contudo, não necessariamente a lei humana é algo puramente contingente em sua matéria, como se não guardasse quaisquer limitações ou relações com a lei natural. Nesse diapasão, Tomás afirma que a lei humana “é uma regra ou medida regulada ou mensurada por uma medida superior; e essa é dupla, a saber, a lei divina e a lei da natureza” (Aquino, 2010a, p. 579). Ademais, é preciso ressaltar que, dentro da doutrina filosófica tomista, o direito natural ocupa o centro real e verdadeiro de todo o ordenamento jurídico (Hervada, 2011).

Por outro lado, pelo fato de que uma lei é algo da razão prática, deve ser sempre fruto de uma certa prudência e, quando for preciso, de uma técnica mais perfeita possível (Hervada, 2011).

A seguir serão abordados os pontos principais do sistema que Tomás (visto que tais pontos foram examinados minuciosamente em seus textos) propõe em relação à lei humana: as características desta lei, suas classificações, a sua interpretação e aplicação, seus limites e discussões sobre a imutabilidade da lei positiva.

3.1 CARACTERÍSTICAS DA LEI HUMANA

O estudo das características ou qualidades de uma coisa promovem uma melhor compreensão acerca daquilo que se fala, por isso, cabe examinar as características da lei humana.

No artigo 3^o da questão 95 do *De Lege*, Tomás de Aquino (2010a) trata das qualidades convenientes à lei humana. Em primeiro lugar, a lei positiva deve ser congruente com a religião, característica que ele denomina de “honestidade da lei” e que decorre diretamente do entendimento da lei enquanto diretiva dos atos humanos ao seu fim último, que para Santo Tomás, por influência da teologia cristã, é a *beatitudo*, como já foi dito.

Em seguida, o Aquinate ressalta qualidades importantíssimas da lei. Nessa perspectiva, a lei deve ser justa, ou seja, indicar o que é justo, o direito de cada qual; possível tanto segundo a natureza das coisas, quanto pelo costume da pátria, de tal modo que uma lei que seja impossível

de ser realizada, seja por condições físicas ou que seja impossível em decorrência de questões do tempo e do lugar da lei não conseguiria realizar seu caráter pedagógico. Nesse sentido, dentro do ser-disciplina da lei, é preciso que ela seja proporcional em relação ao que está medindo, assim, a lei deve ser aplicada de um modo a certas pessoas e de outro modo às demais, Tomás de Aquino disserta, nesse ínterim, que “não se deve impor às crianças as mesmas coisas que aos homens adultos” (2010a, p. 579).

Ainda no mesmo artigo da questão 95 do *De Lege*, outras características são descritas por Tomás de Aquino em relação à lei: ela deve ser necessária e útil para consecução dos bens que está proposta a perseguir – do contrário, seria ineficaz e não teria razão de existir –, e, por fim, a lei deve ser clara, para se precaver contra o prejuízo que pudesse provir da própria lei por conter um preceito obscuro que promovesse problemas em sua aplicação.

Sendo a lei humana necessária para obtenção do bem comum da humanidade, como já foi dito, a obrigação de tender ao bem comum se concretiza na obrigação de cumprimento da lei, do contrário, uma lei que não se obriga por *vis coactiva* seria inútil, por isso, outro elemento da lei é sua força coativa (ST I^a-IIae, q. 96, a. 5^o), pois somente por meio de um sistema coativo que esteja presente no ordenamento legal, pode a lei se sustentar quando alguém a desobedece, assim: “Deve-se dizer que os homens bem dispostos são induzidos à virtude pelos conselhos voluntários melhor do que pela coação; contudo, alguns mal dispostos não são conduzidos à virtude a não ser que sejam coagidos” (Aquino, 2010a, p. 574).

3.2 CLASSIFICAÇÕES DA LEI HUMANA

Quando se aborda a questão da lei, diversas classificações são possíveis segundo diversos pontos de vista. Nesse contexto, Tomás de Aquino propõe classificações da lei segundo o seu fim, segundo sua relação com a lei natural e segundo sua função na sociedade.

Compreendendo a lei humana positiva como uma ordenação da razão para o bem comum promulgada por uma autoridade competente (ST I^a-II, q. 90, a. 6^o), Santo Tomás argumenta, em ST I^a-II, q. 96, a. 4^o, que quando a lei cumpre sua *finalidade*, isto é, tem como finalidade o bem comum, e não a satisfação privada do governante (ST I^a-II, q. 96, a. 1^o, r.); ou quando é promulgada por uma autoridade legítima (*non excedit potestatem ferentis*) ou quando é promulgada de uma maneira adequada, é dita lei justa.

Por outro lado, no mesmo artigo quatro da mesma questão 96 da I^a-IIae da *Summa*, Tomás (2010a) trata os dois casos em que a lei é considerada injusta: a) quando são contrárias ao bem comum, a exemplo do governante que busca sua própria cobiça ou glória pela promulgação de uma lei; b) quando alguém legisla além do poder que lhe foi atribuído; c) quando de modo desigual as obrigações são distribuídas à multidão.

Esses dois modos, aliás, demonstram que a norma jurídica não é produto da lógica, pois versa sobre diversas entidades particulares e contingentes, não procedendo simplesmente por meio de um silogismo a partir de entendimentos sobre entidades universais e necessárias (Hervada, 2001).

Além disso, compreendendo que Tomás promove seu pensamento dentro do escopo do pensamento cristão, considera o autor que há uma ordem extra humana que deve ser respeitada pela lei humana (Cunha, 2019), caso contrário será uma lei contra o bem divino, e considerada do mesmo modo uma “corrupção de lei”.

Aquino (2010a) pontua ainda na I^a-IIae, q. 95, a. 2^o ao argumentar que a lei humana deriva da lei natural de dois modos: a) como se a evidência dos princípios primeiros da lei natural acarretasse necessariamente em alguma lei humana; b) a modo de determinação em situações contingentes, que dependerá do contexto social (*multam varietatem rerum humanarum*) e da apreciação dos seus artífices na construção da lei: legislador, homens experientes, peritos, pru-

dentos. Desse modo, cada lei humana terá uma “distância própria” em relação à lei natural: no primeiro caso, há uma evidência racional mais clara e menor contingência na aplicação da lei, no segundo caso, a reta escolha dos meios será ditada pela prudência, que é a virtude.

Tomás de Aquino (2010a) trata especificamente da aplicação desses modos de derivação da lei natural em relação à *lex humana* em *Summa Theologiae*, I^a-II, q. 95, a. 4^o quando distingue o direito positivo em *ius gentium* (direito das gentes) e *ius civile* (direito civil), segundo os modos pelos quais derivam da lei da natureza, de tal modo que no primeiro caso, há derivações da lei da natureza como as conclusões dos princípios, já no segundo caso, há determinação particular da lei da natureza.

Dentro do escopo legal, as leis humanas podem ainda ser classificadas como comuns, quando impõem algo em geral, ou como singulares, quando dizem respeito a pessoas singulares (ST, I^a-II, q. 96, a. 1^o, ad. 1).

Em regra, todos os sujeitos a uma autoridade, sujeitam-se à lei que a autoridade promulga (ST, I^a-II, q. 96, a. 5^o), assim, aqueles que não são de algum Estado não se sujeitam ao seu *dominium*. Ademais, no sentido de que a força coativa da lei brota da autoridade, não é possível que alguém seja coativo por si mesmo, porém, em seu sentido diretivo (obrigação moral), os governantes se sujeitam ao direito que estabeleceram. Essa argumentação de Tomás de Aquino é feita dentro do contexto no qual o legislador não era uma assembleia de pessoas eleitas pelo povo, como é comumente feito nos diversos Estados atualmente, mas sim um rei absoluto ou um ditador, o qual, dentro dos contornos político-jurídicos da época, não podiam ser “punidos” propriamente, portanto, trata-se de uma saída curiosa do Filósofo dominicano para uma difícil questão recorrente em sua época.

Especificamente abordando de classificações da lei segundo alguns critérios específicos, Santo Tomás, em *Summa Theologiae*, I^a-II, q. 95, a. 4^o, trata de direitos especiais que podem ser concedidos a depender da função que uma classe de pessoas exerça para preservação do bem comum, em um claro regime de proporcionalidade.

Ademais, na mesma questão, Santo Tomás distingue a lei segundo o regime político presente no Estado. Nesse sentido, ter-se-á uma “constituição dos príncipes” no caso de uma monarquia, uma “resposta dos prudentes” no caso de um regime aristocrático, um “direito pretório” no caso de um regime oligárquico, “plebiscitos” quando o governo implica em certa participação popular por meio de um regime democrático. Não há lei, por outro lado, em um regime tirânico, pois ele é corrupto por inteiro.

3.3 A INTERRUPÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI HUMANA

Considerando que as leis são promulgadas por um poder superior para sua aplicação, a melhor forma pelo qual é-se possível concretizar a lei (respeitando determinados valores da comunidade política) suscita dificuldades nos diversos sistemas jurídicos, daí a necessidade de procurar critérios pelos quais a interpretação e a aplicação da lei sejam feitas da melhor forma possível.

Tomás de Aquino, ao responder uma opinião segundo a qual a justiça presente na lei é uma justiça morta, ao contrário da justiça dos juízes que seria uma justiça viva, cita, na *Summa Theologiae*, I^a-II, q. 95, a. 1^o, ad. 2, três principais motivos para que se existam leis e não se ponha ao simples arbítrio dos juízes a resolução de conflitos, tal como se defendesse a existência de um sistema jurídico cuja principal fonte é a lei.

O primeiro motivo é consequência do fato da lei precisar da apreciação de técnicos e sábios (*sapientes*) que conheçam profundamente a matéria que ela regula para a sua feição. Nesse sentido, é mais fácil achar poucos preparados o suficiente para estabelecer leis retas do que

aqueles para julgarem os casos corretamente.

Após elencar esse motivo, Tomás (2010a) explica que a lei também pode ser base para decisões judiciais, as quais, quando repetitivas sobre um mesmo caso semelhante, produzem um entendimento jurisprudencial que auxilia na resolução do caso, visto que “Mais facilmente um homem pode ver o que é reto a partir da consideração de muitos casos, do que a partir de um fato único” (Aquino, 2010a, p. 575).

Posto isso, o Aquinate argumenta que como a lei tem caráter geral e decide sobre coisas futuras, ela tem um quê de impessoalidade que dificilmente é visto nos julgamentos, visto que o homem-juiz é afetado por sentimentos que podem depravar o julgamento. Por “julgamento”, Tomás de Aquino compreende aqui a determinação do que é justo, especificamente aqui, segundo o direito positivo (ST I^a-IIae, q. 60, a. 6^o).

Assim, conclui Santo Tomás que, por questões de segurança (jurídica?), visto a flexibilidade existente na “justiça viva” dos juizes, foi necessário que a lei determinasse o que deve ser julgado, isto é, devendo medir e instituir o direito de cada parte de maneira geral. Por outro lado, algumas poucas coisas devem ser deixadas aos juizes, pois há coisas singulares em determinados casos que não estão compreendidas pela lei.

De maneira geral, o julgamento, segundo Aquino (2010b), deve ser feito segundo as leis, pois se ocorresse o contrário, desviar-se-ia do direito natural ou do direito positivo. Porém, por limitação do próprio legislador que não é capaz de intuir todos os casos possíveis, e, nesta situação, explica o teólogo Tomás (ST I^a-IIae, q. 96, a. 6^o) que é possível julgar *contra legem*:

Acontece, porém, frequentemente, que observar algo é útil à salvação comum, o mais das vezes; é, contudo, em alguns casos, maximamente nocivo. Dado que o legislador não pode intuir todos os casos particulares, propõe uma lei segundo aquelas coisas que acontecem o mais das vezes, levando sua intenção à utilidade comum. Por isso, se surge um caso no qual a observância de tal lei é danosa à salvação comum, não deve ela ser observada (Aquino, 2010a, p. 594).

Assim, a *epieikeia* ou *aequitas* (equidade), também pode ser vinculada a virtude ética de justiça, e, nesse sentido, é uma qualidade de caráter que faz com que uma pessoa abra mão da lei em favor de outro, pois em alguma situação excepcional esta lei se torna injusta, ou seja, é alguém que sabe ceder sob circunstâncias determinadas, de tal modo que é possível julgar contra as palavras da lei para se preservar a utilidade comum.

Obviamente que, sob situações normais, deve-se sempre julgar de acordo com a letra da lei, estendendo-lhe sua eficácia quando possível com base no bom senso e sempre tendo em vista a busca por uma ordem jurídica justa.

3.4 OS LIMITES DA LEI HUMANA

A procura de compreender quais os limites da lei, isto é, sobre o que ela pode regular e em que grau suscitam dificuldades na teoria da norma, nesse diapasão, Tomás de Aquino, sob à luz do sistema aristotélico e do pensamento cristão, propõe bases sobre as quais pode-se refletir acerca do poder da lei humana.

Santo Tomás, na questão 96 da I^a-IIae da *Summa*, pergunta-se sobre o poder da lei humana. Nesse sentido, no artigo 2^o investiga se a lei humana deve coibir todos os vícios. A conclusão é de que há um certo limite na ordenação dos atos humanos pela lei humana, pois ela permite alguns vícios, não coibindo os mesmos.

Aquino (2010a), considerando o ser-possível e o ser-proporcional da lei, argumenta que as leis devem “ser impostas aos homens segundo a sua condição” (2010a, p. 586), assim, considerando que a lei humana é imposta em geral e que a maioria das pessoas às quais ela se dirige

não são perfeitas na virtude, e levando em consideração também que os imperfeitos não podem suportar preceitos rígidos, não são proibidos todos os vícios senão os mais graves, dos quais é possível que a generalidade dos homens se abstenha e aqueles vícios sem cuja proibição a sociedade humana não poderia conservar-se.

Assim, o desenvolvimento da moralidade da sociedade influencia no poder do legislador, pois tal desenvolver-se pode levá-lo a proibir o que antes era tolerado, e vice-versa.

Pode-se dizer que esse entendimento é uma mera conclusão lógica do princípio da finalidade ao bem comum por parte da lei, pois uma lei ineficaz também não serviria à utilidade humana nem à felicidade geral. Na verdade, porém, o centro dessa argumentação do Doutor Angélico gira em torno da tolerância. Cabe, nesse sentido, análise breve para que não seja compreendida como mera permissividade, mas no sentido real em que o Aquinate emprega a ideia.

A Tolerância, de modo geral, parece sempre ter como objeto algum que é ‘mau’ ou ‘inconveniente’: seja um defeito físico, um erro intelectual ou uma deformidade moral, isso pressupõe que quem tolera poderia evitar isso porque tem a competência para fazê-lo, a autoridade jurídica ou moral necessária (Beuchot, 2008b), no âmbito público seria a força coercitiva, já no âmbito privado seria a persuasão argumentativa. Nesse sentido, diz o canonista Trautmansdorff (*apud* Vermeersch, 1913, p. 5, tradução nossa): “aprovamos somente o que é bom, toleramos o que é mal”.

O pensador tomista Jaime Balmes define a tolerância da seguinte maneira:

Tolerância é o sofrimento de uma coisa que se entende como ruim, mas que se crê conveniente deixá-la sem castigo (...) de maneira que a tolerância sempre anda acompanhada da ideia do mal. Tolerar o ‘bom’, tolerar ‘a virtude’ seriam expressões monstruosas (Balmes, 1848, p. 419, tradução nossa).

Portanto, quando se aborda a questão da tolerância no âmbito das ideias, claramente pressupõe-se que aquela opinião que se tolera é incorreta, errônea etc. Já no âmbito público, ela é exercida em respeito aos vícios e abusos contra os quais as autoridades consideram impossível proceder contra de modo legal (Vermeersch, 1913).

Em sentido semelhante, no artigo 3º da questão 96 da Iª-IIae da *Summa Theologiae*, Tomás de Aquino argumenta que a lei pode preceituar sobre todos os atos de todas as virtudes que estejam, ao menos, mediatamente relacionadas com o bem comum, por isso, é lícito à lei regular questões relacionadas à boa disciplina, “por meio da qual os cidadãos são formados para que conservem o bem comum da justiça e da paz” (Aquino, 2010a, p. 588).

Percebe-se, pois, em Santo Tomás, que a lei humana deve ter o mínimo de normação valorativa que possibilite o convívio em sociedade (Cunha, 2019), de tal modo que haja uma interação mútua e interdependente entre Direito e Moral, cada qual respeitando seus respectivos domínios.

3.5 A MUDANÇA DA LEI HUMANA

A mudança legislativa é uma realidade que suscita diversas discussões, em especial, quanto à possibilidade de alterar a lei e quanto à necessidade de fazê-lo, nesse sentido, tais tópicos são também analisados por Tomás de Aquino.

Após analisar os principais aspectos da lei humana (ST Iª-IIae, q. 95) e a extensão de seu poder (ST Iª-IIae, q. 96), Tomás de Aquino na questão 97 da Iª-IIae da *Summa Theologiae* trata especificamente da mudança das leis humanas.

Em primeiro lugar, Tomás de Aquino reflete sobre a mutabilidade da lei humana, ca-

racterística que a distingue tanto da lei eterna quanto da lei natural, esta, aliás, é imutável em si mesma, mas o ser humano, com o desenrolar moral da sociedade, desenvolve um conhecimento mais íntimo e perfeito sobre ela (Maritain, 1944). Nesse sentido, não somente a lei injusta pode e deve ser modificada, mas também a lei justa. O juízo de ponderação aqui tem como medida a mesma utilizada quanto aos limites da lei, a realização do bem comum: “lei humana muda retamente na medida em que por sua mudança se provê à utilidade comum” (Aquino, 2010a, p. 598).

Duas são as causas possíveis para que seja legítima a mudança da lei, uma da parte da razão (que mede) e outra por parte do homem (que é medido).

Nesse ínterim, como é natural da razão ir, de modo gradual, do conhecimento imperfeito ao perfeito, é possível que o legislador antigo, ao ter achado determinada lei útil para a sociedade, tenha instituído leis imperfeitas que falharam em muitos casos quanto à utilidade comum, assim, é natural que tais leis sejam revogadas e deem espaço para novas leis que em poucos casos falhem quanto ao bem comum. Por outro lado, a lei pode ser alterada em razão das mudanças das condições dos homens.

No artigo segundo da mesma questão 97, Tomás de Aquino (2010a) discute quanto à frequência em que a lei humana pode ser modificada. Nesse sentido, considerando que a mudança só pode ocorrer quando convém ao bem comum, o Aquinate percebe que a mudança das leis pode provocar certo prejuízo em alguns casos.

Assim, argumenta Aquino que a repetição dos atos, neste caso, a observância das leis, gera uma espécie de hábito social encarnado no costume, e, uma vez que a lei muda, “diminui a força coercitiva da lei, enquanto se abole o costume” (Aquino, 2010a, p. 598). Assim, a frequência da modificação da lei pode acarretar na perda de seu prestígio, indispensável à sua observação.

Quanto às relações entre lei e costume, Aquino, no artigo 3º da questão 96 da Iª-IIªe da *Summa Theologiae*, traz uma visão curiosa acerca da revogação da lei. Tomás de Aquino se dissocia do entendimento moderno, protagonizado, por exemplo, por Miguel Reale (2001) segundo o qual não é possível que o costume revogue uma lei, ainda que um costume *contra legem* faça com que uma determinada lei entre em desuso, visto o ato de revogar ser algo formal dentro do ordenamento jurídico.

Argumenta o Aquinate que, do mesmo modo que o homem pela palavra pode alterar uma lei, é possível que o ato de revogar (*removeat*) proceda dos atos, maximamente multiplicados, que constituem o costume. Desse modo, o costume, dentro do pensamento tomista, adquire um *status* importantíssimo de força de lei, capaz de abolir as leis e também de ser seu intérprete.

Assim, seja em uma sociedade livre para fazer leis, seja numa sociedade na qual a lei é imposta por um poder superior, “o costume mesmo, prevalecendo em tal multidão, adquire força de lei, enquanto é tolerado por aqueles aos quais pertence impor a lei à multidão, pelo fato de que parecem aprovar o que o costume induziu” (Aquino, 2010a, p. 601).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, foi abordado o ponto de vista segundo o qual Tomás de Aquino produziu os textos do *De Lege* e *De Iustitia*. Após isso, compreendeu-se qual seria o ponto de vista deste trabalho acadêmico, isto é, o olhar jurídico que busca explorar as questões concernentes à praticidade da lei humana, sem ignorar questões valorativas que são inseparáveis do pensamento tomasiano.

Após isso, foram analisadas as questões concernentes à lei humana presentes na *Summa Teológica*. Em um primeiro momento, dissertou-se sobre a definição de lei em Tomás de Aquino.

no, compreendendo ela como uma ordenação da razão ao bem comum promulgada por uma autoridade competente. Em seguida, tratou-se de uma breve explicação sobre a tripla classificação no pensamento tomasiano: a lei eterna, a lei natural e a lei humana. Então, aprofundou-se o sentido da lei humana nos escritos do santo Tomás de Aquino.

Depois, foram analisadas as principais características da Lei, as quais são: honestidade, congruência, possibilidade, proporcionalidade, necessidade, utilidade, clareza e coercibilidade. Em seguida, buscou-se as classificações da lei positiva tratadas no texto tomasiano segundo o cumprimento de sua finalidade (justa e injusta), segundo o modo de procedência do direito natural (por evidência e por determinação) e segundo os diversos regimes. Posteriormente, foi feita uma reflexão sobre a aplicação e hermenêutica da lei humana dentro da perspectiva tomista. Além disso, procurou-se observar os limites do poder de uma lei dentro de seu caráter pedagógico e busca do fim comum e dos momentos em que sua mudança se faz útil.

Conclui-se, portanto, que Tomás de Aquino é um jusfilósofo importantíssimo para aprofundamento da teoria da norma jurídica positiva, também sendo fundamental para embasar um pensamento humanista em torno da lei e da sociedade, visto que não escapa questões valorativas das questões jurídicas, pelo contrário, harmoniza cada uma delas numa verdadeira concepção humanista da lei humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 4. 2º ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010a.

_____, Tomás de. **Suma Teológica**, v. 6. 2º ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010b.

AUBERT, Jean-Marie. A pedagogia Divina pela Lei. In: **Suma Teológica**. vol. IV. São Paulo: Loyola, 2010.

BALMES, Jaime. **El protestantismo comparado con el catolicismo en sus relaciones con la civilización europea tomo primero**. 3º ed. París: Librería de A. Bouret y Morel, 1848.

BARBUY, Victor Emanuel Vilela. Aspectos do Direito na obra de Santo Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, v. 106(106-107), p. 631-651, 2011/2012. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67960>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

BEUCHOT, Mauricio. **Filosofía y Derechos Humanos**. 6º ed. México: Siglo XXI Editores, 2008a.

_____, Mauricio. **Derechos Humanos: Historia y Filosofía**. 3º ed. México: Distribuciones Fontamara, 2008b.

BOFF, Clodovis. Santo Tomás de Aquino e a Teologia da Libertação. **Revista Eclesiástica Brasileira**, v. 41, n. 163, p. 426-442. 1981. Disponível em: <<https://doi.org/10.29386/reb.v41i163.3701>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

CIGOGNI, Enir. Sobre a Prudentia e a Lex Naturalis em Santo Tomás de Aquino. **Thaumazein**, n. VII, n. 13, Santa Maria, pp. 48-62. Disponível em: <<https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/thaumazein/article/viewFile/62/25>>. Acesso em: 5 jan. de 2024.

COMBLIN, José. A atualidade de S. Tomás de Aquino. **Revista Eclesiástica Brasileira**, v. 34, n. 135, p. 600–620. 1974. Disponível em: <<https://doi.org/10.29386/reb.v34i135.4177>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

COPLESTON, Frederick. **Historia de la filosofía: De San Agustín a Escoto**. 1º ed. Barcelona: Ariel, 2000.

CUNHA, José Ricardo. Lei Natural e Lei Humana em Santo Tomás de AQUINO, pp. 55-72. In Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2º Região: **Fenomenologia e Direito** - Vol. 12, n. 1 (abr./set.2019) - Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008 - v. Disponível em: <<https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/fenomenologiaedireito/issue/view/35>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

GARDEIL, Henri-Dominique. **Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino: Introdução, Lógica e Cosmologia**. 1º ed. São Paulo: Paulus, 2013.

HERVADA, Javier. **Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho**. 3º ed. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 2000.

_____, Javier. **Introducción Crítica al Derecho Natural**. 11º ed. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 2011.

LARGO-FERNÁNDEZ, Antonio Osuna. Asimetrías entre la ley y derecho en la doctrina de Santo Tomás. **Estudios Filosóficos** v. 53, n. 153, p. 285-312. 2004. Disponível em: <<https://estudiosfilosoficos.dominicos.org/ojs/article/download/989/2887>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

LUÑO, Ángel Rodríguez. **Ética General**. 5º ed. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 2004.

MARTÍN, Nuría Belloso. La filosofía de la pena: entre el derecho y la moral. **Persona y Derecho**, v. 41, p. 527-578. 1999. Disponível em: <<https://dadun.unav.edu/handle/10171/13907>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

MARITAIN, Jacques. **The Rights of a Man and Natural Law**. 1º ed. Londres: The Centenary Press, 1944.

NOREÑA, Diego Velásquez. La ley en la doctrina de Santo Tomás de Aquino. **Revista Institucional UPB**, v. 28, n. 99, p. 214–224. 2020. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/revista-institucional/article/view/3030>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

VELLEZ, Lucrecio Jaramillo. La Ley en Santo Tomás de Aquino. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 5, n. 6, p. 41-53. 1951. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5212376.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

VERMEERSCH, Arthur. **Tolerance**. 1º ed. New York: Benziger Brothers, 1913.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR DANOS À INTEGRIDADE FÍSICA DO NASCITURO EM CASO DE ABUSO DE ÁLCOOL

THE CIVIL LIABILITY OF PREGNANT WOMEN FOR DAMAGE TO THE PHYSICAL INTEGRITY OF THE UNBORN CHILD IN THE EVENT OF ALCOHOL ABUSE

Renata Araújo Maia Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Manuella Rangel Silva

Graduanda em Medicina pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

Resumo: O presente artigo tem como objeto a análise da responsabilidade civil da gestante em casos de danos à integridade física do nascituro devido ao abuso de álcool. À vista disso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica de método dedutivo com o intuito de averiguar a natureza jurídica do nascituro, considerando desde a perspectiva da teoria concepcionista – cujos pressupostos aproximam-se dos ideais de um Estado Democrático de Direito, que valoriza a dignidade humana – até os aspectos biológicos e embrionários que permeiam o período gestacional. Além disso, busca-se examinar as consequências que o uso de drogas lícitas pela gestante, especialmente o álcool, causam no nascituro, tanto na vida intrauterina quanto no desenvolvimento após o seu eventual nascimento. Assim, diante de tal concepção, constata-se que o tema permanece controverso no ordenamento jurídico brasileiro, o que evidencia a relevância da discussão, uma vez que a pauta abrange uma problemática de saúde pública observada no cotidiano da população e traz diversos malefícios para um indivíduo visto, juridicamente, como um ser vulnerável.

Palavras-chave: Responsabilidade civil da gestante. Danos à integridade física. Abuso de álcool. Dignidade humana. Período gestacional.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the civil liability of pregnant women in cases of damage to the physical integrity of the unborn child due to alcohol abuse. In view of this, a deductive method bibliographical research was carried out in order to ascertain the legal nature of the unborn child, considering from the perspective of the conceptualist theory – whose assumptions are close to the ideals of a Democratic State of Law, which values human dignity – to the biological and embryonic aspects that permeate the gestational period. In addition, it seeks to examine the consequences that the use of licit drugs by pregnant women, especially alcohol, have on the unborn child, both in intrauterine life and in development after its eventual birth. Thus, in view of this conception, it can be seen that the issue remains controversial in the Brazilian legal system, which highlights the relevance of the discussion, since the agenda covers a public health problem observed in the daily life of the population and brings various harms to an individual seen, legally, as a vulnerable being.*

Keywords: *Civil liability of the pregnant woman. Damage to the physical integrity. Alcohol abuse. Human dignity. Gestational period.*

Sumário: 1 Introdução – 2 O nascituro perante o ordenamento jurídico brasileiro; 2.1 O direito à integridade física do nascituro; 2.2 A figura do curador ao nascituro – 3 Agentes teratogênicos e desenvolvimento fetal – 4 Consequências do abuso de álcool durante a gestação – 5 Respon-

bilidade civil da gestante por danos à integridade física do nascituro em caso de abuso de álcool – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil atribuída às gestantes por danos ao nascituro é uma temática imprescindível para o Direito, especialmente quando examinado à luz da Bioética e do Biodireito, que buscam regular as intervenções científicas e tecnológicas na área da saúde, bem como proteger os direitos fundamentais das pessoas em contextos médicos e biológicos.

Na contemporaneidade, apesar dos consideráveis avanços no campo da Medicina quanto ao desenvolvimento embrionário, o nascituro, no sistema jurídico brasileiro, permanece sendo alvo de intensos debates, o que contribui para o surgimento de diferentes correntes de pensamento quanto à sua proteção legal.

Ressalta-se que tal questionamento se intensifica diante do uso indiscriminado de álcool pela sociedade brasileira, mesmo em período gestacional, e na ausência de uma regulamentação específica sobre o tema, associados à falta de clareza doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito aos direitos do nascituro e ao reconhecimento de sua personalidade.

Nesse sentido, por meio de pesquisa bibliográfica de método dedutivo, objetiva-se esclarecer a problemática levantada pela doutrina acerca dos direitos da personalidade conferidos ao nascituro pela legislação, uma vez que a violação de tais direitos pode ensejar a responsabilização civil da gestante.

Assim, pretende-se avaliar a viabilidade do nascituro, por meio de representante legal, ou o filho, ao adquirir plena capacidade para os atos da vida civil, intentar uma ação de indenização contra sua genitora devido aos danos resultantes do uso de drogas durante a gestação.

2 O NASCITURO PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como preceitua o artigo 2º do Código Civil, “a personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ao tratar do início da personalidade jurídica, tema de incontáveis controvérsias no âmbito jurídico, o artigo em análise suscita a seguinte questão: o nascituro é considerado pessoa no ordenamento jurídico brasileiro?

A partir de tal premissa, que desencadeou diversas discussões doutrinárias, surgiram três teorias que buscam interpretar a lei para definir o início da personalidade jurídica: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

Em primeiro lugar, importa destacar que a teoria natalista é predominante entre os autores clássicos, os quais sustentam que, por uma interpretação literal da lei, o nascituro não pode ser reconhecido como pessoa, visto que acreditam que a personalidade jurídica se inicia apenas com o nascimento com vida.

Segundo Tartuce (2007, p. 162), tal entendimento doutrinário se distancia de uma proteção ampla de direitos da personalidade e da dignidade humana, tendência do Direito Civil pós-moderno, negando ao nascituro os seus direitos fundamentais, como é o caso do direito à vida e à saúde. Logo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. Diante desse cenário, a tese defendida esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu.

Já para a teoria da personalidade condicional, a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, sendo, portanto, direitos eventuais; subordinando a sua eficácia a evento futuro e incerto. É válido mencionar que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou

encargo, como proposto pela corrente (Tartuce, 2007).

Outrossim, a teoria da personalidade condicional pode ser equiparada à teoria natalista devido à sua característica de atribuir ao nascituro não direitos efetivos, mas sim direitos eventuais sujeitos a condições suspensivas, resultando em uma mera expectativa de direitos.

Por fim, a teoria concepcionista defende que o nascituro é considerado pessoa humana, o que implica na proteção de seus direitos pela legislação. Adicionalmente, diversos dispositivos legais, tais como os artigos 542, 1.779, 1.798 e 1.799, I, do Código Civil, estabelecem a titularidade de direitos subjetivos pelo nascituro.

De acordo com o entendimento da exímia doutrinadora Maria Helena Diniz, a qual filia-se à teoria concepcionista, faz-se necessário classificar a personalidade jurídica em formal e material. Vejamos:

O embrião ou o nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo in vitro, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido (Diniz, 2002).

Adotando a teoria concepcionista, é importante evidenciar que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2010, reconheceu a obrigatoriedade do pagamento de indenização do seguro obrigatório por acidente de trânsito (DPVAT) em casos de morte do nascituro, considerando-o como sujeito de direitos, portanto, tratado como pessoa humana:

Recurso especial. Direito securitário. Seguro DPVAT. Atropelamento de uma mulher grávida. Morte do feto. Direito à indenização. Interpretação da Lei 6194/74. 1 – Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 – Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 – Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intrauterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 – Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 – Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido (STJ, REsp 1.120.676/SC, 3.ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.12.2010, DJe 04.02.2011).

Tal decisão foi ratificada em um julgamento ocorrido em 2014 pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme divulgado no Informativo n.º 547 da referida Corte Superior. O mencionado informativo explicita que:

O ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea. Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que, garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicio-

nados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao comando normativo do art. 3º da Lei 6.194/1974, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina (STJ, REsp 1.415.727/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.09.2014).

Dessa forma, torna-se evidente que o Superior Tribunal de Justiça tem seguido a abordagem de proteger o nascituro como sujeito de direitos, reconhecendo sua condição como pessoa humana, sobretudo no contexto das relações privadas e dos direitos da personalidade.

2.1 O DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA DO NASCITURO

De acordo com Berti (2009, p. 197), o nascituro tem direito à integridade física, sendo a sua proteção pressuposto necessário à proteção do seu direito à vida, pois qualquer ofensa séria à sua integridade física, dada a sua condição de extrema vulnerabilidade, pode, em tese, conduzir à sua morte.

Ainda, aplica-se ao nascituro a previsão contida no artigo 196 da Constituição Federal, segundo o qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Importa ressaltar que o artigo 7º da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), obriga à criação de políticas públicas que protejam a saúde do nascituro, a fim de permitir-lhe o nascimento sadio e em condições dignas de existência. Em outras palavras, ao prever o direito ao nascimento, e, particularmente, em condições dignas de existência, tal dispositivo legal protege, indubitavelmente, o direito do nascituro à saúde (Berti, 2009).

Ademais, consoante ao entendimento da autora em comento, ao nascituro é conferido o direito ao fornecimento de todos os medicamentos necessários à preservação de sua saúde, à boa evolução da gravidez e à realização de todos os tratamentos que possam resguardar sua saúde, inclusive cirurgias emergenciais e inadiáveis para momento posterior ao nascimento.

É possível depreender, por conseguinte, que o nascituro tem direito a que as demais pessoas, particularmente sua mãe, se abstenham de praticar qualquer ato danoso à sua saúde ou adotem qualquer conduta que possa prejudicar-lhe o desenvolvimento.

Berti (2009, p. 203) revela, ainda, que tem direito, até mesmo, a que sua mãe seja impedida de consumir substâncias que possam afetar-lhe negativamente a saúde, podendo ser pleiteadas judicialmente medidas nesse sentido, ainda que envolvam internação compulsória.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1045750/RS, sob a relatoria do Ministro Castro Meira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) explicitamente reconheceu que o nascituro é detentor do direito à saúde. A admissão desse direito foi claramente destacada na primeira parte da ementa da decisão proferida.

PROCESSUAL CIVIL. GESTANTE. ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDISPONÍVEL. 1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público. (...) (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1045750/RS, rel. Min. Castro Meira, j. em 23.06.2009, Dje 04.08.2009).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) reconheceu o

direito à vida e, conseqüentemente, o direito à saúde do nascituro.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXAME MÉDICO. NASCITURO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO EM CONSTITUIÇÃO. Considerando que a vida do nascituro é o bem tutelado, que a família não tem condições de arcar com os custos correspondentes ao exame médico necessário e que a saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196 e art. 241 da CE), não merece reforma a decisão que determina a indicação de local para a realização do exame, sob pena de retenção dos valores necessários para tanto. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, DE PLANO. (TJRS, Oitava Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 70024004756, rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. em 24.04.2008, publ. Diário da Justiça 29.04.2008) APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. INADMISSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEVER DO ESTADO. Inadmissível o reexame necessário quando a condenação imposta à Fazenda Pública não supera o valor de 60 salários mínimos. É o Ministério Público legitimado ativo a postular direitos indisponíveis em juízo, via ação civil pública, sobretudo visando a resguardar o direito à vida de nascituro. A assistência à saúde é dever do Estado, que, na impossibilidade de prestar o devido atendimento a gestante carente, não pode se eximir da eventual responsabilidade pelo ressarcimento das despesas arcadas por estabelecimento hospitalar privado. Reexame necessário não conhecido. Apelo não provido. Unânime. (TJRS, Sétima Câmara Cível, Apelação e Reexame Necessário n.º 70010013639, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. em 06.04.2005, publ. Diário da Justiça 12.04.2005) APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. INTERNAÇÃO DE GESTANTE E NASCITURO EM UTI NEONATAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DENUNCIÇÃO À LIDE. I. PRELIMINARES. - A responsabilidade pelas ações e serviços públicos de saúde é solidária entre União, Estados e Municípios. - (...) Tratando-se de demanda que exige rápida solução, pois em discussão direito à vida e à saúde de gestante e de nascituro, pode o juiz indeferir o alargamento do pólo passivo com fulcro na regra constante do parágrafo único do art. 46 do CPC, que se apresenta como verdadeiro complemento do disposto no inciso II do art. 125, também do CPC. Precedentes da Corte. II. MÉRITO. - Aos entes da federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados, inteligência dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. - A observância das normas constitucionais garantidoras do direito fundamental à saúde corresponde ao verdadeiro alcance do conteúdo político das disposições constitucionais, bem como à efetivação do Estado Democrático de Direito, descabendo considerá-las a título de meros programas de atuação. - O direito à saúde é assegurado com prioridade absoluta em favor das crianças e adolescentes, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, bem como arts. 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente. - A própria Carta Constitucional impõe ao Estado o dever de proceder à reserva de verbas públicas para atendimento à demanda referente à saúde da população, havendo, portanto, previsão orçamentária. - Não infringência ao princípio da independência entre os Poderes, posto que a autoridade judiciária tem o poder-dever de reparar uma lesão a direito - artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. - A Lei n.º 8.666/93 autoriza a dispensa da licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares... (art. 24, inc. IV). REJEITARAM AS PRELIMINARES DO AGRAVO RETIDO, DESPROVENDO-O, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, E CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO (TJRS, Terceira Câmara Cível, Apelação e Reexame Necessário n.º 70009461807, rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. em 18.11.2004).

Por fim, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reconheceu de forma explícita que a

Lei n.º 11.804, de 2008, tem como objetivo primordial proteger o direito do nascituro ao desenvolvimento saudável.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS - Determinação ao magistrado para que designe audiência em data breve, antes do nascimento da criança - Alimentos gravídicos instituídos pela Lei n.º 11.804/2008 que visam preservar o direito à vida e gestação saudável do feto - Inviabilidade de pronta fixação do pensionamento, diante da absoluta carência de elementos que autorizem, desde logo, obrigar o réu a pensionar a autora - Não trouxe a recorrente nem sequer cópia da inicial, ou de qualquer outro elemento de convicção da existência de relacionamento afetivo entre as partes à época da concepção - Recurso parcialmente provido (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n.º 994.09.278138-9 (696.335.4/5-00), rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 13.01.2010).

Resta comprovado que a jurisprudência pátria vem reconhecendo o direito do nascituro à saúde; tal reconhecimento vem se tornando cada vez mais abrangente, inclusive com a correção de possíveis distorções legislativas.

2.2 A FIGURA DO CURADOR AO NASCITURO

Além dos direitos da personalidade inerentes ao nascituro, torna-se pertinente citar um dos demais direitos subjetivos expressamente reconhecidos pelo sistema jurídico brasileiro atual.

Nessa perspectiva, observa-se, nos termos do artigo 1.779 do Código Civil, que o nascituro terá direito à designação de um curador, incumbido de salvaguardar seus direitos, sobretudo os mencionados anteriormente, nos casos em que seus interesses entrarem em conflito com os da sua genitora, notadamente quando as ações dessa ameaçarem a vida, a saúde, a integridade física ou moral do nascituro.

Ainda, ressalta-se que, nas situações em que a gestante estiver interdita, o curador do nascituro será o mesmo curador que fora designado para ela. Tratando-se, assim, do chamado curador ao nascituro.

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

3 AGENTES TERATOGENÉTICOS E DESENVOLVIMENTO FETAL

Conceituam-se como agentes teratogênicos, quaisquer agentes físicos ou estados de deficiência, que, presentes durante a vida fetal, produzem alterações estruturais ou funcionais, agindo por meio de mecanismos patogênicos que afetam o desenvolvimento do feto, ocasionando morte celular, alterações no crescimento dos tecidos, interferência na diferenciação das células ou em outros processos morfogenéticos (Kalter; Warkany, 1983).

Segundo Seashore e Wappner (1996), é possível classificar os teratógenos em cinco grupos, sendo estes: (1) agentes físicos; (2) poluentes ambientais; (3) doenças ou perturbações do metabolismo da gestante; (4) infecções provenientes da gestante; e (5) drogas, tanto medicinais como recreativas.

Estima-se que centenas de milhares de crianças nascem anualmente com graves defeitos congênitos de origem teratogênica (Christianson *et al.*, 2002). Apesar da prevalência de malformações devido a agentes teratogênicos apresentarem grandes variações, observa-se que, nos países em desenvolvimentos, como o Brasil, há maior índice de casos devido às características que podem tornar esse problema mais agudo (Facchini, 2002).

Neste contexto, de acordo com Christianson e Modell (2004), países subdesenvolvidos

tendem a apresentar poucas regulamentações referentes à utilização de teratogênicos na gestação, ineficácia dos sistemas dos serviços de saúde e falta de conhecimento e orientação sobre o tema para as massas.

No sentido biológico, constatou-se, a partir de estudos experimentais em animais, quais os principais mecanismos pelos quais os teratógenos atuam no desenvolvimento do embrião: (1) geram interferência na mitose e na capacidade proliferativa das células; (2) colaboram para a inibição da migração celular; (3) ocasionam ausência de precursores, substratos e coenzimas para a biossíntese; (4) dificultam o aporte de energia; e (5) causam compressão física e insuficiência vascular (Silva *et al.*, 2018).

4 CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO DE ÁLCOOL DURANTE A GESTAÇÃO

O etanol, comumente conhecido como álcool, é uma substância legalizada e amplamente utilizada em diversas partes do mundo. Entretanto, mesmo popularizado, o álcool enquadra-se como teratogênico, sendo responsável por desencadear anomalias congênitas na criança. Assim como outros teratógenos, esta substância, no âmbito gestacional, está associada a diversas condições socioeconômicas desfavoráveis, níveis educacionais baixos, multiparidade e idade materna superior a 25 anos.

O consumo de álcool é associado à incidência de deficiência mental em crianças cujas mães fizeram uso da substância durante a gravidez, além de ser identificado como a causa primária de anomalias congênitas no mundo ocidental (Grinfield, 2009). Quanto a responsabilidade moral e causal da mãe em relação aos resultados adversos, o autor destaca:

Embora não se saiba exatamente qual é a dose de álcool que poderia causar dano fetal, evidências recentes sugerem que mesmo uma dose por semana está associada à possibilidade de dificuldades mentais. Expondo o feto a um teratógeno, a mãe é moral e causalmente responsável pelo resultado, pois está demonstrado que crianças de mães dependentes de substâncias psicoativas apresentam risco elevado de doenças perinatais graves, como prematuridade, malformações, retardo no crescimento intra e extra-uterino, sofrimento fetal e infecções, com seqüelas neurológicas e respiratórias.

Há uma associação amplamente documentada entre a ingestão de álcool durante a gestação e a ocorrência de anomalias congênitas na criança. Essa relação é estabelecida por meio de evidências científicas consistentes e é reconhecida como um fator significativo de risco para o desenvolvimento de condições adversas durante a gestação e após o nascimento (Silva *et al.*, 2018).

Anatomicamente, sabe-se que, durante a gravidez, a circulação materna e fetal está interligada através da placenta, órgão temporário no qual ocorre a troca de nutrientes, oxigênio e resíduos. Assim, as artérias uterinas maternas fornecem sangue rico em oxigênio para a placenta, que é transportado pelas veias umbilicais para o feto, enquanto os resíduos metabólicos são transferidos da circulação do feto de volta para a circulação da gestante. No entanto, destaca-se que a alcoolemia fetal assemelha-se à materna, isto é, a placenta também se estabelece como um meio permeável à passagem de etanol, teratógeno que se encaminha até o líquido amniótico e tem como destino final o feto.

Deste modo, evidencia Greenfield (2009, p. 186), o álcool possui como efeito primário uma vasoconstrição no cordão umbilical e na placenta, o que pode incrementar a duração da exposição fetal devido à redução do fluxo sanguíneo. Ainda, em aproximadamente uma hora, os níveis de etanol no sangue fetal e no líquido amniótico alcançam uma equivalência aos níveis

presentes no sangue da gestante. Nesse sentido, as manifestações fisiológicas pré-natais são:

Os danos pré-natais na época da concepção e nas primeiras semanas de gestação podem ser de natureza citotóxica ou mutagênica, levando a aberrações cromossômicas graves. No 1º trimestre, ocorre risco de malformações e dismorfismo facial, pois trata-se de fase crítica para a organogênese; no 2º semestre, há aumento da incidência de abortos espontâneos; e, no 3º trimestre, o álcool lesa outros tecidos do sistema nervoso, como o cerebelo, o hipocampo e o córtex pré-frontal, além de causar retardo do crescimento intra-uterino e comprometer o parto, aumentando o risco de infecções, descolamento prematuro de placenta, hipertonia uterina, trabalho de parto prematuro e presença de mecônio no líquido amniótico, o que constitui forte indicação de sofrimento fetal.

Ressalta-se, dentre as possíveis sequelas geradas pelo consumo de etanol, a Síndrome Alcoólica Fetal (SAF), que pode ser caracterizada como uma condição que resulta em uma variedade de consequências relacionadas ao neurodesenvolvimento. Essas consequências englobam retardo mental e deficiências em capacidade cognitiva, atenção, função executiva, controle motor e comportamento (Santana; Almeida; Monteiro, 2014).

De acordo com um estudo do Saban Research Institute, no Children's Hospital Los Angeles, as crianças afetadas com este distúrbio, demonstram menor ativação cerebral durante tarefas cognitivas específicas, corroborando com a tese de que a exposição pré-natal ao álcool altera a maneira como os sinais cerebrais se desenvolvem durante a infância e a adolescência (Silva *et al.*, 2018).

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR DANOS À INTEGRIDADE FÍSICA DO NASCITURO EM CASO DE ABUSO DE ÁLCOOL

Sabe-se que, em casos de abuso de substâncias durante a gestação, a responsabilidade moral e causal da mãe é ressaltada, pois a exposição a teratógenos aumenta o risco de doenças perinatais graves, como prematuridade e malformações (Silva *et al.*, 2018).

Outrossim, observando o comportamento fisiológico do nascituro, especificamente perante o contato com etanol, destacam-se as consequências diretas do comprometimento do sistema nervoso central.

Destarte, a principal repercussão direta do comportamento da gestante é a Síndrome Alcoólica Fetal (SAF), que resulta em deficiências neurológicas e cognitivas que afetam o desenvolvimento cerebral do feto desde a vida intrauterina quanto no desenvolvimento após o seu eventual nascimento.

Nessa lógica, surge o questionamento sobre a possibilidade do nascituro pleitear a proteção contra a genitora durante a gestação, ou se, posteriormente, poderá buscar reparação contra os pais por danos decorrentes da vida intrauterina.

Assim, de acordo com o Código Civil, não há quaisquer restrições, exceto as estipuladas por lei e relacionadas à capacidade e legitimidade processuais. Logo, quer seja nascido ou nascituro, o indivíduo pode utilizar todas as medidas disponíveis para a proteção de seus direitos da personalidade, incluindo a busca por reparação civil.

Todavia, Delgado (2018, p. 1487) destaca que os métodos para pleitear a proteção decorrem de formas distintas. Desse modo, conforme estipulado pelo artigo 197, inciso II, do Código Civil, apenas ao atingir a maioridade ou a emancipação, o filho tem autonomia para iniciar a pretensão de reparação civil contra a genitora. Por outro lado, enquanto incapaz, o filho nascido só poderá propor a ação representado ou assistido. Por fim, o nascituro tem legitimidade para propor a ação através de outro representante legal, sendo o genitor ou curador especial.

Salienta-se, ainda, a possibilidade de atuação do Ministério Público, considerando o

disposto no artigo 127 da Constituição Federal, em conjunto com o artigo 201, incisos III e VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que habilitam o órgão a agir em defesa de interesses indisponíveis e a propor as medidas necessárias para interromper qualquer ameaça à integridade biofísica do nascituro.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

(...)

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.

De acordo com Delgado (2018, p. 1489), em casos de danos à integridade física resultantes de agentes teratogênicos, não há a possibilidade de ser negado o direito à reparação integral apenas levando em consideração o causador do dano, no caso, a própria genitora.

O ordenamento jurídico brasileiro não alberga imunidade ou inimizabilidade à gestante que, de forma culposa ou dolosa, ocasionar qualquer espécie de dano ao nascituro. A doutrina da imunidade parental, muito aplicada nos países de *common law* até meados do século passado e segundo a qual a preservação da harmonia familiar deveria se sobrepor a toda e qualquer compensação eventualmente devida pelos pais aos filhos, encontra-se em franco declínio.

Em vista disso, visando deduzir a tutela contra a genitora, torna-se necessário provar o cumprimento dos pressupostos da responsabilidade civil, a saber da conduta que violou um direito, conectada, por meio de nexos causal, como disposto no artigo 403 do Código Civil, ao dano à integridade física ou psicológica do nascituro. Dispõe Delgado (2018, p. 1490):

A investigação da culpa em sentido lato é fundamental. Mister identificar no fato concreto qual foi a ação ou omissão negligente ou imprudente da gestante que violou direito do nascituro, demonstrando sua ligação com o dano, bem como a inexistência das excludentes clássicas de responsabilidade civil, como o estado de necessidade, a força maior e a culpa exclusiva de terceiro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos supracitados, a presente pesquisa explicitou que o nascituro, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser dotado de todos os direitos fundamentais. Outrossim, ainda que dependa fisiologicamente do corpo de sua genitora para o seu completo desenvolvimento, deve ser compreendido dentro de uma perspectiva humanista e visto como um indivíduo em fase de formação e detentor de personalidade.

Nesse sentido, faz-se necessário exigir o cumprimento do dever de cuidado para com o nascituro. Logo, se for comprovado que a gestante, por conduta própria, causou danos à integridade física de seu filho – verificada a conduta, o nexo de causalidade e o dano –, ela há de ser responsabilizada civilmente pela violação, não havendo impedimento por parte do nascituro para pleitear a proteção contra a própria genitora.

Dessa forma, devido à significativa evolução em vários domínios de pesquisa, é viável

conferir personalidade ao nascituro desde a concepção. Isto posto, a partir da teoria concepcionista, torna-se indispensável considerar o nascituro como uma pessoa, possuidora de todos os direitos de personalidade inerentes.

Assim, a partir dos princípios de valorização e preservação da vida humana, essenciais às mudanças advindas no contexto da Bioética e do Biodireito, torna-se imperioso que os direitos do nascituro sejam observados, como é o caso do direito à integridade física, para que a sua própria vida seja resguardada, conforme estabelece o artigo 5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, H. H. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, 2000.

BERTI, S. M. O nascituro e o direito à saúde. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 99, p. 189-208, 2009.

CHRISTIANSON, A. L. *et al.* Children with intellectual disability in rural South Africa: prevalence and associated disability. **Journal of Intellectual Disability Research**, v. 46, n. 2, p. 179-186, 2002.

_____; MODELL, B. Medical genetics in developing countries. **Annu. Rev. Genomics Hum. Genet.**, v. 5, p. 219-265, 2004.

DA SILVA, M. E. *et al.* Agentes teratogênicos e desenvolvimento fetal: Uma revisão narrativa. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 5, p. e0210514555-e0210514555, 2021.

DELGADO, M. L. Responsabilidade civil da gestante por danos ao nascituro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 4, 2018.

FERNANDES, B. A. Responsabilidade civil da gestante por danos causados ao nascituro durante a gravidez. **Revista Avant**, [S. l.], v. 3, n. 2, 2019. Disponível em: <<https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/6990>>. Acesso em: 16 jan. 2024.

GRINFELD, H. Consumo nocivo de álcool durante a gravidez. **Álcool e suas consequências: uma abordagem multiconceitual**. São Paulo: Manole, v. 8, n. 3, p. 179-99, 2009.

KALTER, H.; WARKANY, J. Congenital malformations: etiologic factors and their role in prevention. **New England Journal of Medicine**, v. 308, n. 8, p. 424-431, 1983.

RODRIGUEZ, S. L.; BETINI, B. T. **Os direitos do nascituro e sua proteção**: uma análise sobre o debate doutrinário do código civil acerca do início da personalidade civil. 2022. Relatório de Pesquisa (Graduação em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2022.

SANTANA, R. A.; ALMEIDA, L. F. J. L.; MONTEIRO, D. L. M. Síndrome alcoólica fetal – revisão sistematizada. **Revista Hospital Universitário Pedro Ernesto**, v. 13, n. 3, 2014.

SCHÜLER-FACCINI, L. *et al.* Avaliação de teratógenos potenciais na população brasileira. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 7, p. 65-71, 2002.

SILVA, Y. V.; RAMÍREZ, E. S.; ARENCIBIA, S. F. Malformaciones congénitas relacionadas con los agentes teratógenos. **Correo científico médico**, v. 22, n. 4, p. 652-666, 2018.

TARTUCE, F. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, p. 155-177, 2007.

_____. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646951. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646951/>>. Acesso em: 15 jan. 2024.

TORQUATO, J. S.; DOS SANTOS JÚNIOR, E. P.; PORTILHO, S. A. A. Gestação e uso de drogas: a responsabilidade civil da gestante pelos danos causados ao feto durante a gravidez. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 7, p. 68891-68911, 2021.

VENTER, P. A. *et al.* Congenital anomalies in rural black South African neonates-a silent epidemic?. **South African Medical Journal**, v. 85, n. 1, p. 15-20, 1995.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: UMA ANÁLISE DA DIVULGAÇÃO DE PRODUTOS E JOGOS DE AZAR À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

THE CIVIL LIABILITY OF DIGITAL INFLUENCERS: AN ANALYSIS OF THE DISCLOSURE OF PRODUCTS AND GAME OF GAMBLING IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF CONSUMER LAW

Eulália Fernanda de Medeiros Sizenando

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Maria Eloise Dantas de Azevedo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Saulo de Medeiros Torres

Mestre e graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Resumo: Com a popularização dos meios de comunicação e o advento e crescimento da *Internet*, novos profissionais e novos meios de divulgação de produtos surgiram, entre eles o *digital influencer*. Neste sentido, observa-se uma ausência de regulamentação com relação ao trabalho publicitário realizado por esses novos profissionais, fato que impacta direta e negativamente na vida dos consumidores, a parte vulnerável da rede de consumo. Logo, ao decorrer do presente artigo, esmiuçou-se sobre como os influenciadores digitais utilizam do seu trabalho diário nas redes sociais para influenciar seus seguidores, de modo que, assim, os levam a adquirir produtos e serviços. Isto é, há um verdadeiro trabalho de alienação e manipulação do consumidor, o qual contraria os dispositivos legais dispostos no Código de Defesa do Consumidor e, ainda, ocorre sem nenhuma expectativa de responsabilização civil. Em suma, o trabalho científico em questão tem como principal problemática a falta de responsabilização relativa à publicidade realizada pelos *influencers*, assim como os impactos negativos na relação consumerista ocasionados por essa lacuna jurídica. Isto posto, mediante a exposição dos fundamentos a seguir, o presente trabalho defende a necessidade da responsabilização civil dos influenciadores digitais que divulgam produtos e serviços em completa inobservância dos preceitos legais.

Palavras-chave: Influenciadores digitais. Publicidade. Responsabilidade civil. Consumidor. Vulnerabilidade.

Abstract: *With the popularization of the media and the advent and growth of the Internet, new professionals and new ways of promoting products emerged, including digital influencers. In this scene, there is a lack of regulation regarding the advertising work carried out by these new professionals, a fact that directly and negatively impacts the lives of consumers, the vulnerable part of the consumption network. Therefore, throughout this article, it was elaborated on how digital influencers use their daily work on social networks to influence their followers, thus leading them to purchase products and services. Thus, there is a real work of alienation and manipulation of the consumer, which contradicts the legal provisions set out in the Consumer Protection Code and, furthermore, occurs without any expectation of civil liability. In short, the scientific work in question has as its main problem the lack of accountability regarding advertising carried out by influencers, as well as the negative impacts on the consumer relationship caused by this legal gap. That said, by exposing the following fundamentals, this work defends the need for civil liability for digital influencers who promote products and services in complete disregard of legal precepts.*

Keywords: *Digital influencers. Advertising. Civil responsibility. Consumer. Vulnerability.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Democratização das redes sociais e o surgimento do “*digital influencer*” no mercado de consumo – 3 O princípio da vulnerabilidade e da transparência frente aos direitos dos consumidores na Era dos *digitais influencers* – 4 *Digital influencer* no papel de fornecedor por equiparação e conceito de responsabilidade civil – 5 A divulgação de jogos de azar pelos *digitais influencers* – 6 A responsabilidade do influenciador na jurisprudência brasileira – 7 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Ainda no século XX a população começou a observar um processo de desenvolvimento tecnológico, o qual resultou em mudanças profundas na logística global, transformando o mundo até então conhecido como “analógico” em um “mundo digital”. Nesta senda, deve-se pontuar que, principalmente nos anos 2000, houve um grande avanço dos meios tecnológicos e a *Internet* transformou-se no principal meio de comunicação.

Como resultado dessa expansão tecnológica pode-se citar o crescimento acelerado do número de usuários nas redes sociais, fenômeno este que tem consequências contraditórias, visto que há notórios benefícios advindos da democratização da *Internet*, ao passo que também há malefícios não previstos. Nesse diapasão, é cediço que o meio virtual se desenvolve de forma exponencial, enquanto o Direito, todavia, não consegue acompanhar essa evolução de forma satisfatória, o que ocasiona a falta de regulamentação jurídica para uma série de acontecimentos virtuais.

Dessa forma, insta mencionar uma das maiores novidades decorrentes do avanço tecnológico: o surgimento dos *digitais influencers*. O trabalho dos influenciadores digitais é relativamente novo, tendo em vista que surgiu há pouco menos de 10 anos. Nesta seara, como dito anteriormente, o ordenamento jurídico tem uma certa dificuldade em acompanhar as mudanças advindas do mundo digital, o que resulta em situações que merecem uma atenção jurídica, mas que não a receberam ainda. Este é o caso dos *influencers*, visto que são uma espécie de profissionais que atuam em um “limbo jurídico”, isto é, eles realizam um trabalho análogo ao de grandes empresas de publicidade, mas, em muitos casos, não o fazem em conformidade com todos os trâmites legais.

Recentemente eclodiu, no mundo digital, diversas polêmicas a respeito da responsabilidade civil e ainda penal dos *digitais influencers* frente aos últimos acontecimentos envolvendo rifas digitais e divulgação de jogos de azar que, infelizmente, resultaram até em mortes de jovens em razão das dívidas e das expectativas frustradas. Com as últimas catástrofes, nota-se que a jurisprudência não é unânime, sendo que, em alguns casos, o Superior Tribunal de Justiça acolhe a responsabilidade subjetiva, afastando o influenciador da cadeia de consumo.

Nesse sentido, nota-se que há diversas discussões doutrinárias a respeito do conceito de responsabilidade na relação de consumo e, ainda, da emergência em regulamentar, de maneira explícita, a profissão do influenciador. Além disso, discute-se, também, a necessidade de prever, no CDC, de maneira explícita, o tipo de responsabilidade a que estariam sujeitos os influenciadores digitais.

Logo, o objetivo geral do presente trabalho é analisar, à luz dos princípios do Direito do Consumidor, o comportamento dos *digitais influencers* com relação a anúncios e publicidades de produtos e, mais especificamente, na divulgação de jogos de azar. Por sua vez, o objetivo específico é questionar e refletir se a legislação atual está sendo realmente eficaz quando se trata da responsabilidade civil desses profissionais e a possibilidade prática de responsabilizá-los à luz do CDC e, ainda, do art. 927 do Código Civil, além de explicar as razões que fundamentam um acréscimo de artigo que preveja a responsabilidade do profissional digital na cadeia de consumo

e nos danos ocasionados pelo seu trabalho.

O método utilizado foi o hipotético dedutivo, com revisão bibliográfica de artigos que versam sobre o tema, análise de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que dissertam sobre a responsabilidade objetiva e subjetiva do influenciador, bem como da doutrina. Outra fonte acrescentada foi a revisão de notícias de jornais digitais e os do meio televisivo sobre os resultados práticos e desastrosos dos jogos de azar divulgados pelos *influencers*, como a famosa “Blaze” e o “jogo do tigrinho”. Além disso, como se trata de um tema relativamente novo, também procurou-se analisar, de maneira cotidiana e crítica, o trabalho dos Influenciadores no *Instagram* e outras redes sociais que possibilitam e favorecem a venda e o consumo, bem como suas opiniões sobre jogos de azar e divulgação desses e outros produtos.

2 DEMOCRATIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS E O SURGIMENTO DO “DIGITAL INFLUENCER” NO MERCADO DE CONSUMO

Com a democratização da *Internet* e dos mecanismos de comunicação, o Brasil entrou para o *ranking* dos países que mais utilizam as redes sociais, segundo um levantamento feito pela *Comscore* – empresa dos Estados Unidos de análise da *Internet*, o país ocupa o 3º lugar dentre os países que mais consome redes sociais. Nesta senda, com o desenvolvimento desse veículo, o mercado e o comércio adaptaram-se ao seu uso e passaram a vender produtos através dele.

Além de mudanças no processo de compra e venda, foi inevitável que houvesse alterações nos métodos de propaganda e publicidade. Vídeos, fotos e descrições de produtos são feitos através da *Internet*, mais comumente através do *Instagram*. Nesse contexto, surge o que apelidamos de “influenciadores digitais” (*digitais influencers*).

De acordo com Silva e Tessarolo, *digitais influencers* são aqueles que:

(...) Se destacam nas redes e que possuem a capacidade de mobilizar um grande número de seguidores, pautando opiniões e comportamentos e até mesmo criando conteúdos que sejam exclusivos. A exposição de seus estilos de vida, experiências, opiniões e gostos acabam tendo uma grande repercussão em determinados assuntos (Silva; Tessarolo, 2016, p. 5).

É possível observar, com o advento das mídias, o desenvolvimento de uma espécie de confiança subjetiva estabelecida entre divulgadores e “seguidores”, como são chamadas as pessoas que acompanham, admiram e são influenciadas pelos novos profissionais que atuam nas redes sociais. Surge, portanto, uma relação de proximidade entre esses indivíduos, uma vez que, mediante mecanismos da própria plataforma digital, pode-se acompanhar a rotina desses *influencers* quase que de forma instantânea.

Vale citar, ainda, que o *Instagram* possibilita um contato acessível entre pessoas de diferentes classes sociais, diferentes culturas, religiões ou até mesmo diferentes regiões do mundo, ou seja, um indivíduo residente em uma cidade pacata do interior do estado pode trocar mensagens com uma pessoa nacional e internacionalmente reconhecida, além de poder acompanhar diariamente a rotina desses indivíduos. Nesse ínterim, essas formas de conexão geram um sentimento de intimidade e confiança entre os “influenciados” e os influenciadores.

Os consumidores, portanto, veem no *digital influencer*, uma espécie de inspiração. Observam o número de seguidores nas plataformas, como o *Instagram* ou *TikTok*, tendo tanto um sentimento de identificação, como também veem, na vida do influenciador, uma espécie de estilo a ser seguido. Nesse contexto, observando o cenário mercadológico, as empresas observam os influenciadores digitais como uma espécie de “ponte”, a qual pode facilitar o contato entre fornecedores, produtos e consumidores.

Nesse diapasão, com objetivo de fomentar seu público e legião de fãs, os *influencers* expõem cada vez mais sua vida privada, trazendo em suas publicações seu dia a dia e, principalmente, os produtos que estão presentes em sua qualidade de vida, a qual é normalmente cobiçada pelos seus seguidores. Há, assim, a criação de um vínculo entre influenciador e produto, ocasionando uma confusão entre a imagem da personalidade do *influencer* e determinado objeto de consumo, sendo esta a principal estratégia publicitária, haja vista que com essa fusão os usuários tornam-se mais propensos a obter o produto.

De maneira superficial, é dessa forma que os consumidores conhecem um produto e passam a adquiri-lo, a empatia e a personalidade de sucesso se confundem com o próprio produto, a confiança subjetiva transcende o vínculo de *influencer*-seguidor e o *Marketing Digital* cresce, bem como as vendas. Consoante Bastos (2017, p. 8), em uma pesquisa apresentada no Congresso Internacional de Administração, constatou-se que em um grupo de 414 internautas, quase 92% seguem ao menos um influenciador digital em suas redes sociais, sendo que deste percentual, 78,5% já tiveram contato com o ponto de venda de um produto indicado pelo influenciador digital. Nota-se, desta feita, o enorme alcance midiático desses profissionais, tornando-os, assim, uma ferramenta estratégica e eficaz de publicidade, além do surgimento de uma nova “categoria” de consumidores, o consumidor influenciado.

Uma vez que os *influencers* lucram com a própria imagem e seu engajamento, é possível observar que entre eles e as empresas se firmam característicos contratos empresariais, garantindo ao influenciador recursos e mais fama. O nicho, ou seja, o principal alvo do trabalho do *digital influencer* e das grandes empresas é o comportamento do consumidor, o objetivo deles é oferecer à empresa mais lucro através da identificação pessoal dos consumidores, o que Ferreira Júnior (2022) chamou de “*o eu como mercadoria*”.

Vê-se, portanto, o surgimento de uma relação psicológica, além de jurídica, do influenciador digital com o seu seguidor influenciado, através da criação de expectativa sobre um produto, a partir da indicação de alguém que detém a confiança de uma série de pessoas dentro do mercado de consumo. Sendo este o trabalho diferenciado de publicidade que o *influencer* oferece, nesse sentido, Efing, Bauer e Alexandre apontam:

A relevância da publicidade está ao se considerar uma sociedade de economia massificada, na qual diversos produtos e serviços são ofertados diariamente por meio de mensagens transmitidas pela televisão, do rádio, da *Internet*, de folders, de outdoors, e que expõem milhões de cidadãos no mundo à iminente necessidade de comprar e consumir (Efing; Bauer; Alexandre, 2013, p. 41).

Além disso, vale pontuar a semelhança entre a publicidade realizada na sociedade de economia massificada e a teoria da Indústria Cultural, surgida no contexto da Escola de Frankfurt e desenvolvida por Theodor Adorno e Max Horkheimer. Fundamentada na lógica capitalista, a Indústria Cultural busca maneiras de obter e aumentar o lucro, nesse sentido, quando aplicada ao meio cultural, essa lógica exige uma padronização nas obras produzidas, a fim de que atendam ao gosto do maior número possível de pessoas. Dessa forma, acontece uma alienação dos indivíduos e esse controle das massas promove um estilo de vida consumista.

O conceito ora abordado pode ser utilizado de forma análoga no caso dos influenciadores digitais, haja vista que, utilizando-se do poder midiático e da legião de seguidores, as empresas selecionam os *influencers* com o melhor nicho para a venda de seus produtos, os quais, por meio do trabalho da publicidade, serão transformados em fetiches, isto é, objetos de desejo do público. Assim, é notória a presença dos influenciadores digitais na rede de consumo, atuando não somente como uma ponte, mas também como uma espécie de fornecedor, o que o faz per-

tencer à cadeia de consumo como fornecedor.

Destarte, é inegável que a publicidade realizada pelos influenciadores digitais tem um poder muito maior de persuasão dos consumidores do que qualquer outro tipo de propaganda, uma vez que naquele caso, não se trata de um vendedor oferecendo um produto, mas sim, de uma pessoa com grande prestígio no meio social, a qual os seguidores admiram e confiam cegamente, assumindo o papel de garantidora dos benefícios daquele produto.

Entretanto, na realidade atual, por causa de tamanho crescimento da profissão e, de fato, da influência desses profissionais, é comum que, no judiciário e na própria *Internet*, litígios sejam ajuizados por vício ou fato do produto comprado por indicação do influenciador.

Lojas de produtos de pele, chás, produtos para emagrecimento, para cabelos e até eletroeletrônicos são indicados e comprados, sem receituário ou supervisão de profissionais, como nutricionistas ou médicos. Inclusive, tornou-se corriqueiro discussões e grandes embates, na *Internet*, entre influenciadores de emagrecimento e “vida saudável” (*lifestyle*) e nutricionistas sobre dietas restritivas e o terrorismo alimentar.

Recentemente, cresceu o número de influenciadores pagos por empresas internacionais para divulgar jogos de azar, que envolvem cassinos, apostas em jogos esportivos, roletas e até rifas com prêmios de luxo, como carros e imóveis. Tal prática é corriqueira e amplamente conhecida, vez que influenciadores de todos os Estados passaram a fazer suas chamadas “ações”. Acontece que, por mais que tenha sido normalizada essas práticas, não existe, por parte dos influenciadores, maiores explicações de como são organizadas essas rifas ou divulgações, não existe, inclusive, fiscalização para averiguar as informações e procedência dos prêmios, nem muito menos explicações sobre sua entrega, como são os sorteios ou até mesmo uma prestação de contas para com o Estado.

Com relação aos jogos de azar, por sua vez, são divulgados resultados positivos, nos quais apenas aparece na tela do divulgador (e é visto pelo influenciado) valores altos de lucros, supostamente obtidos com as apostas. Não há, portanto, esclarecimentos sobre o dinheiro, quanto foi pago nas apostas, quanto efetivamente foi possível sacar e se realmente houve saque do dinheiro que aparece como ganho. A publicidade desses jogos é obscura e vem chamando a atenção dos órgãos de fiscalização, já que os jogos de azar são proibidos no Brasil, razão pela qual não se vê empresas tipicamente brasileiras realizando-os, apenas estrangeiras, que, se beneficiando da ausência de menção de empresas internacionais na legislação, acabam sem receber nenhuma penalização e sem arcar com sua responsabilidade.

Tais situações denotam cada vez mais a necessidade de regulamentação, delimitação e previsão de responsabilidade civil dos profissionais que atuam como influenciadores por meio da *Internet*, já que são brasileiros e, atuando em território pátrio, devem obedecer por completo aos princípios lógicos já existentes no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor (CDC).

3 O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE E DA TRANSPARÊNCIA FRENTE AOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES NA ERA DOS DIGITAIS INFLUENCERS

Conforme já ventilado, a relação estabelecida entre as empresas e os influenciadores é um típico contrato de prestação de serviços, uma vez que o influenciador passa a representar, em *stories* do *Instagram*, a empresa, “fingindo” ser consumidor, provando e indicando o produto. A forma como se comporta, inclusive, ultrapassa o *marketing* legal da “#publi”, já que as pessoas confundem, em seu imaginário, a figura do influenciador com um simples consumidor, que está a indicar o produto por ter efetivamente resultados, o que não acontece na realidade. Esses profissionais, na verdade, muitas vezes sequer chegam a experimentar ou entender o produto e a empresa, fazem publicações e indicam, como “*expert*” porque simplesmente são pagos para isso.

O influenciador, portanto, passa a ser parte e elemento da empresa, visando aproximar e enaltecer a atividade empresarial e seus produtos, fazendo com que o fornecedor principal tenha mais lucros, utilizando-se de uma imagem pessoal. Sendo assim, a relação que se estabelece entre pessoa física, *digital influencer* e produto é uma relação consumerista (tutelada pelo CDC): o alvo das propagandas e publicidades é o consumidor.

O consumidor, polo passivo dos contratos de compra e venda, é vulnerável e hipossuficiente. Nesse sentido, a relação entre consumidor *versus* empresa não é uma relação de paridade, possuindo a empresa muito mais informações sobre os próprios produtos, além de condições financeiras para arcar com qualquer prejuízo decorrente deles. Já o influenciador tem lucros absurdos a partir da divulgação dos produtos, o qual escolhe frases específicas que chamam atenção, ludibriam o consumidor e vendem sua própria imagem como forma de trazer mais vendas e, por isso, ganhar ainda mais comissões.

A hipossuficiência do consumidor, trazida pelo CDC, é presumida. A empresa e os veículos digitais adquirem capital altíssimo com as vendas, sem, entretanto, se responsabilizar por eventuais danos, seja à saúde ou ao patrimônio do consumidor. Em relação ao consumidor influenciado pelos *digitais influencers*, a vulnerabilidade é ainda maior, pois, nas palavras de Mageste e Castro:

(...) Muitas vezes a maneira como o anúncio do produto a ser vendido é feita de forma extremamente sutil, o consumidor não consegue perceber. Afinal, quando se vê na televisão um famoso recomendar a compra de algum produto (remédios, eletrônicos, carros) é facilmente identificável que aquela é uma propaganda, enquanto, como a relação dos influenciadores com seu público aparenta ser mais próxima e íntima, o anúncio feito por eles tem a aparência de um conselho ou recomendação de amigo, o que desvia a atenção e prejudica a cautela do consumidor (Mageste; Castro, 2022, p. 384).

Visto isso, insta mencionar que uma das vertentes e subdivisões do princípio da vulnerabilidade é a vulnerabilidade informacional, ou seja, há uma ausência ou complexidade de informações prestadas que não permitem o entendimento pleno do consumidor com relação ao que está sendo ofertado. Isto é, a informação não é clara a ponto dos consumidores a compreenderem.

Nesta senda, nota-se que o usuário das redes sociais está sujeito, principalmente, à vulnerabilidade informacional, uma vez que ao divulgar um produto, muitas vezes, o influenciador digital não o faz de forma inteligível, geralmente a publicidade é realizada de forma simultânea à exposição de sua rotina, estratégia que camufla o objetivo principal: a venda do produto divulgado. Percebe-se que não há a apresentação dos detalhes técnicos do produto, em muitos casos o *influencer* apenas o expõe de forma rápida associando-o a um benefício “milagroso”, bastando segundos de divulgação para que os consumidores relacionem o produto ao estilo de vida desejado e, por conseguinte, o obtenham. Em meio a esse cenário, percebe-se de forma incontestável que o usuário está sujeito à vulnerabilidade informacional.

Como tentativa de mitigar essa vulnerabilidade, que a princípio não foi pensada a partir do surgimento desse tipo de profissional, o CDC estabelece princípios a serem seguidos no tocante à publicidade: princípio da vinculação; princípio da identificação; e princípio da veracidade e não abusividade. No que diz respeito ao princípio da vinculação, o Código de Defesa do Consumidor dispõe, *ipsi litteris*:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e

integra o contrato que vier a ser celebrado.

Em outros termos, o princípio da vinculação determina que a oferta publicitária integra o próprio contrato de consumo a ser celebrado, o que gera direito potestativo ao consumidor, com relação ao que foi ofertado, e responsabilidade objetiva pelo descumprimento ao fornecedor. Portanto, o fornecedor, ao veicular qualquer tipo de publicidade, deve não apenas preocupar-se em transmitir as informações de maneira clara, mas, principalmente, de forma correta, sob pena de vincular-se a uma proposta que não era aquela pretendida. Nesse ínterim, o artigo 35 do CDC permite ao consumidor exigir o cumprimento forçado da obrigação ou, à sua escolha, aceitar outro produto ou serviço equivalente, ou, ainda, rescindir o contrato reavendo a quantia eventualmente paga, atualizada monetariamente, acrescida de perdas e danos.

Faz-se mister frisar a inobservância constante do art. 30 do CDC pelos influenciadores digitais, dado que eles acabam anunciando produtos com benefícios exacerbados, vinculando-os a resultados inalcançáveis, atingindo, inclusive, a seara psicológica e íntima dos consumidores. A título de exemplo, pode-se citar o caso de várias famosas no mundo digital que passam por inúmeros processos cirúrgicos, como a Lipoaspiração de Alta Definição – procedimento que remove a gordura localizada –, e, assim, alcançam o “corpo dos sonhos”; contudo, ao ofertarem um produto, de forma intencional ou não, essas *influencers* transmitem a ideia de que alcançaram aquele resultado utilizando o produto divulgado. Nesse sentido, é notório o descumprimento do princípio, tendo em vista que há a vinculação de uma proposta infiel.

Da mesma maneira, com relação aos jogos de azar, é possível observar que o grande glamour divulgado no dia a dia pelos influenciadores atinge a seara psicológica do consumidor, criando, no imaginário do consumidor, que aquela vida de ostentação e bonança é facilmente conseguida através do dinheiro, que, por sua vez, pode ser obtido de maneira “mais fácil” através desses jogos. Além disso, os *digitais influencers* se posicionam na *Internet* como *gamers*, sustentando que conseguiram quantias absurdas de dinheiro com os jogos, o que se supõe que não corresponda ao que acontece na realidade.

Já no que concerne ao princípio da identificação, o art. 36 do CDC dispõe, *in verbis*: “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Compreende-se que esse dispositivo proibiu a prática da publicidade clandestina, isto é, aquelas que impedem a imediata visualização do produto ou serviço que está sendo vinculado, logo, restou vedada a publicação implícita. Observa-se uma notória relação deste artigo com o princípio da transparência, uma vez que ele introduziu especificamente a exigência de que tanto na embalagem e apresentação do produto, quanto na publicidade veiculada pelo fornecedor seja cumprido o dever de informação, o que se apresenta como uma tentativa de atenuação da vulnerabilidade informacional supramencionada.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o princípio da veracidade e não abusividade, estabelecido no CDC em seu artigo 37, diz que a propaganda deve ser expressa, ou seja, o consumidor, até mesmo o menos atencioso, precisa identificar que se trata de uma publicidade, sob pena de conduta ilícita. Portanto, a lei é clara: o *marketing* tem que estar e ser expresso. No caso do *Instagram*, órgãos fiscalizadores e regulamentadores, como o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), criaram métodos de identificação da propaganda como a “*hashtag* publi” (#publi), indicando ao consumidor que o conteúdo se trata de uma propaganda, não de uma opinião ou indicação pessoal. O que, pela primazia da realidade, não vem sendo suficiente para mitigar os prejuízos causados pelos jogos de azar e rifas não regulamentadas.

Como já incansavelmente exposto, é muito fácil que o consumidor confunda propaganda com vida privada e seja levado a erro e enganado pelas palavras de um *digital influencer*, tornando, de acordo com as ideias de Cláudia Lima Marques (Marques, 2007), o consumidor

ainda mais vulnerável, sendo mister a criação de leis específicas que estabeleçam diretrizes para a profissão de influenciador.

Nesse sentido, os conselhos de ética e a própria legislação tentam proteger o consumidor dos riscos de interferência na liberdade de escolha, do hiperconsumo e conseqüentemente do superendividamento, uma vez que esse é, de fato, o objetivo maior das empresas. Sendo assim, se faz necessário que os *digitais influencers* sejam pessoas educadas e cientes com relação às suas obrigações e cuidados na hora de fazer publicidade, bem como conhecedores das conseqüências resultantes da inobservância dessas obrigações.

No entanto, vale destacar que, apesar da previsão expressa de transparência e a vulnerabilidade ser presumível em processos que envolvem o consumidor, não existe uma legislação que determine quais condutas devem e podem ser adotadas por *digitais influencers*, o que obriga esta profissão, por carecer de regulamentação, a seguir as leis que regem a publicidade em alguns casos, em outros, sequer há o cumprimento das normas publicitárias e jurídicas que protegem o consumidor.

Conclui-se, portanto, que a profissão, apesar de visar, de fato, lucro através da publicidade, não possui um código de conduta, nem muito menos a previsão de responsabilidade em caso de danos aos consumidores, razão pela qual se discute, doutrinariamente, a figura do *digital influencer* como fornecedor ou parte da cadeia de consumo, apto a responder, solidariamente, pelos prejuízos advindos de vício ou fato do produto ou serviço.

Emerge, assim, a partir do número de influenciadores digitais existentes e os casos que buscam resolução no Judiciário, a necessidade de regulamentação específica para a profissão e, ainda, regras específicas para a publicidade digital realizada pelos influenciadores digitais, bem como um estudo mais aprofundado a respeito da relação capitalista existente entre os influenciadores e suas marcas patrocinadoras.

4 DIGITAL INFLUENCER NO PAPEL DE FORNECEDOR POR EQUIPARAÇÃO E CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Faz-se mister realizar uma breve exposição sobre a teoria do Fornecedor por Equiparação para assim chegar à compreensão do real papel exercido pelo *digital influencer* na relação de consumo. Sob a égide de Marques *et al.* (2007), fornecedor por equiparação seria aquele terceiro que serve como intermediário ou ajudante para a realização da relação de consumo, o qual atua frente a um consumidor como se fosse o fornecedor. Em outros termos, ele não é o fornecedor do contrato principal, mas atuando como intermediário torna-se o fator criador da relação conexa e possui uma posição de poder na relação com o consumidor.

Inclusive, é comum que produtos e marcas utilizem nomes dos famosos influenciadores para aumentar o prestígio de determinado produto dentro do mercado de consumo. À exemplo disso, vê-se uma relação entre a *Niina Secrets* e a própria marca Eudora, cuja produção se volta ao mercado de beleza e cosméticos em geral. Logo, vê-se que, ao ser patrocinado por uma marca para divulgar os produtos, os influenciadores lucram e fazem a empresa lucrar, atraindo consumidores a certos tipos de negócios e, ainda, servindo como intermediário entre a empresa e o consumidor propriamente dito, sendo o fato gerador da relação de consumo.

Ora, é exatamente essa a tarefa realizada pelos “famosos” da *Internet*, tendo em vista que, ao utilizarem do seu prestígio social e da confiança desmedida depositada em si, eles expõem um produto associando-o diretamente à sua própria imagem – fato que, muitas vezes, é o motivo decisivo para a compra. Nesse sentido, é indiscutível a posição de poder que esse agente publicitário tem face o consumidor, em virtude disso, é apropriada sua equiparação ao fornecedor original do produto.

Insta salientar que o Código de Defesa do Consumidor tem por escopo, conforme aduzido pela doutrina, proteger o consumidor das atividades desenvolvidas no mercado, que, pela própria natureza, são potencialmente ofensivas a direitos materiais, sendo criadoras de situações de vulnerabilidade independentemente da qualificação normativa de quem a exerce. Sob esse viés, vale observar o art. 3º do CDC:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O dispositivo legal acima traz a definição de fornecedor de forma básica, visto que apresenta conceitos abertos, a exemplo da prestação de serviços. Assim sendo, *a priori*, pode-se enquadrar o serviço realizado pelo influenciador digital na própria definição original, especificamente nas atividades da “comercialização de produtos ou prestação de serviços”, vez que é ele o apresentador do produto e quem convida, de maneira muitas vezes implícita, a comprar.

É ele quem divulga os benefícios (muitas vezes inexistentes ou inalcançáveis) de produtos e serviços, como é o caso dos jogos de azar também. Criam a ideia de que os resultados serão os mesmos para todos, sem, entretanto, alertar para os riscos conscientes e a questão de hipossuficiência informacional do público-alvo. Se os *digitais influencers* contam com um número alto de seguidores, por óbvio, seu público é diversificado e contém pessoas de diferentes classes e nichos sociais, bem como pessoas com mais conhecimento científico do que outras, o que também deveria ser levado em consideração. Em todo caso, uma outra hipótese indubitável é a de que ele atua como um fornecedor por equiparação.

Destarte, com relação à responsabilidade, o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade solidária de todos os agentes envolvidos na atividade de colocação do produto ou do serviço no mercado de consumo. Isto é, a necessidade de responder por quaisquer falhas ou danos abrange todos aqueles que participam da cadeia econômico-produtiva.

Em apartada síntese, se, na grande maioria dos casos, o trabalho de divulgação dos *digitais influencers* é a causa principal para a compra do objeto pelos usuários das redes sociais, é um erro grotesco afirmar que esse profissional não integra a relação de consumo, muito pelo contrário, é apropriado dizer, de fato, que ele é a “peça-chave” para que haja a relação de consumo. Logo, o grupo discutido em questão enquadra-se como fornecedor e, portanto, deve estar sujeito à responsabilidade solidária.

Além do mais, o CDC indica a responsabilidade em modalidade objetiva, que, por sua vez, nas palavras de Carlos Alberto Gonçalves:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultante (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos)” (Gonçalves, 2002, p. 98).

Isto é, a partir do conceito da responsabilidade objetiva vê-se que os agentes que lucram com a atividade devem suportar os riscos que, neste caso, suas atividades podem gerar. Evidentemente, os influenciadores recebem quotas e comissões pelos produtos vendidos sob sua influência e, por isso, doutrinariamente falando, devem ser responsabilizados sem que haja, necessariamente, comprovação da culpa.

Silvio Neves Baptista, em sua obra Teoria Geral do Dano, afirma que o objetivo principal da responsabilidade civil é tutelar e proteger os interesses e a harmonia social. Afirma, ainda, que, como pressuposto para a responsabilidade civil têm-se um fato antecedente, um dano,

um nexo causal e a possibilidade de imputabilidade do agente causador do prejuízo. Ele ainda destaca o caráter objetivo da responsabilidade civil, isto é, para o autor não é necessário que o agente causador tenha intenção de prejudicar, basta que o dano aconteça (Baptista, 2003). Essa prerrogativa pode e deve ser aplicada de forma direta às relações consumeristas e ao caso dos *digitais influencers*, como já exaurientemente exposto.

5 A DIVULGAÇÃO DE JOGOS DE AZAR PELOS *DIGITAIS INFLUENCERS*

Além da divulgação de produtos propriamente ditos, viu-se, nos últimos meses, um crescimento na divulgação de maneiras de ganhar dinheiro fácil através da própria *Internet* e uma dessas vias são os jogos de azar. Comumente, os *digitais influencers* postam no *Instagram* resultados satisfatórios e ganhos extraordinários de dinheiro através dos jogos de azar, expondo os valores obtidos, os quais variam entre R\$25,00 a R\$20.000,00, atraindo o público pela facilidade em ganhar e pelo suposto baixo investimento.

De forma sucinta, os influenciadores usam a sua imagem de sucesso, riqueza e beleza para influenciar as pessoas a fazerem grandes apostas, como se a divulgação do jogo não fosse publicidade, mas sim sua fonte de renda e a maneira pela qual conseguiu a vida que mostra em seus *stories*.

Mais especificamente ao final de 2023, as polêmicas em torno da profissão do influenciador aumentaram em razão da divulgação dos jogos de azar. A Polícia Judiciária de vários Estados do Brasil deflagrou inúmeras operações para averiguar crimes de estelionato cometidos pelas plataformas, inclusive pelo “jogo do tigrinho”. As apostas feitas com valores baixos resultam em ganhos cada vez maiores pois, na tela do celular, aparecem valores muito altos e o consumidor escolhe a hora de parar, se quer apostar e supostamente ganhar mais ou, eventualmente, perder tudo.

Um fator interessante na discussão é que os jogos de azar são proibidos pela legislação brasileira e, mesmo assim, há inúmeras pessoas divulgando e outras sendo influenciadas a jogar. Outro quadro que acentuou ainda mais o problema com a relação entre os *influencers* e os jogos de azar foram episódios de suicídios cometidos por cidadãos que perderam tudo em apostas nos jogos pela *Internet* e que, de fato, seguiram indicação de influenciadores.

Um desses episódios ocorreu em Santa Inês, interior do Maranhão. Um jovem, vendedor de carros, ao ser influenciado a experimentar os jogos de azar por meio de plataformas digitais, como a “*Blaze*”, passou a apostar valores cada vez mais altos e contraiu imensas dívidas, o que resultou em um descompasso emocional e, conseqüentemente, em seu suicídio. Outro caso trágico, também ocorrido no Maranhão, na cidade de Formosa da Serra Negra, foi de um adolescente de 17 anos que, tendo apostado a herança de R\$50 mil, deixada por sua mãe para ele e seus irmãos, perdeu todo o dinheiro e se suicidou.

Nota-se, portanto, que a discussão da relação dos influenciadores com o seu público é, além de jurídica, psicológica. Afinal, o consumo de vídeos de divulgação de jogos ou qualquer tipo de produto influencia e atinge, de maneira direta, a liberdade de escolha, as expectativas e o autorregramento da vontade do consumidor que, na Era Digital, procura, na *Internet*, identificação, pertencimento e uma vida invejada.

Com o *boom* das referidas operações, os casos de pessoas que enfrentam problemas financeiros causados pelo vício nos jogos de azar aumentaram, o que resultou, inclusive, em inúmeras discussões na mídia com relação à divulgação desses jogos. Todavia, o discurso de fuga e a tentativa de afastar a responsabilidade civil é sempre utilizado, sendo pautado na afirmativa de que o livre arbítrio concede ao influenciado a liberdade de escolher entre jogar ou não. Entretanto, os precursores de tais alegações, os próprios influenciadores, deixam de levar

em consideração a existência de uma clara cadeia de consumo e de uma relação jurídica em que não existe paridade de armas entre os envolvidos (fornecedor *versus* consumidor).

Os usuários influenciados são destinatários finais dos produtos, serviços e vantagens e, por isso, são consumidores, tanto da plataforma quanto dos influenciadores digitais, logo, enquadram-se como consumidores nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor e são, indiscutivelmente, utilizados como meio de geração de lucros à grandes empresas e negócios digitais.

Contudo, os consumidores, “*players*”, não conhecem, verdadeiramente, para onde vai o dinheiro apostado, no que ele é efetivamente utilizado e não tem como recorrer de qualquer dinheiro gasto ou dano que venha a sofrer por jogar. Afinal, quem é o responsável pelas dívidas contraídas pelos jovens que cometeram suicídio? Se a empresa é estrangeira, quem responderá pelos danos materiais e extrapatrimoniais? Se o influenciador recebe milhões de reais para a divulgação dos jogos, não deveria ser responsabilizado, haja vista que o endividamento e perda de dinheiro por brasileiros das mais diversas camadas sociais significa o seu enriquecimento?

Tais perguntas não são fáceis de responder, principalmente porque os tribunais brasileiros, munidos de seu poder hermenêutico, ainda não atribuem a responsabilidade objetiva e, até então, diversas decisões não reconhecem a incidência do CDC na relação de consumo. No entanto, cada vez mais se discute sobre o influenciador vir a ser considerado parte da cadeia de consumo, vez que é veículo utilizado pelas empresas para conseguir, de fato, concretizar vendas de produtos ou serviços. No caso de jogos de azar, por exemplo, o consumidor é, psicologicamente, induzido ao erro e iludido ao pensar ou cogitar que a vida glamourosa mostrada na *Internet* pelo seu influenciador foi conseguida através do dinheiro conseguido nos jogos, afinal, nas palavras de Magesti e Castro (Magesti; Castro, 2022):

Em última instância eles são vistos como amigos íntimos e parceiros de seus seguidores, quando na realidade são profissionais bem pagos para realizarem anúncios de diversos produtos, sem qualquer preocupação em alertar sobre os possíveis riscos das mercadorias que anunciam. Ou ainda, apenas alertar os seus seguidores que aquele é um anúncio pago e não um conselho de amigos.

Utilizando-se de tamanha confiança por parte dos seguidores, se configura uma deturpação da imagem de comerciante para alguém que goza de imenso prestígio. Em contrapartida, ressaltam os referidos autores citados anteriormente: “(...) Apesar disso, todos têm em comum a divulgação de diferentes estilos de vida e, em algum ponto, eles oferecem algum produto que dizem utilizar e que pode levar o espectador a ter uma vida semelhante à deles”.

Isto é, existe uma construção de uma confiança entre influenciador e consumidor, que, explicado pelo princípio da confiança e da boa-fé, corroboram na criação de uma ilusão de que a vida observada nos *stories* do *Instagram* é possível, plausível e pode ser conseguida através das fórmulas ofertadas pelos blogueiros.

Analisando todo o exposto, chega-se à conclusão de que o consumidor brasileiro é exposto a duas negligências: a ausência de regulamentação específica para divulgações feitas por blogueiro e leis explícitas que os estabeleçam como elementos da cadeia de consumo e a clara falta de ética e de órgãos profissionais para fiscalizar as atividades dos *digitais influencers*. Diversas e cotidianas são as atividades que não respeitam o regramento já existente, sob fundamento de que não existe normatização especializada para esses casos.

Nesse sentido, faz-se urgente a realização de um processo legislativo que estabeleça as regras necessárias e traga, ao menos em um artigo no CDC, a figura do influenciador como parte da cadeia de consumo e, assim, determinar a obrigatoriedade de obedecer aos princípios consumeristas, sujeitando-o à possível responsabilidade civil em caso de inobservância da lei.

6 A RESPONSABILIDADE DO INFLUENCIADOR NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Vale ressaltar que, apesar de todo o exposto, as decisões dos Tribunais brasileiros divergem da tese defendida neste artigo, de modo que não é reconhecido o influenciador digital, mesmo com todas suas funções e poder de influência, como parte da cadeia de consumo, o que descaracteriza a relação consumerista e, por isso, afasta a incidência do CDC. Foi nesse sentido que decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no processo de n.º 0709603-37.2021.8.07.0006 e o Tribunal de Justiça de São Paulo no processo de n.º 1006926-92.2020.8.26.0223.

Mas, em contramão às decisões dos referidos processos, um caso que chamou atenção dos juristas brasileiros foi o processo de n.º 0019543-02.2019.8.0007, gerado por uma situação em que uma consumidora comprou um *smartphone* por indicação de uma blogueira e nunca recebeu o produto por se tratar de um golpe, de forma mais precisa, ocorreu o crime de estelionato, tipificado no art. 171 do Código Penal. Entendeu, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, sem a influência da *digital influencer*, a relação de consumo não teria se concretizado, tendo, portanto, a *influencer*, responsabilidade objetiva sobre os danos causados. *In casu*, houve a improcedência dos pedidos de danos morais, mas houve a restituição do valor por parte da influenciadora, já que, independentemente da culpa, a sua posição na *Internet* foi, de fato, o que deu razão à relação de consumo.

Apesar de ter sido vista como a ponte entre a empresa estelionatária e a consumidora, foi afastada a relação de consumo entre a influenciadora e a vítima do golpe, sustentando, o magistrado envolvido no caso, que a influenciadora não faz parte da cadeia de consumo.

Já no caso de jogos de azar, não há ainda posição dos tribunais a respeito de possíveis reparações cíveis, mas vale salientar que há operações que buscam averiguar a responsabilidade criminal no tocante à relação dos jogos com crimes financeiros, como lavagem de dinheiro. Há quem defenda, todavia, que a reparação criminal não é suficiente, sendo necessária a reanálise, por parte dos magistrados, das decisões proferidas que envolvam *digitais influencers*. Afinal, como ficam as famílias das pessoas que cometeram suicídio? Se os jogos de azar são proibidos, por qual motivo *digitais influencers* brasileiros têm direito de divulgá-los, ou melhor, por que o fazem sem nenhuma perspectiva de responsabilização?

De forma recorrente e quase absoluta vê-se os tribunais proferindo sentenças que negam a relação de consumo entre os influenciadores e seus seguidores, entretanto, pouco se reflete sobre como o trabalho dos influenciadores são decisivos para que aconteça, de fato, a compra/obtenção de algum produto ou serviço por parte dos usuários das redes sociais.

A emergência na regulamentação e regularização da publicidade feita especificamente por pessoas físicas nos *stories* e *feed* do *Instagram* se dá pelos resultados catastróficos resultantes dessas publicidades, os quais são noticiados diariamente de forma cada vez mais recorrente. A incógnita que permanece é: até quando o Estado será omissivo com relação a um trabalho não regulamentado que vem causando tantos danos à população?

Superada esta reflexão, resta apontar que em caso de ausência legislativa específica, é papel dos Tribunais Superiores proferir decisões que visem, portanto, a maior proteção possível à parte hipossuficiente da relação, o que, através dos exemplos supramencionados, é observável que não acontece na prática.

Frisa-se, ainda, que resultados negativos não foram produzidos somente pela publicidade de jogos de azar, mas por produtos em geral. Os influenciadores se comportam como verdadeiros “estudantes” de uma área, assumindo uma postura semelhante a de um especialista, eles chegam a oferecer produtos que degradam a saúde dos consumidores, prometendo um bom

resultado através de um produto que sequer utilizaram. Essas situações, a propósito, não são nenhuma novidade. Há embates em várias áreas de conhecimento, como psicologia e odontologia, sobre a liberdade que os influenciadores têm de se comportar como *coach* e dentistas, indicando terapias falaciosas e até pastas de dentes com carvão ativado, prometendo um clareamento que grande parte dos profissionais da área afirmam não ter eficácia.

Logo, se um consumidor compra um produto, baseando-se na confiança, na reputação e na imagem de um influenciador, e o produto não tem os benefícios propostos, ou pior, ele tem efeitos colaterais e consequências não previstas que danificam a saúde física e mental do consumidor, o influenciador deve ter sua parcela de responsabilidade nessa relação de consumo, tendo em vista que ele assumiu um papel de garantidor dos efeitos benéficos do que estava sendo ofertado.

Em suma, é necessário aprofundamento, normatização e discussões interseccionais sobre o papel importante que o *digital influencer* exerce no mercado, sua responsabilidade penal e civil e o dever de reparar os danos que causar através de sua publicidade.

Oportunamente, vale salientar que essa busca pela responsabilização dos *digitais influencers* não é uma forma de coibir a publicidade, muito pelo contrário, é de, na verdade, transformá-la em um trabalho em conformidade com as normas do Código de Defesa do Consumidor, para que, assim, a parte vulnerável esteja amparada contra eventuais danos. Ou seja, tudo se resume a uma busca por uma relação de consumo harmônica, eficaz para todos os integrantes da relação de consumo, além da proteção da profissão contra ações jurídicas arbitrárias. Em síntese, busca-se, com a proposta do presente trabalho, uma maior valorização do consumidor, o respeito integral às normas preexistentes e a soberania da vida digna e, ainda, a promoção de uma eficaz segurança jurídica para a parte vulnerável da cadeia de consumo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em apartada síntese, no caso das publicidades relacionadas a produtos em geral, há uma associação do ideário de beleza, de padrões inalcançáveis criados pelos influenciadores e seguidos pelos consumidores. Nesse mesmo sentido se dá a influência das publicidades com relação a realização de apostas, assim como a compra de rifas; o que se percebe, portanto, é que, em ambas as situações, os usuários se deixam influenciar por uma tentativa esperançosa de obter a qualidade de vida que dispõem os *digitais influencers*, isto é, os passos seguidos pelos “influenciados” nada mais são do que um tentame de conquistar a vida de sucesso exposta nas redes sociais.

Os acontecimentos envolvendo o fim da vida de jovens que, infelizmente, tornaram-se dependentes e acreditaram nas plataformas como a *Blaze*, na verdade, só trazem à tona discussões a respeito da atualização do Direito e do questionamento sobre a efetividade das normas já vigentes. À grosso modo, as mortes citadas neste trabalho, bem como os inúmeros malefícios advindos da influência consumerista, só mostram a urgência da regulamentação e do estabelecimento de limites para o *marketing* digital.

Vale salientar que é plenamente compreensível a dificuldade do ordenamento jurídico em acompanhar as situações relacionadas aos avanços tecnológicos, todavia, é inadmissível que isso seja utilizado como justificativa para uma omissão legislativa. O ponto crucial é que o assunto ora abordado sequer é discutido de forma efetiva pela cúpula do judiciário, tampouco é objeto de um trabalho regulatório iminente.

Em suma, resta evidente a necessidade de realizar uma análise, a partir de discussões científicas, sobre a responsabilidade civil dos *digitais influencers* e o papel que eles exercem no mundo digital, como também no mercado de consumo. Faz-se mister, portanto, considerar o poder da *Internet*, da influência e das estratégias de *marketing* utilizadas pelas grandes empre-

sas e pelos influenciadores digitais e, por outro lado, proteger a parcela vulnerável da população, principalmente aqueles que vivem em estado de miserabilidade informacional. Posto isso, defende-se o aprofundamento nos estudos sobre o tema e sobre os fundamentos expostos, bem como a regulamentação explícita sobre as atividades desenvolvidas por esses profissionais e a clara previsão de sua responsabilidade objetiva em casos de danos causados por suas postagens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, T. W.; DE ALMEIDA, J. M. **Indústria cultural e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

AMORIM, F. B. S. O sistema da responsabilidade no Código Civil de 2002: prevalência da responsabilidade subjetiva ou objetiva?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3397, 19 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22841>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

BAPTISTA, S. N. **Teoria Geral do Dano de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

BASTOS, M. A. *et al.* **O impacto da utilização das redes sociais pelos digital influencers como ferramenta de marketing das empresas varejistas**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. Setembro, Ponta Grossa/PR, 2017, p.1-11. Disponível em: <https://docplayer.com.br/75886560-O-impacto-da-utilizacao-das-redes-sociais-pelos-digital-influencers-como-ferramenta-de-marketing-das-empresas-varejistas.html#google_vignette>. Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm>. Acesso em 21 jan. 2024.

_____. **Lei n.º 8.078, de 11 de set. de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de Defesa do Consumidor). Diário Oficial da União: Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 21 jan. 2024.

BRASÍLIA, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Turma Cível). **Apelação n.º 1609948**. Mychelle Jacqueline Lorenzo De Oliveira versus Marina Molina Rodrigues De Oliveira Zehetmeyer. Relator: Cruz Macedo. Brasília, Julgamento: 19 de set. 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1685987279>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

DINIZ, J. F. **A Responsabilidade Civil do Digital Influencer em Relação às Publicidades**. 2023. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro Universitário Faema, Ariquemes/RO, 2023. Disponível em: <<https://repositorio.unifaema.edu.br/jspui/handle/123456789/3336>>. Acesso em: 24 jan. 2024.

EFING, A. C.; BAUER, F. M. G.; ALEXANDRE, C. L. Os Deveres anexos da Boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo: Análise jurídica embasada em direitos fundamentais. **Rev. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 11, n. 15, p. 38-53, jan./dez. 2013.

EQUIPE MV. Jovem se suicida após perder dinheiro em jogo *online* promovido por influenciadores em Santa Inês. In: **Maranhão de verdade**. São Luís/MA, 18 de abril de 2023. Disponível em: <<https://tvnoticias24horas.com.br/brasil/tragedia-jovem-se-suicida-apos-jogar-e-perder-heranca-de-r-50-mil-em-jogo-de-azar>>. Acesso em: 21 jan. 2024.

FERREIRA, J.; SOUZA, M. V. B. A Responsabilidade Civil do Digital Influencer e a Vulnerabilidade do Consumidor. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, [S. l.], v. 23, n. 1, p. 55–63, 2022. DOI: 10.17921/2448-2129.2022v23n1p55-63. Disponível em: <<https://revistajuridicas.pgsscogna.com.br/juridicas/article/view/10073>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

GASPARATTO, A. P. G., FREITAS, C. O. A., EFING, A. C., Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá/PR, v. 19, n. 1., p. 65-87, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/332450085_Responsabilidade_civil_dos_influenciadores_digitais>. Acesso em: 26 ago. 2022.

GONÇALVES, C.R. **Principais Inovações no Código Civil de 2002**: Breves Comentários. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HENRIQUE, M. M. B. Responsabilidade Civil das Celebridades Digitais na Publicidade do *Instagram*. **Caderno Virtual**, [S. l.], v. 1, n. 46, 2020. Disponível em: <<https://www.portalde-periodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4162>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

JÚNIOR, A. C. F. SOUZA, M. V. B. A Responsabilidade Civil do Digital Influencer e a Vulnerabilidade do Consumidor. **Revista de Ciências Jurídicas**, Bahia, v. 23, n. 1, p 55-63. Jan, 2022. Disponível em: <<https://revistajuridicas.pgskroton.com.br/article/view/10073>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MAGESTE, A. E. S., CASTRO, C. C. R. A Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais nas Relações de Consumo. **Revista Avant**, Florianópolis/SC, V.6, n. 2, 379-396, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/243018>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MARQUES, C. L, BENJAMIM, A. H. V., BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 83.

MIGALHAS. **Influenciadora digital restituirá seguidora que não recebeu compra de terceiro**. 22 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/332367/influenciadora-digital-restituirea-seguidora-que-nao-recebeu-compra-de-terceiro>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MOREIRA, D. R. R., BARBOSA, N. S. O Reflexo da Sociedade do Hiperconsumo no *Instagram* e a Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo/RS, v. 13, n. 30, p. 73-88, 2018. DOI: 10.20912/rdc.v13i30.2706. Disponível em: <<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2706>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

NEIVA, P. A responsabilidade civil do influencer digital e a vulnerabilidade do consumidor. **Migalhas**, 14 abril 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324535/a-responsabilidade-civil-do-influencer-digital-e-a-vulnerabilidade-do-consumidor>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MUNHOZ, I. Publicidade nas Redes Sociais: Quais os limites da Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais? **Martinelli Guimarães**, 2022. Disponível em: <<https://martinelliguimaraes.com.br/limites-da-responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais/>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado (Juizado Especial Cível de Barra Mansa). **Sentença n.º 0019543-02.2019.8.19.0007**. CARINA CALVANO CYRINO versus EDRO AFONSO REZENDE POSSOR, Virgínia Fonseca, FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA, Data do julgamento: 15/06/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1195643261/inteiro-teor-1195643262>>. Acesso: 24 ago. 2022.

ROZA, B. E.S. **A Responsabilidade Civil dos/das Influencers Digitais por Publicidade Abusiva e Enganosa nas Relações de Consumo**. 2022. 39 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito de Vitória, Vitória/ES, 2022. Disponível em: <<http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/1498/1/TCC%20-%20Beatriz%20Elisa%20Subtil%20Roza%20-%20autorizado.pdf>>. Acesso em 24 jan. 2024.

SANTOS. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Colégio Recursal de Santos - 6ª Turma Cível). **Recurso Inominado n.º 1006926-92.2020.8.26.0223**. Vanessa Hellen Sousa Silva versus Aralton Lima Consultores & Advogados Associados Ltda e outro. Santos/SP, Data de Julgamento: 29/06/2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1239931843/inteiro-teor-1239931863>>. Acesso em: 27 jan. 2024.

SILVA, C. R. M. da. TESSAROLO, F. M. Influenciadores Digitais e as Redes Sociais enquanto Plataformas de Mídia. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, XXXIX, 2016. São Paulo. **Anais eletrônicos**. 2016. Disponível em: <<https://www.portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2104-1.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

SOUSA, E. F. M., MENDES G. S. C., BATISTA, C. C. O Protagonismo do Digital Influencer: Uma Análise da Responsabilidade Civil por Dano ao Consumidor Frente a Expansão do E-Commerce. **Revista Meritum**, v. 16, n. 2., p. 104-122, 2022. Disponível em: <<http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8365>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

TV NOTÍCIAS 24 HORAS. TRAGÉDIA: jovem se suicida após jogar e perder herança de R\$ 50 mil em jogo de azar. In: TV Notícias 24 horas. 12 de setembro de 2023. Disponível em: <<https://tvnoticias24horas.com.br/brasil/tragedia-jovem-se-suicida-apos-jogar-e-perder-heranca-de-r-50-mil-em-jogo-de-azar/>>. Acesso em: 21 jan. 2024.

VELOSO, A. C. **Brasil é o terceiro país que mais consome redes sociais**. 2023. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais.ghtml>>. Acesso em: 22 fev. 2024.

ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NA DIVULGAÇÃO DE JOGOS DE AZAR

ANALYSIS OF THE CIVIL LIABILITY OF DIGITAL INFLUENCERS IN THE DISSEMINATION OF GAMES OF CHANCE

Douglas Soares de Almeida

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Rhuan Alves Coutinho da Silva

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Sara de Lima Ferreira

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O presente estudo tem como escopo a análise acerca da responsabilidade civil dos influenciadores digitais na divulgação de jogos de azar. Embora a legislação nacional os classifique como contravenção penal desde o século passado, nos últimos anos, tem havido um aumento significativo no uso de plataformas *online* de jogos de azar na órbita do território pátrio. Neste sentido, o objetivo principal deste trabalho é examinar a perspectiva histórica do surgimento desta prática e sua conformidade com a legislação penal. Além disso, busca-se compreender até que ponto a credibilidade e a responsabilidade dos influenciadores digitais na divulgação dos jogos de azar se estendem ao seu público-alvo. Para alcançar este objetivo, o estudo, fundamentado em uma pesquisa bibliográfica, amparado pela doutrina, legislação, bem como periódicos que abordam o tema em questão, almeja elucidar a ascensão dos jogos de azar no Brasil, examinando sua relação com o Direito Penal, a Lei de Contravenções Penais, e a influência daqueles que os promovem por meio das redes sociais. Diante desse panorama, a relevância deste estudo se evidencia pelo incremento notável da indústria dos jogos de azar nos anos recentes, desafiando os preceitos normativos estabelecidos e suscitando danos emergentes à coletividade.

Palavras-chave: Jogos de Azar. Responsabilidade Civil. Influenciador Digital. Direito Penal. Apostas *Online*.

Abstract: *The scope of this study is to analyze the civil liability of digital influencers in promoting gambling. Although national legislation has classified them as a criminal offense since the last century, in recent years there has been a significant increase in the use of online gambling platforms in the orbit of the national territory. In this sense, the main objective of this work is to examine the historical perspective of the emergence of this practice and its compliance with criminal legislation. Furthermore, we seek to understand the extent to which the credibility and responsibility of digital influencers in promoting gambling extends to their target audience. To achieve this objective, the study, based on bibliographical research, supported by Doctrine, Legislation, as well as periodicals that address the topic in question, aims to elucidate the rise of gambling in Brazil, examining its relationship with Criminal Law, the Criminal Offenses Law, and the influence of those who promote them through social networks. Given this panorama, the relevance of this study is evidenced by the notable increase in the gambling industry in recent years, challenging established normative precepts and causing emerging harm to the community.*

Keywords: *Gambling. Civil Liability. Digital Influencer. Criminal Law. iGaming.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Análise da historicidade dos jogos de azar no Brasil; 2.1 Exame dos

jogos de azar sob o prisma do direito penal; 2.2 Ascensão dos jogos de aposta no Brasil; 2.3 O impacto dos influenciadores digitais na publicidade das plataformas de jogos de azar; 2.4 A responsabilidade civil dos influenciadores digitais – 3 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo apresentar aos leitores o panorama histórico que permeou a prática dos jogos de azar no Brasil, acompanhado da devida exposição dos motivos que conduziram à sua criminalização. Para tanto, este trabalho, em uma abordagem crítica, faz uma análise acerca das implicações legais decorrentes dos jogos de azar, com especial ênfase no avanço das redes sociais e no uso de influenciadores digitais como verdadeiros propagadores de plataformas *online* de jogos de azar.

Levando em consideração todo o arcabouço histórico e o surgimento de novos cenários, torna-se evidente a lacuna legislativa em relação ao estabelecimento de parâmetros mínimos capazes de regular os jogos de azar hospedados fora do território nacional, os quais utilizam o Brasil para propagar suas práticas sem se sujeitarem à Lei de Contravenções Penais.

No capítulo subsequente à introdução, será feita uma análise da historicidade dos jogos de azar no Brasil, um fenômeno que foi moldado pelas flutuações do cenário político ao longo das diferentes épocas. Esta análise abrangerá desde a chegada da Família Real Portuguesa, passando pela sua criminalização em 1946, até a situação atual desta prática no país.

No terceiro capítulo, os jogos de azar serão analisados sob o prisma do Direito Penal, com o propósito de esclarecer as razões que levaram à sua inclusão em uma legislação específica, a saber, a Lei de Contravenções Penais.

Após a exposição do conteúdo histórico-jurídico o quarto capítulo terá como propósito destacar as perspectivas da doutrina em relação à classificação das apostas esportivas como jogos de azar, bem como discutir a abrangência da Lei de Contravenções Penais, especialmente no que diz respeito à modalidade *online* desta prática, visto que não é tratada por tal dispositivo legal.

O quinto capítulo se encarregará de traçar um panorama da ascensão dos jogos de azar no Brasil, com destaque para as práticas realizadas no âmbito virtual e sua ampla disseminação por intermédio dos influenciadores digitais. Por último, será abordada a questão da responsabilidade civil daqueles que realizam publicidade de jogos de azar nas redes sociais, expondo milhões de pessoas à falsa ideia de “renda extra”.

Isto feito, com a exposição dos aspectos mais oportunos, chega-se à conclusão: a existência da obscuridade na legislação relativa à regulamentação dos jogos de azar, no território nacional, cria um terreno fértil para que empresas continuem a se estabelecer no Brasil, recorrendo ao ilícito com o manto da legalidade.

2 ANÁLISE DA HISTORICIDADE DOS JOGOS DE AZAR NO BRASIL

Os jogos de azar, uma atividade em que o resultado é predominantemente determinado pela sorte, constituem uma faceta intrínseca à cultura local, uma vez que refletem a essência social do indivíduo e a inclinação cultural para preservação de certas práticas ao longo das gerações. De fato, é esse traço histórico-cultural que permitiu que os jogos de azar se arraigassem profundamente na sociedade brasileira, apesar da existência de regulamentações destinadas a restringir ou combater essa atividade.

Nesse viés, essa percepção é percebida por meio da carga histórica que permeia a prática

desses jogos. Este cenário revela-se por meio de eventos marcantes na história do Brasil, como a colonização portuguesa, que desempenhou um papel significativo na introdução desses jogos na cultura brasileira. Um exemplo notório desse impacto ocorreu durante a fuga da Família Real Portuguesa das tropas de Napoleão Bonaparte que, no início do século XIX, avançavam pela Europa. Com a chegada da família real às terras brasileiras, houve uma intensa interação entre a cultura portuguesa e as tradições já existentes à época (Gomes, 2014).

Ao longo da história, é notável perceber que a prática da jogatina evoluiu em paralelo com os contextos políticos e econômicos do país, adaptando-se às transformações sociais de cada período. Isto refletiu nas diversas modalidades de jogos, desde os jogos de salão que eram populares no Vice-Reino e no Império, até o notório surgimento do jogo do bicho em 1892, nas instalações de um zoológico situado no bairro de Vila Isabel, na cidade do Rio de Janeiro.

Com a disseminação das casas de apostas, durante o período imperial, já se vislumbravam os primeiros indícios de reações e medidas de controle à prática, promulgadas pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro e pela antiga Intendência Geral da Polícia da Corte. No entanto, essas ações tinham como escopo a contenção do aumento expressivo no número de locais destinados à jogatina. A proliferação das casas de apostas gerava inquietação das autoridades locais, o que justificou a implementação de medidas de repressão policial. Neste contexto, o jogo do bicho, que outrora era permitido durante o período do Brasil Império, tornou-se alvo de combate a partir da República Velha até o governo de Getúlio Vargas.

Nesta digressão, o Brasil, independente e em posse do seu Código Criminal, o qual foi criado com o propósito de substituir as Ordenações Reais, confrontou-se com a influência direta e a persuasão da Igreja Católica. Estes sustentavam a argumentação de que as atividades de jogatina eram moralmente condenáveis, caracterizadas como viciosas e desviantes, constituindo uma ameaça direta à moral e à ética da sociedade. Além de que tais práticas conduziam o indivíduo à ruína tanto do ponto de vista econômico quanto espiritual.

Diante disso, o Código Criminal, em seu capítulo dedicado às ofensas religiosas, à moralidade e aos bons costumes, estabelecia medidas punitivas para aqueles que se envolvessem na prática de jogos de azar, com especial ênfase na conduta de funcionários públicos e nas sanções que lhes eram impostas (Chagas, 2016, p. 23).

Em face da instauração da República, em meio à insatisfação popular que predominava durante o Império, iniciou-se a busca por um regime democrático que enfatizasse uma participação mais ampla da sociedade nos fundamentos do Brasil. Neste cenário, encontrava-se uma lacuna legal em relação aos jogos de azar, o que abriu espaço para a chamada “Era de Ouro dos Cassinos” durante a década de 1930, quando Getúlio Vargas ocupava o cargo de Presidente. Durante este período, a prática de jogos de azar foi legalizada e impulsionada, marcando um período de florescimento desta atividade no país.

Como resultado deste período governamental, houve a criação do Código Penal de 1940, no qual a gravidade associada aos jogos de azar foi retirada, transferindo sua regulamentação para o Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, conhecido como a Lei das Contravenções Penais. O legislador, contudo, mesmo não prevendo a ilegalidade dos jogos de azar em um rol específico das infrações penais, manteve a proibição de sua prática, embora tenha considerado sua natureza jurídica como uma transgressão de menor intensidade ou potencial ofensivo, por isso estão à mercê de sanções mais brandas (Chagas, 2016, p. 26).

A redação dada pelo legislador contemporâneo reflete uma abordagem em que se reconheceu a questão dos jogos de azar como objeto de análise por parte das instituições de poder e controle social, dentro de uma verdadeira política social-legislativa. No entanto, a situação foi alterada com a promulgação do Decreto-Lei n.º 4.866, em 23 de outubro de 1942, sob a presidência de Getúlio Vargas. Este decreto revogou as disposições da Lei de Contravenções Penais e regulamentou o funcionamento dos cassinos até o ano de 1945, quando Eurico Gaspar Dutra

assumiu a presidência.

Em 1945, Gaspar Dutra, baseado em preceitos morais e na preservação dos bons costumes, emitiu o Decreto-Lei n.º 9.215, que proibiu a exploração dos jogos de azar no Brasil. Isto resultou no encerramento das atividades dos cassinos no país, provocando descontentamento, especialmente entre a classe mais elevada da sociedade que dependia diretamente de tal atividade. Todavia, esta posição se manteve firme, pois independentemente de posicionamentos favoráveis ou contrários, o fato é que os jogos de azar, com raras exceções, estavam definitivamente proibidos no Brasil a partir deste momento.

Ainda mais, com o advento da Ditadura Militar, um regime que adotou princípios do liberalismo econômico, os militares mantiveram a proibição da existência de jogos de azar, sem promover alterações na Lei de Contravenções Penais. Todavia, neste período, surgiu uma novidade significativa: o Decreto-Lei n.º 204. Este decreto foi responsável por instituir as Loterias Federais, cujo monopólio pertencia ao Estado, com o objetivo de arrecadar recursos para investimentos de interesse público e finalidades sociais. Com o passar dos anos, o Governo Federal expandiu as modalidades de loterias, sendo uma das mais notáveis a Mega-Sena (Chagas, 2016, p. 28).

Na atualidade, além dos jogos de loteria e das apostas em corridas de cavalos, o Brasil permite a prática de apostas em eventos esportivos, tanto em casas de apostas físicas quanto por meio de plataformas *online*. Tal mudança foi viabilizada pela Lei n.º 13.756, sancionada em 12 de dezembro de 2018 pelo presidente Michel Temer. Esta legislação representou um rompimento com o silêncio que permeava o tema e autorizou a exploração comercial dos jogos de apostas esportivas de quota fixa* no país, desde que realizados de maneira exclusiva por empresas autorizadas pelo Poder Público.

Cumpram ressaltar, no entanto, que os efeitos legais da Lei n.º 13.756/2018 estão à espera de regulamentação por parte do Poder Executivo Federal, visando a emissão de licenças que permitam a realização desta atividade. É notório que a ausência de normatização gera questionamentos sobre a sua legalidade no mercado brasileiro, além disso, diante do vácuo regulatório e da omissão legislativa, empresas envolvidas nesta atividade têm optado por estabelecer suas operações fora do território nacional, com o intuito de evitar o enquadramento nos termos do artigo 50 do Decreto-Lei n.º 3.688/41, a supracitada Lei de Contravenções Penais, na qual dispõe: “Art. 50. Estabelecer ou explorar jogos de azar **em lugar público ou acessível ao público**, mediante o pagamento de entrada ou sem ele (grifo nosso)”.

É interessante observar que o dispositivo estabelece requisitos pré-determinados para a tipificação do crime em questão, sendo o jogo de azar o primeiro requisito essencial. Subsequentemente, é necessário que haja exploração econômica da atividade, sua realização em local público e acessível ao público e a ausência de qualquer autorização legal. Neste contexto, classificar as apostas esportivas como contravenção penal torna-se uma tarefa árdua, principalmente quando se considera que a maioria das apostas ocorrem de forma *online*.

2.1 EXAME DOS JOGOS DE AZAR SOB O PRISMA DO DIREITO PENAL

O Direito Penal está intimamente relacionado à regulamentação da vida em sociedade, relacionando-se com a capacidade do Estado em sancionar indivíduos que transgridem as leis por meio da prática de atos criminosos. No ordenamento jurídico brasileiro, ao analisar o conceito de crime sob uma perspectiva analítica, adota-se a teoria tripartite, considerando crime o

*A “Aposta de Quota Fixa” é um sistema de apostas relacionadas a eventos reais de natureza esportiva. Nesse sistema, no momento em que a aposta é realizada, é estabelecido de maneira precisa o valor que o apostador pode ganhar caso seu prognóstico esteja correto.

fato típico, ilícito e culpável.

Neste tocante, sabe-se que o Direito Penal ostenta a forma mais extrema de sanção que o Estado pode impor, ou seja, a privação da liberdade. Por esta razão, o Direito Penal deve ser utilizado em *ultima ratio*, sendo aplicado de forma subsidiária.

Com efeito, os jogos de azar, devido ao seu potencial ofensivo limitado, são considerados uma contravenção penal. A distinção fundamental entre crimes e contravenções penais reside no fato de que os crimes sujeitam seus perpetrados às penas de reclusão ou detenção, enquanto as contravenções, em última instância, resultam na imposição de prisão simples.

Sob a ótica do Decreto-Lei n.º 3.688/41, mais conhecido como a Lei de Contravenções Penais, a prática das apostas esportivas é entendida como um tipo de jogo de azar, embora parte dos defensores desta modalidade disponham de um entendimento contrário. Isto ocorre porque, no contexto das apostas esportivas, existem elementos estratégicos que poderiam descharacterizar o elemento sorte da modalidade.

Conforme Chagas (2016, p. 41), ao definir as apostas esportivas, destaca:

[...] nas **apostas esportivas** os indivíduos **realizam criteriosos juízos das possibilidades de ocorrência de cada situação**. Com efeito, **nos jogos puramente de azar os resultados dos eventos** são ditados exclusivamente pelo acaso, isto é, **pelas regras de probabilidade**. Ao contrário, tratando-se de apostas esportivas, os sujeitos efetuam rigorosa análise dos fatos relacionados aos esportes, tais como o momento das equipes no campeonato, as prováveis escalações dos times, a posição dos adversários no *ranking* da modalidade, bem como as diversas outras estatísticas e informações disponíveis pelas mídias especializadas. Enquanto o ganho **nos jogos de azar é determinado pela mecanicidade das máquinas ou pelo lançamento randômico dos dados**, nas **apostas esportivas o sucesso depende essencialmente da habilidade do apostador em fazer prognósticos precisos sobre os resultados dos eventos esportivos** (grifo nosso).

No entanto, a omissão legislativa em relação ao tema acaba por gerar repercussões negativas e confusas no que diz respeito às apostas esportivas, levando a inúmeros questionamentos sobre se os usuários estão praticando um ato ilícito ou lícito.

Em virtude disso, de acordo com Nogueira (1996, p. 206):

A **nossa legislação** sobre a matéria é **confusa e incoerente**, dada a impropriedade com que o legislador a trata, pois basta a autorização para o ilícito tornar-se lícito, e vice-versa, como se a essência ou natureza da questão estivesse na vontade do legislador. Sabe-se ainda que o governo é o mais banqueiro do jogo de azar, explorando as mais diversas modalidades de loterias. [...] Muitos desses jogos têm sido praticados com certa tolerância, pois muitas vezes a própria justiça se sente impotente para reprimi-los em face dos nossos costumes tão arraigados à prática de diversos jogos; em outras ocasiões, o que se verifica é uma flagrante incongruência da própria justiça, que reprime certas situações, que, aliás, são perfeitamente normais na vida comum do brasileiro, em cujo meio **o jogo vai ganhando novos aspectos e tolera a prática de outros, que se constituem ilícitos, criando assim certa perplexidade em tratar o mesmo assunto** (grifo nosso).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, no tocante as apostas esportivas *online*, aduz Baltazar e Gonçalves (2016, p. 28):

No caso das apostas esportivas *online*, não há a possibilidade de incidência do art. 50 da Lei de Contravenções Penais, **uma vez que os provedores das casas de apostas estão localizados fora do país**, escapando, assim, do alcance do ordenamento jurídico brasileiro (grifo nosso).

No que diz respeito às apostas *online*, ao contrário do cenário físico, devido à falta de amparo legal, o usuário não se encontra diante uma conduta lícita. A explicação para isso reside no fato de que as plataformas de apostas esportivas têm sua sede em outros países, o que permite que os apostadores acessem quaisquer plataformas de apostas pela rede mundial de computadores sem que isso resulte no enquadramento na Lei de Contravenções Penais.

Nesta lógica, ainda que o Código Penal estabeleça que a prática de crimes ocorridos no exterior esteja sujeita à legislação penal brasileira, esta possibilidade não se aplica às contravenções penais. Pois, conforme observa Masson (2021, p. 141), não é admitida a aplicação da lei penal brasileira no que refere às contravenções penais praticadas em território estrangeiro, visto que conforme o dispositivo da Lei de Contravenções Penais: Art. 2º A lei brasileira **só é aplicável** à contravenção praticada **no território nacional** (grifo nosso).

Tendo em vista a limitação deste dispositivo, cuja incidência é restrita ao território nacional, para lidar com esse fenômeno, é imperativo ressaltar que cabe ao Poder Legislativo a incumbência de acompanhar as transformações que permeiam a sociedade contemporânea, a fim de regulamentar, de maneira precisa e sem margem para ambiguidades, os conflitos emergentes.

2.2 ASCENSÃO DOS JOGOS DE APOSTA NO BRASIL

No contexto de uma globalização em constante mutação e da ampla disponibilidade da *Internet*, testemunha-se um notável e vertiginoso incremento na proeminência dos jogos de aposta nos últimos anos. Neste cenário, desponta o termo “*iGaming*”, englobando um espectro diversificado de atividades de jogo de azar realizadas no ambiente virtual, que abarcam desde as apostas esportivas até os jogos de cassino*.

Com efeito, a inclusão da letra “i” no termo “*iGaming*” enfatiza a importância da tecnologia na expansão desta indústria, visto que a ascensão do *iGaming* é uma realidade inegável, sendo impulsionada pela globalização digital e disseminação onipresente da conectividade proporcionada pela *Internet*. Esta metamorfose é moldada por fatores como a comodidade, uma vasta gama de opções de entretenimento e a capacidade de realizar apostas em eventos esportivos e jogos de cassino de qualquer lugar, desde que se tenha acesso à rede.

Na conjuntura brasileira, inexistem plataformas *online* de apostas que efetuem operações no território nacional, isso se dá em virtude da falta de regulamentação explícita e da ausência de legislação direcionada. Com o objetivo de evitar sua classificação como atividade ilegal, empresas que se dedicam à operação de cassinos e plataformas de apostas *online* estabelecem suas sedes em nações em que seja permitido tais práticas dentro de suas jurisdições.

Este arranjo é adotado como uma estratégia para contornar as ambiguidades e lacunas regulatórias que permeiam o cenário legal das apostas *online* no cenário pátrio, em que, excluindo-se as apostas esportivas, a proibição formal não tem impedido o crescimento de um mercado que opera em uma zona cinzenta, à margem das regulamentações e na sombra da ilegalidade.

No entanto, no cenário físico, é rotineiro estabelecer fronteiras territoriais para a realização de atividades específicas, ao passo que, no ambiente virtual, a determinação do local em que uma atividade ocorre torna-se uma tarefa dotada de complexidade, é precisamente por esta razão que a aplicação das leis locais frequentemente se reveste de controvérsia. Isto decorre da

*As apostas constituem uma abrangente categoria de atividades de jogo de azar, caracterizada pela disposição de recursos financeiros ou bens em disputa, fundamentada na incerteza dos resultados, exemplificada notadamente pelas apostas esportivas. Em contrapartida, os cassinos, sejam eles em formato físico ou virtual, configuram-se como locais especialmente concebidos para providenciar uma variada gama de oportunidades de jogo.

natureza global da *Internet*, na qual as delimitações geográficas se apresentam de forma nebulosa, possibilitando que os *sites online* sejam acessados por uma audiência abrangente, sem que seja necessário considerar a procedência geográfica dos usuários.

Neste ínterim, um outro aspecto digno de destaque é o conflito de jurisdições. Dada a complexidade envolvida na definição de fronteiras territoriais no ciberespaço, um indivíduo pode, de fato, ocupar simultaneamente múltiplos espaços na *Internet*, o que, por sua vez, torna a identificação do agente um verdadeiro desafio.

Para tanto, é crucial examinar como as plataformas de *iGaming* operam no Brasil, precipuamente no tocante à estrutura de um *site* e dos serviços essenciais para seu funcionamento.

A respeito da publicação de um *site* na *Internet*, são necessários dois componentes essenciais: hospedagem e um domínio registrado. A hospedagem representa um serviço provido por empresas especializadas, que viabiliza a disponibilização do *site* na rede por meio de servidores, ou seja, sistemas de computadores dedicados ao armazenamento e transmissão do conteúdo do *site*, garantindo assim sua acessibilidade contínua a todos os usuários.

Por outro lado, o domínio corresponde ao endereço eletrônico do *site*, desempenhando um papel fundamental na sua identificação e localização na *web*. Neste caso, quando um usuário insere o domínio na barra de endereço do navegador, este é automaticamente traduzido em um conjunto específico de números conhecido como endereço IP (*Internet Protocol*), que estabelece a conexão com o servidor em que o *site* está hospedado.

É curioso e vale destacar que, devido ao registro de domínio e à hospedagem do *site* serem serviços distintos e, em certa medida, autônomos, eles não serão dirigidos essencialmente por empresas estabelecidas no mesmo país. É justamente nessa lógica que um indivíduo é passível de registrar um domínio em uma nação e hospedar o *site* em outra, desde que haja o devido respeito à regulamentação de ambos os destinos.

Nesse viés, quando um *site* é hospedado no Brasil, este será regido pela legislação brasileira e, para todos os efeitos legais, a recíproca é verdadeira quando o *site* encontra-se hospedado no exterior. Como exemplo, será analisado o caso do *site* de apostas que encontrou no Brasil terra fértil para o exercício das suas atividades.

A *Blaze*, *site* de apostas *online*, tem sua localização no Caribe, na ilha de Curaçao, e seu *site* está hospedado nos Estados Unidos. Neste cenário, embora as normas brasileiras proibam expressamente a prática de jogos de azar, existe uma área nebulosa, visto que, até o presente momento, inexistente qualquer proibição legal relacionada ao acesso de usuários às plataformas de *iGaming* operadas a partir do exterior. Por conseguinte, na medida que os servidores de hospedagem desses *sites* se encontram localizados fora da órbita do território nacional, eles acabam por salvaguardar da obscuridade da lei, com o argumento de que, por serem estrangeiros, não estão no alcance do devido monitoramento das autoridades brasileiras, uma vez que, pelas apostas não serem feitas no Brasil, as operações não são consideradas ilegais.

Dito isto, é pertinente lembrar que, para esta empresa ter alcançado reconhecimento em solo brasileiro, houve algo para tal. Neste sentido, tem-se a figura dos influenciadores digitais na divulgação de plataformas de jogos de azar, com a falsa ideia de “renda extra”, que impactam diretamente o comportamento daqueles que os acompanham. Logo, este tópico ganhará destaque neste presente trabalho.

2.3 O IMPACTO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NA PUBLICIDADE DAS PLATAFORMAS DE JOGOS DE AZAR

A partir da democratização do acesso à era digital, em um verdadeiro universo tecnológico, é possível notar a evolução das formas de comunicação, em especial com a criação de plataformas de interação. Segundo McLuhan e Fiore (1971), a *Internet*, principalmente, con-

tribuiu de maneira abrangente para todas as alterações na comunicação, desterritorializando o conhecimento, provocando a disseminação de informações de forma síncrona e assíncrona, transformando o mundo contemporâneo em uma verdadeira “aldeia global”. Com isso, surge a popularização das redes sociais, em que indivíduos ganharam espaço para compartilhar suas opiniões e experiências de maneira independente.

É bem verdade que, devido à abundância de informações, bem como à influência exercida nas redes sociais, capaz de impactar o comportamento de milhões de indivíduos, tornou-se imperativo classificar estas personalidades do meio digital como “influenciadores digitais”, termo traduzido do inglês, “*digital influencer*”. Estas pessoas, por meio da criação de conteúdos em canais *online*, possuem a capacidade de atrair uma audiência massiva. Como resultado, suas postagens nas redes sociais têm uma propensão significativa a se tornarem virais, resultando no alcance a diferentes esferas midiáticas. Pois, de fato, como o próprio nome sugere, eles detêm o poder de influenciar o comportamento e decisões daqueles que os acompanham, uma vez que são amplamente reconhecidos como grandes formadores de opinião.

Ao retornar o caso abordado no capítulo anterior, a *Blaze* experimentou um crescimento exponencial no Brasil devido a uma estratégia de *marketing* para impulsionar o consumo. Esta estratégia envolve, em grande medida, a divulgação e a publicidade dos jogos de azar por meio dos influenciadores digitais que frequentemente atuam como embaixadores da marca. Além das postagens nas redes sociais que prometem ganhos fáceis e a duplicação do valor depositado, bem como a falsa ideia de “renda extra”, é comum que eles realizem transmissões ao vivo, com o incentivo à prática dos jogos de azar, e, por conseguinte, o seu consumo.

É notório que as verdadeiras operações de divulgação de jogos de azar têm um impacto significativo na sociedade, em especial quando realizadas em larga escala por influenciadores nas mídias digitais. O cenário se apresenta nebuloso, porém, diante de todo o exposto, é possível afirmar sem medo de errar: a interação entre influenciadores digitais e a indústria de jogos de azar enfrenta desafios éticos e regulatórios consideráveis. Como resultado, o público é induzido à falsa crença de ganhos fáceis, uma vez que é constantemente influenciado por indivíduos que ostentem dinheiro multiplicando-se em poucos cliques, quando, na verdade, a realidade é bem diferente. Conforme afirmado pelo Professor de Direito da Escola Superior do Ministério Público, Ricardo Prado, todos os jogos presentes nessas plataformas, a princípio, atuam de maneira ilícita, visto que estão expressamente proibidos, mas a prática se popularizou de tal maneira após o estímulo dos influenciadores, na medida em que pessoas passaram a acreditar na possibilidade de enriquecimento quase instantâneo.

Não é raro nos depararmos com reportagens veiculadas pelos meios de comunicação que narram histórias de pessoas que perderam tudo na busca por um retorno financeiro. Um exemplo vívido dessa realidade é o caso de Adriano Monteiro, um técnico em eletrônica, que deu início às suas apostas com apenas 5 reais, em meados de 2017. Desde então, sua trajetória tornou-se uma sucessão de tentativas de recuperar o que se perdeu. No entanto, o que Adriano não esperava era que, ao invés de multiplicar seus recursos, ele acabaria dilapidando seu patrimônio. Sua jornada rumo ao vício do jogo resultou em perdas que ultrapassaram os R\$170 mil reais, levando-o a um quadro profundo de depressão. O caso de Adriano não é isolado; é apenas mais um entre tantos exemplos que ilustram os perigos da influência nefasta que o vício em jogos de azar pode exercer sobre os indivíduos. Na verdade, é uma inversão clara de papéis, em que a promessa de renda extra transforma-se em uma dolorosa espiral de perdas e desesperos.

2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Conforme aduz Sérgio Cavalieri Filho (2007), o principal objetivo da ordem jurídica é,

precisamente, a proteção do lícito e a repressão do ilícito. Quando a ordem jurídica se concentra em tutelar as ações daqueles que agem em conformidade com o Direito, simultaneamente, reprime a conduta daqueles que a contrariam. Justamente por este motivo, ao discutir responsabilidade civil, considera-se o efetivo descumprimento de um dever imposto que resulta em um dano, seja uma lesão patrimonial ou uma ofensa à dignidade de outrem. Isto porque o dano, como se sabe, constitui a razão fundamental da responsabilidade civil, sendo o próprio alicerce do dever de indenizar.

É fato que, tradicionalmente, o foco recaía sobre a pessoa que causou o dano. No entanto, com a constitucionalização do Direito Civil, houve um deslocamento no sentido de tutelar a vítima do ato injusto, a qual deve ser devidamente reparada.

Com efeito, a atual legislação civilista tratou a responsabilidade civil com a devida acuidade, sendo sua disciplina normativa resultado de um pensamento científico-doutrinário estruturado, voltado para a elaboração de um modelo coerente e precisamente integrado. Exemplo desta dinâmica encontra-se no tratamento dado à responsabilidade civil nos arts. 186 e 927, os quais estabelecem: “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. (grifo nosso)”; “Art. 927. Aquele que, **por ato ilícito** (arts. 186 e 187), **causar dano a outrem**, fica **obrigado a repará-lo**” (grifo nosso).

Ocorre que atividades meramente cotidianas, decorrentes da normal ação humana, com frequência causam prejuízos a terceiros. Um exemplo disso é a figura do influenciador digital, já retratado anteriormente, que como o próprio nome sugere, exerce influência massiva na vida das pessoas, especialmente no que diz respeito às relações de consumo. Na realidade, não é raro um indivíduo adquirir um bem ou serviço devido à sensação de segurança e credibilidade transmitida ao público por esta personalidade.

Sob tal perspectiva, surge o questionamento se é possível atribuir responsabilidade civil aos influenciadores digitais nas relações de consumo intermediadas por eles, ou seja, por meio da divulgação de plataformas de jogos de azar. Neste contexto, é relevante mencionar os fatos.

Desde logo, cabe apontar o problema da fragilidade normativa. Com efeito, no âmbito da legislação consumerista, em que a relação de consumo se delinea por polos nitidamente definidos – de um lado, a figura do fornecedor e, do outro, a do consumidor, que almeja adquirir ou utilizar um bem ou serviço como o destinatário final –, a classificação da responsabilidade civil decorrente da publicidade assume uma postura obscura. A legislação ora mencionada não estabelece, de maneira precisa, nos seus dispositivos, a extensão da responsabilidade dos envolvidos na criação de conteúdo publicitário, uma vez que o seu foco é predominantemente nos fornecedores em relação a vícios ou defeitos destes produtos ou serviços.

Não obstante, o Código do Consumidor reitera que, no caso de práticas comerciais, como a publicidade, todas as pessoas expostas a essa prática são equiparadas a consumidores para efeitos jurídicos e tutela estatal*. Por esta razão, é relevante enfatizar os agentes envolvidos na elaboração da publicidade, ou seja, aqueles que causam um dano, e, por conseguinte, estabelecem o nexo causal necessário para a configuração do dever de indenizar.

É verdade que para a doutrina civilista, como auferido pelo autor Freitas (2015) e reiterado por Gonçalves (2012), a responsabilidade dita como objetiva é aquela fundamentada na teoria do risco, na qual aqueles que obtêm benefício em virtude de uma atividade devem ser responsáveis pelos riscos e danos dela decorrentes.

Ao considerar que os influenciadores digitais recebem uma remuneração mediante parcerias, patrocínios ou participação nas vendas de produtos nas redes sociais, é pertinente argumentar que eles devem ser responsabilizados sob a forma objetiva, e não mediante a comprova-

*O art. 29 do Código do Consumidor estabelece que são equiparadas aos consumidores todas as pessoas, sejam elas determináveis ou não, que estejam sujeitas às práticas nele previstas.

ção de dolo ou culpa causado aos consumidores por eventuais danos. Isto se justifica pelo fato de que as relações travadas em razão da confiança e boa-fé constituem diretrizes basilares na relação de consumo e, igualmente, na seara cível. Em virtude disso, vale destacar que responder objetivamente é justamente a responsabilidade advinda da prática de um fato ilícito ou de uma violação ao direito de outra pessoa, em que há a necessidade do exercício do dever de indenizar.

No caso da divulgação dos jogos de azar no Brasil, os quais são ilegais, surge um dilema: Por mais que esses jogos sejam proibidos no país, como mencionado ao decorrer deste trabalho, uma vez que estão hospedados em servidores localizados fora do território nacional, não são considerados uma prática ilícita. Como resultado, os influenciadores, embora estejam se valendo de uma inércia legislativa, não podem ser responsabilizados pela divulgação das referidas plataformas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a evolução dos jogos de azar, bem como sua modalidade *online*, fruto de um processo histórico, ao longo dos anos, essa prática expandiu-se de forma exponencial, impulsionada pelos avanços tecnológicos, em direção a uma verdadeira “aldeia global”. As redes sociais, por intermédio dos influenciadores digitais, se entrelaçam neste cenário como verdadeiros propagadores do consumo de tais práticas, em que a responsabilidade com o público caminha em um sentido contrário ao princípio da boa-fé.

Diante de tantas inovações, novos cenários emergem na sociedade. É neste contexto que os jogos de azar se consolidam no Brasil, com as plataformas estrangeiras encontrando solo fértil para o desenvolvimento de suas práticas, devido à omissão legislativa na qual tende a justificar tal situação. A própria Lei de Contravenções Penais, por sua vez, limita sua aplicação às práticas ocorridas em território nacional, não abordando circunstâncias que ultrapassem essas fronteiras.

No entanto, há sempre um porém. O sentimento de verdadeira angústia aprofunda-se devido ao descompasso entre a velocidade do progresso tecnológico, que resulta na ascensão de plataformas de jogos de azar, e a lentidão com a qual amadurecem a capacidade de organização, social e juridicamente, para lidar com os processos que acompanham esse avanço. A cada momento, de fato, é observado a obsolescência das soluções jurídicas quando emerge uma situação conflituosa que aflige a contemporaneidade.

Logo, feito o contorno deste tema atual e fervoroso na doutrina, sem pretensão do seu esgotamento, destaca-se a necessidade do alinhamento da esfera legislativa com os conflitos emergentes, de modo que ninguém possa se valer da própria torpeza, como preconizado pelo Direito Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Samuel Rodrigues Maia. **Jogos de azar**: uma análise de legalidade das apostas esportivas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Orientador: Giliard Cruz Targino. 2022. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande. Unidade Acadêmica de Direito. Ciências jurídicas e sociais. UFCG. Paraíba, 2022. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/27185/1/SAMUEL%20RODRIGUES%20MAIA%20AQUINO%20-%20TCC%20DIREITO%20CCJS%202022.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.688 de 3 de outubro de 1941**. Lei das contravenções penais

(1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3688.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Decreto-Lei n.º 204 de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-204-27fevereiro-1967-373407-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei n.º 13.756/2018 de 12 de dezembro de 2016**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14790.htm>. Acesso em: 15 fev. 2024.

_____. **Lei n.º 14.790/2023 de 29 de dezembro de 2023**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13756.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

_____. **Lei n.º 8.078/90, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2023.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2023.

BBB NEWS. **Apostador Falido**: o *youtuber* que perdeu R\$170 mil, carro e emprego em casas de apostas esportivas. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/articles/c3gdpewj-p34o>>. Acesso: 20 fev. 2024.

BOYADJIAN, Beatriz. **Denúncias de fraude e calote da Blaze**: especialistas apontam brecha na lei. Disponível em: <<https://investnews.com.br/negocios/especialistas-apontam-brecha-na-lei-com-queixas-de-fraude-e-calote-da-blaze/>>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CHAGAS, Jonathan Machado. **A (im)possibilidade de regulamentação das apostas esportivas no ordenamento jurídico brasileiro**. 2016. 88 f. Monografia (Graduação) — Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

DOMÍNIO e Hospedagem de *Sites*: Conceitos e Diferenças. **Hostinger Tutoriais**. São Paulo. 02 de maio de 2023. Disponível em: <<https://www.hostinger.com.br/tutoriais/diferenca-entre-dominio-e-hospedagem#:~:text=O%20dom%C3%ADnio%20%C3%A9%20apenas%20o,iria%20apontar%20para%20nenhum%20lugar>>. Acesso em: 17 set. 2023.

FREITAS, Elenilton. **Teorias do Risco**. JusBrasil, Teixeira de Freitas, 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teorias-do-risco/250885109>>. Acesso em: 17 set. 2023.

GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. 3. ed. São Paulo: Globo Livros, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

MARÇAL, Carolina Hespanhol Pinheiro. **A responsabilidade civil dos influenciadores digitais que fazem publicidade de plataformas digitais de jogos de azar e apostas online à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Orientadora: André Pagani de Souza. 2023. TCC (Graduação em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. Disponível em: <<https://dspace.mackenzie.br/items/6fee84c9-38c6-411b-af30-f020d12ba537>>. Acesso em 15 fev. 2024.

MARQUES, Mateus Corrêa de Oliveira. A legalização, regulamentação e tributação dos jogos de azar como importante fonte de arrecadação tributária e desenvolvimento econômico. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 7, n. 8, 2019.

MCLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. **Guerra e paz na aldeia global**. Rio de Janeiro: Record, 1971.

MELLO, Marcelo Pereira de. **Criminalização dos jogos de azar: a história social dos jogos de azar no Rio de Janeiro (1808-1946)**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 38-39.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Contravenções Penais Controvertidas**. 5. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária, 1996.

RODRIGUES FILHO, Gilmar César. **Os danos sociais e a sua tutela em demandas de caráter individual**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2016.

PROLIFERAÇÃO DA DESINFORMAÇÃO: O IMPACTO DAS *FAKE NEWS* NA ERA DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL

PROLIFERATION OF DISINFORMATION: THE IMPACT OF SOCIAL *FAKE NEWS* IN THE AGE OF DIGITAL TRANSFORMATION

Sara de Lima Ferreira

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O presente estudo assume extrema importância no cenário atual, considerando que a *Internet*, desde a sua criação, tem desempenhado um papel cada vez mais importante na vida social. Nessa perspectiva, com o avanço dos aparatos tecnológicos e as mudanças comunicacionais decorrentes da era pós-industrial, a forma como se obtêm informações nos ciberespaços torna-se fluida e comprometedora. A partir disso, a problemática reside justamente na medida que as *fake news* distorcem a realidade e promovem vontades de verdade, a fim de recriar narrativas distorcidas com o intuito de ludibriar a opinião pública a respeito dos fatos. Para tanto, haja vista as nuances do tema, optou-se por uma revisão bibliográfica, principalmente na forma de artigos científicos, dissertações e teses. A ênfase foi dada na análise conceitual dos termos *fake news* e desinformação, bem como em sua disseminação por meio das redes sociais, cujo impacto reflete no silenciamento dos debates plurais. Perante o exposto, este é um trabalho que tem como fito ser um elemento-chave nos estudos sobre *fake news*, buscando estimular o leitor a pensar e ressaltar a importância da informação como um fator de empoderamento cívico.

Palavras-chave: Desinformação. *Fake News*. Redes Sociais.

Abstract: *The present study is extremely important in the current scenario, considering that the Internet, since its creation, has played an increasingly important role in social life. From this perspective, with the advancement of technological devices and the communicational changes resulting from the post-industrial era, the way in which information is obtained in cyberspace becomes fluid and compromising. From this, the problem lies precisely in the extent to which fake news distorts reality and promotes desires for truth, in order to recreate distorted narratives with the aim of deceiving public opinion regarding the facts. To this end, given the nuances of the topic, we opted for a bibliographical review, mainly in the form of scientific articles, dissertations and theses. Emphasis was placed on the conceptual analysis of the terms fake news and disinformation, as well as their dissemination through social networks, whose impact reflects on the silencing of plural debates. In view of the above, this is a work that aims to be a key element in studies on fake news, seeking to encourage the reader to think and highlight the importance of information as a factor in civic empowerment.*

Keywords: *Desinformation. Fake News. Social Media.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Desinformação e *Fake News*: abrangência e diferenciação conceitual; 2.1 Sociedade da (des)informação: atuação das redes sociais no terreno fértil das *fake news*; 2.2 Degradação dos sistemas democráticos e o silenciamento dos debates plurais – 3 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O advento da *Internet* marcou uma era de profundas transformações na sociedade, em que a disseminação de informação atingiu níveis sem precedentes. Nesse contexto, as redes sociais emergiram como protagonistas, redefinindo a forma como os indivíduos interagem e compartilham conteúdos. No entanto, junto com os benefícios da conectividade global, emergiu um fenômeno preocupante: a proliferação da desinformação.

Nesse viés, optou-se por realizar uma revisão bibliográfica para consolidar o entendimento acerca do tema. Assim, foram predominantemente utilizados artigos científicos, dissertações e teses, uma vez que a problemática em questão é considerada um tema de vanguarda. Tal abordagem se justifica pela necessidade de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial, uma lacuna que confere relevância à discussão e estimula a proposição de soluções fundamentadas para o problema. Em razão disso, destaca-se a análise de cada capítulo, ressaltando os pontos abordados.

O primeiro capítulo se detém a aprofundar a compreensão do impacto exacerbado decorrente da proliferação de informações falsas, comumente rotuladas como *fake news*. Além disso, propõe-se explorar meticulosamente a esfera conceitual desses termos e a distinção crucial entre *fake news* e o fenômeno da desinformação, cujos contornos muitas vezes se confundem.

No capítulo subsequente, é abordado a transição para a sociedade da informação, delimitando como a evolução tecnológica reconfigura as interações sociais, econômicas e culturais. Destaca-se o papel das redes sociais como catalisadoras da disseminação de informações, com ênfase nas *fake news*, que desafiam a percepção da realidade. A narrativa abrange a complexidade da desinformação, que vai além das notícias falsas, englobando distorções da realidade fática com objetivos diversos, incluindo ganhos econômicos.

Feita esta exposição, o terceiro capítulo aborda as consequências da desinformação para os sistemas democráticos, destacando como as *fake news* corroem a participação e a diversidade de opiniões nas redes sociais. Em virtude disso, enfatiza-se o papel das bolhas digitais na limitação da exposição a diferentes perspectivas e na propagação de narrativas de desconstrução, minando os fundamentos democráticos. Com efeito, as eleições são identificadas como circunstâncias em que as notícias falsas são utilizadas para manipular o debate público e legitimar discursos extremistas, exacerbando um mundo polarizado em que o contraditório não tem vez.

Isso feito, com a exposição dos aspectos mais oportunos, chega-se à conclusão: a proliferação de *fake news*, na sociedade contemporânea, representa um desafio complexo, com repercussões que vão desde a distorção da realidade até a degradação dos sistemas democráticos. Diante disso, este texto oferece uma análise detalhada dessa problemática, destacando a importância de compreender os conceitos envolvidos e os impactos que geram em diferentes esferas da vida social.

2 DESINFORMAÇÃO E *FAKE NEWS*: ABRANGÊNCIA E DIFERENCIAÇÃO CONCEITUAL

A disseminação de boatos, mentiras criadas com o intuito de destruir reputações e a construção de uma narrativa revelando distorções políticas são algumas das facetas do fenômeno compreendido como “desinformação”. Popularmente conhecidas como *Fake News*, a propagação de fatos distorcidos para confundir ou ludibriar indivíduos, determinados grupos e, até mesmo, comunidades inteiras, emergiu como um elemento crucial, amplificado pela popularização do acesso às tecnologias da informação e da comunicação (TICs) e, especialmente, após

o surgimento e a ascensão das redes sociais.

O autor Teixeira (2018) esclarece que a origem do termo *fake news* surgiu em meados do século XIX, com o propósito fundamental de denotar aquelas notícias que são fabricadas e moldadas para conduzir os sujeitos a uma narrativa manifestamente fraudulenta. Assim, o autor enfatiza que as *fake news* não se limitam a relatos fornecidos por determinados sujeitos, mas representam distorções da realidade por meio de informações inverídicas e descontextualizadas, produzidas intencionalmente com o objetivo manifesto de influenciar a opinião pública sobre questões políticas, culturais, econômicas e sociais.

A lógica supracitada permanece inalterada. É fato que toda tentativa de empregar e disseminar desinformações visa obter uma vantagem estratégica, ao promover narrativas que possam beneficiar o emissor ou suas causas, muitas vezes às custas do prejuízo de terceiros ou da sociedade como um todo, o que contribui diretamente para a percepção de uma sociedade que desinforma. Nesse cenário, a desinformação se tornou um fenômeno cada vez mais presente nas sociedades contemporâneas. Assim, diante de um modelo de disseminação de informações no qual as notícias circulam livremente, surgem questionamentos sobre os limites daquilo que pode ser publicado, bem como compartilhado.

O debate sobre as *Fake News*, um fenômeno emergente na sociedade da informação, teve início no ano de 2016, quando o candidato à presidência dos Estados Unidos, Donald Trump, utilizou esse método para impulsionar sua campanha, angariando votos em favor de sua eleição. O problema evidente desta sociedade que dissemina desinformação reside na distorção da realidade e na provocação de emoções que frequentemente resultam em insultos, em discursos de ódio e até em comportamentos criminosos. Essas distorções da realidade exercem efeitos significativos na sociedade, levando indivíduos a acreditar em fatos que são inexistentes, o que, por sua vez, estimula a adesão a ideologias que procuram obstruir o livre fluxo de diálogo, em que há uma imposição de uma única narrativa como verdadeira e incontestável.

No cenário brasileiro, as *Fake News* seguem o mesmo padrão utilizado pelo modelo norte-americano. Assim, os ataques a opositores são arquitetados por uma máquina de propagação de discursos, respaldada pela indústria capitalista das redes sociais. Como resultado, a ausência de normatização suficientemente clara, o emprego de dispositivos genéricos na esfera dos crimes contra a honra ou, ainda, da responsabilidade civil, revela-se inadequada para conter algumas controvérsias de impacto social severo, associadas à propagação de inverdades.

Um exemplo real é o caso de uma mulher que foi assassinada no litoral de São Paulo, após ter sido erroneamente associada a uma sequestradora de crianças que supostamente as utilizavam em rituais de magia. Posteriormente, ao fim da investigação, foi descoberto que a acusação não passava de uma *fake news*. Torna-se evidente uma morte horrenda e gratuita, deixando o questionamento de qual seria o espectro de responsabilização daqueles que impulsionaram as mensagens e as notícias que culminaram nessa tragédia.

2.1 SOCIEDADE DA (DES)INFORMAÇÃO: ATUAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NO TERRENO FÉRTIL DAS *FAKE NEWS*

A sociedade da informação, conforme definida pelo sociólogo Edward Bell (1973), consiste na evocação do conhecimento teórico e a sua subsequente transformação em uma estrutura econômica sustentada pela informação. Nesse sentido, observa-se que a base da sociedade do século XXI estava firmemente estabelecida na vasta rede de informação e conhecimento. Com isso em mente, à medida que as tecnologias ganham espaço em um cenário pós-industrial, a teoria proposta por Bell começa a ganhar sentido dentro da sociedade.

As interações humanas tradicionais de uma sociedade analógica são modificadas pelo avanço tecnológico, em que se abre caminho para a digitalização das relações sociais, econômi-

cas e culturais que envolvem sujeitos e grupos inseridos nesse modelo. Diante disso, Takahashi (2000) demonstra preocupação com a complexidade dos novos paradigmas estabelecidos pela sociedade da informação:

A Sociedade da Informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infraestrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infraestrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos (Takahashi, 2000, p. 30).

Depreende-se que o fenômeno da sociedade da informação não é apenas transitório, mas transformador. Ele abre espaço para uma releitura daquilo que chamamos de sociedade, uma vez que a ausência do acesso a essa vasta quantidade de informações pode afetar negativamente os sujeitos sociais. Tendo em vista que o acesso à informação transcende a oferta das ferramentas tecnológicas, ele requer um processo educacional abrangente, que inclui alfabetização digital e políticas de inclusão que considerem as necessidades específicas dos indivíduos (Warschauer, 2006). Como resultado desse processo gradual, a sociedade da informação demanda dos seus usuários uma série de competências e de atribuições informacionais para uma utilização e navegação adequadas nas redes digitais, as quais estão constantemente sujeitas a mutações.

A sociedade da informação serve como porta de entrada para a sociedade do conhecimento, na qual os usuários têm permissão para criarem conteúdos com base naquilo que consomem. Neste sentido, o ambiente virtual se torna um terreno fértil em que, no meio da circulação de informações, os indivíduos absorvem esses conteúdos e constroem sua própria realidade mediante notícias que conseguem trazer para si. É a partir desse cenário que surge uma preocupação crescente: a informação deve desempenhar o papel de organizar e instigar uma visão fundamentalmente crítica do contexto social nos sujeitos, promovendo o desenvolvimento de habilidades e de conhecimentos, ao invés de desinformar, confundir ou ludibriar a percepção fiel da realidade.

Em vista disso, os sujeitos inseridos na sociedade passam a produzir e divulgar conteúdos por meio do uso das ferramentas digitais, as quais estão interligadas por uma rede sem fio, estimulando uma busca contínua pela informação. Em decorrência disso, as redes sociais se destacam como vetores de conteúdo e trocas informacionais entre seus usuários, que se encontram conectados por meio dessas ferramentas. Não obstante, esse panorama tem impactado drasticamente as relações humanas e sociais, na medida que a dependência por trás dessas ferramentas digitais fortalece uma cultura interativa em que os ditames da personalização, da individualização e de interações quase que instantâneas com máquinas obrigam os sujeitos a permanecerem nesses ambientes como forma de se sentirem parte do meio, ou melhor, parte da sociedade da informação.

Hoje, as *fake news* emergem como fenômeno proeminente na sociedade da informação, em especial devido ao uso das redes sociais como fio condutor de sua mensagem. Tais redes, que, hodiernamente, dominam a paisagem midiática, são ferramentas digitais caracterizadas pela instantaneidade na circulação de informações. Nesse vasto território, as *fake news* e a desinformação circulam livremente com o fito de enganar usuários por meio de cliques e compar-tilhamentos, ampliando, assim, o alcance desses conteúdos e comprometendo a percepção da

realidade daqueles que estão conectados. Por conseguinte e, como resultado, a verdade perde relevância para as narrativas distorcidas.

Ainda mais, é fato que os boatos, inverdades caluniosas, fofocas e histórias desconexas com o mundo real sempre existiram e integram a construção do imaginário humano e suas relações sociais. Tal fenômeno se intensifica, especialmente, nas plataformas móveis, que se tornaram verdadeiramente onipresentes no cotidiano das sociedades. Na atualidade, qualquer pessoa pode produzir (e distribuir) informação falsa. O grande desafio surge quando essas informações são amplamente manipuladas na tentativa desenfreada de criar realidades inexistentes.

Fica evidente até que ponto a desinformação pode nos levar. Em uma era de total submissão à tecnologia, o abandono do pensamento estruturado e fundamentado em prol do imediatismo comunicacional se estabelece como o cenário perfeito para a nova era da circulação multidirecional da informação; são, em verdade, nas redes sociais que as notícias falsas encontram as melhores condições para circular. É nesse sentido que, como afirma o autor Antônio Fausto Neto (2010), à medida que a sociedade se torna mais midiática, ela também se torna mais complexa, uma vez que o cenário social sofre uma transformação jamais vista antes.

Por conseguinte, é assistido um aumento significativo na utilização de *fake news* para espalhar desinformação, especialmente por meio da imprensa oficial, de *blogs* independentes, e, sobremaneira, das redes sociais (*WhatsApp*, *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, entre outras). Dentro dessa dinâmica interativa, os *sites* direcionam os seus esforços a captar atenção dos usuários das redes sociais com o objetivo de promover anúncios e lucrar com tal movimentação. Nesse viés, como apontado por Victor (2017), quanto mais uma página ganha audiência, mais ela ganha com publicidade.

Assim, em um contexto anterior à *Internet*, a propagação de notícias falsas por meio de um veículo de comunicação era considerado um desastre catastrófico para a reputação da empresa, pois afetaria diretamente a sua credibilidade. No entanto, após a produção de conteúdo, nos meios digitais, cada indivíduo pode recriar a sua verdade. Consoante assevera Gelson Amaro de Souza Filho (2009, p. 3):

[...] a rede tornou-se um importante meio com capacidade para difusão instantânea de informação, estabelecendo um novo conceito de mídia, de característica “desmassificada”. Isto quer dizer que a *Internet* não é um meio controlado por poucas fontes, mas sim um sistema de informação que permite a contribuição de todos: cada usuário é livre para desenvolver seu próprio conteúdo. [...] A *Internet* [...] é um democrático meio de comunicação que permite a livre expressão de ideias, opiniões e ideologias, pois os usuários podem produzir e divulgar conteúdos de forma independente. Mas, considerando a enorme quantidade de informações que circulam incessantemente, seria ilusório afirmar que existe um controle efetivo do que está disponível pela rede.

Nessa conjuntura, surgem as mídias alternativas de disseminação de informação que transcendem os modelos mais tradicionais e constroem narrativas baseadas na vontade de verdade presentes em determinados grupos sociais, lucrando com a monetização de seus conteúdos. Conseqüentemente, o foco não está mais na veracidade das notícias, mas sim no alcance que, convertido em lucro produzido em *fake news*, trará para o seu produtor. Essa exploração da falsidade nas redes sociais dá origem a uma verdadeira indústria do caos.

Segundo o autor Itagiba (2017), dentro dessa cadeia de informações, é crucial compreender o usuário e suas motivações para compartilhar e, da mesma forma, consumir *fakes news* nas redes sociais. Allcott e Gentzkow (2017) destacam dois fatores fundamentais que caracterizam as *fake news* como um fenômeno emergente na sociedade da informação: o lucro gerado pela desinformação e as motivações ideológicas de certos indivíduos que impõem suas “verdades” sem o devido compromisso com as fontes da informação. Esse aspecto ganha força a partir

das redes sociais, em que algoritmos facilitam a criação de determinadas bolhas e legitimam ideologias em um ambiente que usuários compartilham da mesma vontade de verdade.

Para Serrano (2010), em um cenário em que a informação perde relevância para instâncias econômicas e publicitárias, o comprometimento ético com a verdade deixa de ser íntegro e se torna flexível. É nesse ambiente favorável que ocorre a manifestação das *fake news*, com o rompimento das barreiras da credibilidade a fim de suportar determinadas vontades. Além disso, os autores Wardle e Derakhshan (2017) afirmam que a desinformação tem como característica principal a narrativa construída e não a fonte da informação em si. Com isso, qualquer pessoa pode produzir notícias falsas, uma vez que a fonte perde relevância para o enredo e o próprio remetente, muitas vezes passando despercebido contestar a veracidade pelo simples fato de ter se adequadado às concepções individuais das pessoas. É por isso que D’Ancona (2018, p. 55) lembra que “consumimos aquilo que já gostamos, e evitamos o não familiar”.

Ainda para Serrano (2010), o termo “desinformação” é definido como um mecanismo complexo no qual a informação é disseminada fora de contexto, fragmentada, manipulada e distorcida. Por essa razão, a desinformação deve ser entendida não só como uma notícia falsa, mas sim como distorções da realidade que permitem que informações verdadeiras sejam fragmentadas e inseridas em contextos falsos. Nesse viés, a desinformação vai além do debate das *fake news*, pois possibilita a criação de narrativas imprecisas com o desígnio de causar danos públicos ou de obter ganhos mercadológicos.

De tal modo, em relação à última vantagem mencionada no parágrafo anterior, é relevante trazer à tona uma mensagem importante. No documentário intitulado “O Dilema das Redes”, dirigido por Jeff Orlowski, uma das cenas destaca a fala precisa de um dos entrevistados, em que aduz: “criamos um sistema que privilegia as informações falsas (...) porque as informações falsas rendem mais dinheiro às empresas do que as verdadeiras (...) a verdade é chata”. Nesse cenário, a desinformação leva a um ambiente em que o real e o imaginário chegam a confundir a percepção da verdade, permitindo que discursos danosos sejam legitimados com base na “liberdade de expressão”.

2.2 DEGRADAÇÃO DOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS E O SILENCIAMENTO DOS DEBATES PLURAIS

A degradação dos sistemas democráticos e o silenciamento dos debates plurais são, de fato, as principais e predominantes consequências da desinformação nas sociedades contemporâneas. O fato é que as *fake news* têm preocupado sociedades inteiras pelos danos reais causados a indivíduos e a instituições. Na *Internet*, observa-se que não existem limites nem fronteiras; está-se sempre em movimento e em constante estado de inquietação. O desenvolvimento e a transformação da democracia estão intrinsecamente relacionados a esse cenário. As redes sociais tornaram-se o palco ideal para as discussões democráticas, permitindo que os indivíduos participem do processo de tomada de decisão coletiva. Assim, uma vez conectados às redes, todos os usuários têm suas vozes e falas apreciadas; a manifestação do pensamento se expande em todas as dimensões. No entanto, os usuários das mídias digitais estão inseridos em bolhas, pois só são expostos a conteúdos relacionados aos seus interesses, que, como consequência, limita outras predileções.

Neste tocante, diante de um verdadeiro mar informacional, os conteúdos apresentados aos sujeitos podem ser utilizados para influenciar determinado pensamento, ou, ainda, ocultar a pluralidade do mundo real. Por isso, os novos padrões de comunicação podem ser utilizados para ludibriar mentes e comportamentos dos indivíduos.

Com efeito, as notícias falsas, excetuando as que procuram meramente o choque e o

impacto ou munção de conflitos entre indivíduos e grupos, assumem uma postura enviesada em narrativas de desconstrução, inclusive e principalmente, negacionistas das situações e instituições vigentes. Esses são instrumentos ilegítimos, repulsivos e destoantes de qualquer padrão civilizatório mais apurado, com o claro objetivo de corroer os alicerces da democracia, em escala industrial, desequilibrando a balança de forças do ambiente participativo.

Nesse arranjo, o pilar central que desencadeia uma verdadeira corrosão dos sistemas democráticos é a presença marcante de propaganda ou das campanhas eleitorais. Para Gomes (1994), tais estratégias de *marketing* político, constituem um comércio comunicativo, em que a mediação das pretensões e dos interesses antagônicos, opostos e/ou contrários, pelos diversos sujeitos socialmente reconhecidos, constitui a dimensão pública, condição mínima da democracia política. Todavia, é curioso e vale destacar que as campanhas eleitorais não estão imunes à contaminação pela política suja, mas, pelo contrário; é nessa circunstância que as *fake news* atuam para legitimar discursos.

No período de eleições, argumentos, verdades e meias-verdades são habilmente instrumentalizadas para enaltecer ou minar um ou alguns lados do jogo político-eleitoral. No cenário brasileiro, vale destacar a análise do clima político durante as eleições de 2018, caracterizadas pela ascensão da extrema-direita e pela prevalência do sentimento antipetista, assim como nas eleições de 2022, em que a bolha da polarização foi reafirmada. Nesses momentos, os sentimentos negativos de cada lado do espectro político são aflorados, e o clima de desconfiança das instituições democráticas aumenta cada vez mais na sociedade civil.

Como uma força motriz, a intensa presença das *fake news* reforça a limitação de debates plurais, marcado pela legitimação de discursos extremistas e radicais. Nesse viés, a defesa obstinada da própria opinião sob a ótica de que – “é apenas o meu ponto de vista!” – é o modo que funciona como uma justificativa social para se sobrepor aos fatos. O mesmo raciocínio se aplica ao uso reverso da expressão *fake news* – na forma de “isso é *fake news*”. Com efeito, é fechado o caminho para o contraditório, para a deliberação pública e para a diversidade política. De maneira exemplificativa, essa prática é vista com maior rigor no cenário político, tendo em vista que, em uma corrida eleitoral, entre os lados vitoriosos e derrotados, há claramente um jogo tendencioso que se traduz na defesa e no ataque, inflamando tendências autoritárias e gerando tensões democráticas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um panorama em que a mentira assume forma e conteúdo de verdade, não é tarefa fácil estabelecer um controle efetivo sobre as *fake news*. Pelo exposto, no desenvolvimento deste estudo, as informações fragmentadas, manipuladas e descontextualizadas compõem o arcabouço de uma sociedade que desinforma. Com isso, a lacuna de políticas públicas que repensem o modelo que limita ou que libera tais conteúdos, bem como a ausência de punição imposta pelas redes sociais aos usuários que cometem essas medidas, impedem o avanço das soluções para esse fenômeno.

Diante disso, infere-se que a sociedade da informação está longe de acabar, mas, pelo contrário, as *fake news* podem passar por modificações e se tornarem cada vez mais difíceis de serem desmentidas. A tendência, neste modelo de desinformação, perpassa pelas competências informacionais de cada sujeito e o investimento na educação digital se faz necessária, para que haja a limitação dos impactos sociais que a desinformação pode trazer para os usuários. Neste sentido, cabe, primordialmente, aos pesquisadores e cientistas debater a temática para obterem um maior alcance e abrangência na sociedade e prepararem os cidadãos para, quando fizerem contato com esses discursos, compreenderem que o fenômeno faz parte de um modelo digital, idealizado por sujeitos que visam interesse político, econômico ou social.

Por fim, entre conceitos, diferenças e problematizações, o texto teve um claro objetivo de elucidar a mente do leitor sobre um assunto que vem ganhando notoriedade dentro e fora do cenário virtual. Em razão disso, no ambiente que se encontra polarizado, as redes sociais se mostram como peça-chave para propagar inverdades disfarçadas de opinião. Para tanto, apesar de não existir uma solução mágica, é crucial que o amparo legal para superar ou, pelo menos, reduzir os efeitos gravosos decorrentes desse fenômeno emergente das *fake news*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, p. 211-36. 2017.

BELL, D. **O advento da sociedade pós-industrial**. São Paulo: Cultrix, 1973.

D'ACONA, Matthew. **Pós-Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de *fake news***. Tradução Carlos Szlak. 1ª edição. Barueri, SP: Faro Editorial, 2018.

DE SOUZA FILHO, Gelson Amaro. Liberdade de expressão na *Internet*: globalização e o direito internacional. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**. ISSN 21-76-8498, v. 3, n. 3, 2007.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. ***Fake News na eleição presidencial de 2018 no Brasil***. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas). Universidade Federal da Bahia. UFBA. Salvador, 2020.

FAUSTO NETO, Antônio (Org.). **Mediatização e Processos Sociais – aspectos metodológicos**. Santa Cruz: Edunisc, 2010.

GOMES, Nicolly Luana Carneiro. **Uma análise acerca do fenômeno das *fake news* no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas. UFPB. Paraíba, 2018.

GOMES, T. S. A; MATOS, C. M. S. A. O Estado de exceção no Brasil republicano. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1760-1787, 2017. Acesso em: 9 jan. 2024.

ITAGIBA, G. ***Fake news e Internet*: esquemas, bots e a disputa pela atenção**. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/04/v2_fake-news-e-internet-bots.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2024.

O DILEMA DAS REDES. Direção: Jeff Orlowski. Estados Unidos, 2020.

PINI, André Mendes. **Desinformação e populismo radical de direita: o caso da eleição de Donald Trump em 2016**. 2021. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) — Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

SERRANO, P. **Desinformação: como os meios de comunicação ocultam o mundo**. Rio de Janeiro: Espalhafato, 2010.

TAKAHASHI, T. (Org.). **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Acesso em: 27 jan. 2024.

TEIXEIRA, A. **Fake news contra a vida**: desinformação ameaça vacinação de combate à febre amarela. Dissertação (Mestrado Comunicação e Semiótica). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Acesso em: 11 jan. 2024.

TOFFOLI, Dias. *Fake news*, desinformação e liberdade de expressão. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 9-18, jul./set. 2019. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/7624>>. Acesso em: 10 dez. 2023.

VICTOR, Fabio. Como funciona a engrenagem das notícias falsas no Brasil. **Folha de São Paulo**, fev. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859808-como-funciona-a-engrenagem-das-noticias-falsas-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 4 out. 2021.

WARDLE, C.; DERAKHSHAN, H. **Information Disorder**: Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Strasbourg: the Council of Europe, 2017. Acesso em: 9 jan. 2024.

WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social**: a exclusão digital em debate. Senac, São Paulo, 2006.

O PAPEL DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA FRENTE A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO AUTORAL FOMENTADO PELAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS (IAs)

THE ROLE OF BRAZILIAN JURISDICTION IN FRONT OF THE FRAGMENTATION OF COPYRIGHT FOSTERED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCES (AIS)

Ana Laura Jales Pinheiro

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

Eliene Chaves Gurgel

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

Lusia Leite Cavalcante de Sousa

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

Resumo: As inovações tecnológicas trouxeram à tona uma série de mecanismos nunca antes imaginados pelo intelecto humano, como a questão da inteligência artificial. Essa nova ótica, ainda que reverbere incontáveis benefícios, oportunidades e desafios, também representa um novo espaço para discussão, sobretudo no que concerne às produções e ao direito autoral. Nessa toada, o presente trabalho analisa os aspectos históricos e conceitualistas referentes às IAs, desenvolvendo um estudo em torno de tópicos como as tecnologias e a contemporaneidade. Para mais, discute-se também acerca da propriedade intelectual e da jurisdição brasileira, como a Lei de Propriedade Intelectual, a Lei dos Direitos Autorais e a Lei de *Software*. Em seguida, foram discutidas as consequências oriundas da interferência tecnológica no direito autoral, como a hipótese de criação de uma personalidade jurídica tecnológica ou de um direito *sui generis*, e os seus impactos no cotidiano. O respectivo escrito objetiva analisar a influência da inteligência artificial na seara do direito autoral, bem como averiguar como a legislação brasileira se comporta diante dessa realidade. Por fim, cabe ressaltar que esse artigo foi desenvolvido com base no método exploratório, reunindo pesquisas bibliográficas e documentais, buscando identificar as bases teóricas referentes ao assunto. Conclui-se que o arcabouço jurídico brasileiro necessita de mecanismos mais eficientes e específicos para resguardar e regular o crescente uso das IAs.

Palavras-chave: Jurisdição. Inteligência Artificial. Direito Autoral. Consequências. Legislação.

Abstract: *Technological innovations have brought to light a series of mechanisms never before imagined by the human intellect, such as the issue of artificial intelligence. This new perspective, even though it reverberates countless benefits, opportunities and challenges, also represents a new space for discussion, especially with regard to productions and copyright. In this vein, the present work analyzes the historical and conceptual aspects related to AI, developing a study around topics such as technologies and contemporaneity. Furthermore, it also discusses intellectual property and Brazilian jurisdiction, such as the Intellectual Property Law, the Copyright Law and the Software Law. Then, the consequences arising from technological interference in copyright were discussed, such as the hypothesis of creating a technological legal personality or a sui generis right, and its impacts on everyday life. The respective writing aims to analyze the influence of artificial intelligence in the area of copyright, as well as to find out how Brazilian legislation behaves in the face of this reality. Finally, it should be noted that this article was developed based on the exploratory method, bringing together bibliographical and documentary research, seeking to identify the theoretical bases related to the subject. It is concluded that the Brazilian legal framework needs more efficient mechanisms to protect and regulate the growing use of AI.*

Keywords: *Jurisdiction. Artificial intelligence. Copyright. Consequences. Legislation.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Contexto histórico – 3 A expansão tecnológica, propriedade intelectual e direitos autorais; 3.1 A propriedade intelectual; 3.2 Jurisdição brasileira: como o direito acompanha a evolução técnico-científica; 3.3.1 Lei de Propriedade Intelectual (Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996); 3.3.2 Lei dos Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/1998); 3.3.3. Lei de *Software* (Lei n.º 9.609/1998); 3.4 Expansão tecnológica e a legislação – 4 Impactos e reflexos no direito e no cotidiano; 4.1 O ordenamento jurídico e as IAs: perspectivas futuras; 4.1.1 Atribuição de personalidade jurídica às IAs; 4.1.2 Atribuição da personalidade jurídica tecnológica; 4.1.3 Manter as obras na atual situação de domínio público (com a possibilidade de criação de um direito conexo de distribuição); 4.1.4 Criação de um direito *sui generis* – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o emprego das inteligências artificiais acarreta em uma série de implicações no que tange à criação e proteção de ferramentas e conteúdos autorais. Apesar de sua relevância no universo científico, a inteligência artificial vem causando muitos dilemas no mundo jurídico, principalmente no que concerne ao direito autoral.

Ademais, a sua capacidade de produção autônoma traz à tona questões substanciais sobre a autoria, titularidade dos direitos autorais e responsabilização legal, provocando uma fragmentação do direito autoral e dualidade frente ao questionamento “o que é produto de quem?”, tendo em vista que o espaço dividido entre o criador humano e a máquina torna-se cada vez mais tênue.

Assim, com os novos desafios para proteção dos direitos autorais oriundos do rápido processo de evolução dos sistemas de inteligência artificial, torna-se necessário compreender como o direito está se adaptando para lidar com a ascensão da inteligência artificial e os seus impactos na fragmentação do direito autoral.

Diante disso, o objetivo deste trabalho é analisar e compreender o impacto da inteligência artificial na fragmentação do direito autoral, principalmente voltado para a produção de textos, músicas e imagens, além de debater o papel desempenhado pela jurisdição brasileira diante desse novo paradigma. Visto que, com a celeridade das IAs e o vasto banco de dados que combinado leva a permutação de diferentes escritos, há uma imprecisão sobre a titularidade do produto, além de que a difusão de imagens e músicas com certas remodelações também comprometem o verdadeiro titular. Para isso, foi utilizado o método exploratório, buscando identificar as bases teóricas referentes ao assunto e visando elucidar o papel que a jurisdição brasileira desempenha diante das consequências enfrentadas no ramo do direito autoral produzidas pela inteligência artificial.

O texto está dividido em três partições. A primeira refere-se a uma abordagem histórica e conceitualista acerca da inteligência artificial. Enquanto isso, a segunda parte introduz as principais leis brasileiras que corroboram com a temática, fomentando, com isso, o papel que a jurisdição nacional desempenha frente às causas provocadas pela capacidade de produção, similar à inteligência humana, que as novas tecnologias apresentam. Por fim, a última partição analisa as consequências oriundas da interferência tecnológica no direito autoral, bem como os seus impactos e desdobramentos no cotidiano.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

A história da *Internet* remonta décadas de evolução e descobertas, mas é a Segunda

Guerra Mundial (1939-1945) que ilustra tal panorama, trazendo rupturas globais, a partir do arsenal tecnológico de alguns países, o que desencadeia outros acontecimentos como por exemplo a organização do primeiro programa de satélites, e posteriormente, no contexto pós-guerra, o desenvolvimento da ARPA (Agência de Projetos e Pesquisa Avançada). É por meio da ARPA, que mais tarde torna-se *ARPAnet*, que surge o primeiro sistema parecido com a *Internet* que hoje utilizamos.

Ademais, é observado que a partir deste pontapé há o desenvolvimento de uma rede de computadores interligada, ampliando a comunicação, tráfego de dados, e com a modernização dos aparelhos e comportamento digital dos usuários, fomenta também o surgimento das redes sociais, além de programas de *software*, como por exemplo as inteligências artificiais.

Encontrar uma definição, ao se falar de inteligência artificial, é uma tarefa um tanto quanto difícil, tendo em vista as características específicas dos diversos campos de atuação de tal sistema. O termo “inteligência artificial” remonta à década de 1950 (Schirru, 2019). De forma geral, Kaufman (2019) o define como sendo um campo de conhecimento associado à resolução de problemas, à linguagem, ao raciocínio, à aprendizagem e à inteligência, fomentando a interação entre o homem e a máquina como “espécies” distintas. A outro giro, Gomes (2010) pondera que a inteligência artificial trata-se de um campo da Ciência da Computação em que o seu objetivo primordial é fazer com que os computadores pensem ou se comportem de forma inteligente.

Nesse viés, como aponta Russel e Norvig (2004), Warren McCulloch e Walter Pitts foram os responsáveis por articular o primeiro trabalho referente à inteligência artificial que obteve reconhecimento, ao sugerirem uma espécie de modelo de neurônios artificiais. De lá para cá novos programas têm ganhado espaço, seja por meio de jogos, manipulando imagens, formulando textos/perguntas, músicas e por vezes até contestando a verdade.

No que tange ao direito autoral, a Lei n.º 9.610/1998 o descreve como sendo o instituto sob o qual as “criações do espírito” são protegidas. Porém, vale destacar que, na antiguidade, a concepção acerca da possibilidade das criações intelectuais era inexistente, uma vez que a proteção dos dados autorais passa a ser vista como algo relevante a partir da invenção da imprensa de Gutenberg, justamente por contribuir com a expansão da escrita (Carboni, 2010), tendo sua primeira regulamentação legal conhecida no século XVIII (Schirru, 2019).

No mundo contemporâneo, percebe-se que o emprego de sistemas de intelecto artificial é cada vez mais comum e, conseqüentemente, aprimorado, visando satisfazer o interesse do homem no contexto social, tendo em vista a sua praticidade e a capacidade de produção instantânea. Nessa ótica, o direito autoral passa a ser visto como um mecanismo repleto de lacunas, uma vez que a legislação não acompanha o alcance de tais programas, deixando brechas no conteúdo legislativo, e por algumas das normas atenuantes a esta seara serem pretéritas, não conseguem se moldar a fatos concretos, deixando os aplicadores do direito num espaço discricionário, satisfazendo o discurso do senso comum de que a *Internet* é terra sem dono.

Nesse quadro, a partir do exposto, é necessário buscar mecanismos de controle desse avanço que invade outros eixos, almejando lidar com a produção de textos, imagens, músicas, áudios, dentre outros elementos por meio das IAs que não atinjam obras autorais, tendo em vista o fluxo de produções.

3 A EXPANSÃO TECNOLÓGICA, PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITOS AUTORAIS

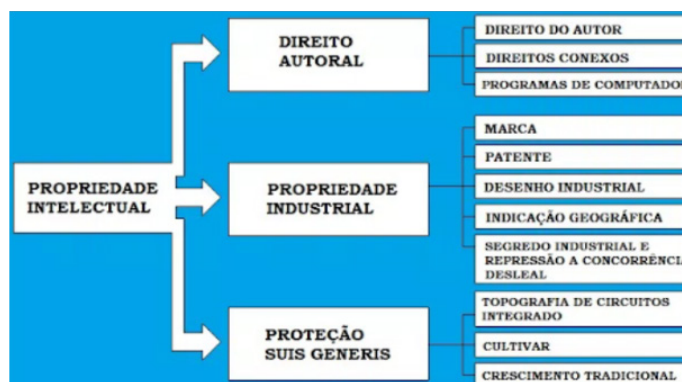
Com o avanço tecnológico fomentado pela Revolução Técnico-Científico-Informacional, bem como pelo processo de Globalização, novas maneiras de ocupar o espaço virtual re-

verberam-se, para além da utilização de mídias sociais, compartilhamento de imagens e *chats* de conversa, agora, a *Internet* é também local para vendas, reuniões e demais atividades que anteriormente ocupavam apenas a esfera real, ou seja, múltiplos módulos da vivência humana são transferidos para o metaverso. É mister que informações circulem de maneira instantânea, por vezes atravessando a ética e o respeito a outros entes/órgãos.

Nessa toada, é basilar que na carcaça do arcabouço jurídico seja lançado um escudo sobre aqueles que voltam-se para o desenvolvimento de obras, ecoando a produção de toda sua vida. É notório que os operadores do direito objetivam trazer tal salvaguarda, uma vez que se ilustra no artigo 5º, XXVII da Lei Fundamental de 1988 que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Há também previsão para aplicação de possíveis sanções penais para o desrespeito deste imperativo, reverberada no artigo 184 do Código Penal.

No cerne do Direito Intelectual está a propriedade intelectual, que resguarda direitos sobre determinadas produções – seja material ou imaterial – nos paradigmas industriais, científicos, literários, bem como artísticos. Além disso, também possibilita transformar o conhecimento, de início um bem quase público, em um bem privado, inaugurando o elo entre o conhecimento e o mercado, Buainain (2004). As ramificações da propriedade intelectual estão dispostas na figura a seguir:

Figura 01: Fluxograma que ilustra as ramificações da propriedade intelectual



Fonte: Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
Critt – Centro Regional de Inovação e Transferência de Tecnologia.

Tais ramificações emergem no direito autoral, na propriedade industrial e na proteção *suius generis*. O direito autoral se circunscreve a partir da fabricação de obras que perpetuam desde o âmago artístico, científico e literário, dividindo-se em três categorias: direito do autor, direitos conexos e programas de computador, sendo que aquele primeiro atrela-se ao autor e ao produto por ele confeccionado, que, ao registrar sua obra, detém sobre ela toda legalidade. Versando sobre os direitos conexos, estes referem-se à proteção erguida sobre entes que permitem o acesso a determinadas obras, a fim de tornar tal questão didática, a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) exemplifica sobre compositores.

Seguidamente, os programas de computador concernem ao desenvolvimento de funções executivas da máquina. No que tange à marca, patente, desenho industrial, indicação geográfica, segredo industrial e repressão à concorrência desleal, é válido apontar que tais ramificações são consequências da Propriedade Industrial.

Em relação à proteção *suis generis*, esta inclui a topografia de circuitos integrados, cultivar e crescimento tradicional. A aprovação da proteção das Topografias como um direito de propriedade intelectual só se deu, no Brasil, em 2007, por intermédio da Lei n.º 11.484, de 31 de maio de 2007. Os circuitos integrados demonstram conexões que organizam determinados conjuntos em peças que detêm finalidades tecnológicas. Por fim, o cultivar está relacionado à área agropecuária.

3.1 A PROPRIEDADE INTELECTUAL

A propriedade intelectual apresenta-se como um fator basilar para a seguridade e conforto de produtores ao publicar determinada criação. É sabido que existem institutos e normas que a protegem, todavia, o Brasil ainda não conseguiu desenvolver um sistema de administração pública de gestão de propriedade intelectual compatível com as exigências das demandas num mundo globalizado (Matias-Pereira, 2011). Tendo em vista a dimensão do debate atual, a propriedade atual torna-se cada vez mais evidenciada, colocada em cores, por exemplo, pela necessidade de patentear serviços/produtos, bem como pelo desenvolvimento de múltiplos nichos da indústria musical e cinematográfica.

Nesse horizonte, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) define a patente como um documento expedido por um órgão governamental, que descreve a invenção e cria uma situação legal, na qual a invenção patenteada pode ser normalmente explorada (fabricada, importada, vendida e usada) com autorização do titular (Matias-Pereira, 2011).

Outrossim, a estruturação da propriedade intelectual corrobora para a seguridade dos produtores de certos conteúdos, uma vez que a proteção da propriedade intelectual assegura o direito de propriedade e privilégio da exclusividade ao seu titular, ao passo que este divulga à sociedade as informações detalhadas sobre o conhecimento gerado e protegido (Araújo *et al.*, 2010).

3.2 JURISDIÇÃO BRASILEIRA: COMO O DIREITO ACOMPANHA A EVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA?

Em primeiro plano, é válido que no cenário de alto fluxo de troca de dados, alguns detalhes chegam a passar despercebidos, como, por exemplo, o compartilhamento de determinadas obras (músicas, livros, entre outros) dentro de aplicativos com um alto alcance, a exemplo do *Telegram* e do *Discord*, que comportam um alto volume de *gigabytes* para envio de mídias, além da possibilidade de alocar diversos usuários em um mesmo *chat*, que, em um simples clique, colocam em xeque a propriedade autoral de autores.

Ademais, com a velocidade no compartilhamento de informações e implementação de novas tecnologias e funções, é notório que o arcabouço jurídico não consegue acompanhar o alcance dos usuários no âmbito da *Internet*, apresentando falhas no que tange à aplicação de sanções e à imposição de diretrizes no âmbito digital.

Nesse diapasão, o universo digital fica conhecido como “terra sem lei”, uma vez que as normas não seguem o fluxo das inovações tecnológicas. Todavia, a Lei n.º 12.965 de 2014, o Marco Civil da *Internet*, que estabelece princípios, direitos e deveres na *Internet*, ilustra a percepção de que é necessário buscar alternativas de normatizar essa seara, visto o alcance da digitalização em múltiplos aspectos da vida, até mesmo no quesito processual. Além disso, é mister ponderar sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que busca efetivar amparar os usuários da rede no que tange o tráfego de informações, expandindo-se para outras áreas, denotando a constante parceria entre diferentes eixos.

Outrossim, destaca-se também a “versatilidade” que as IAs apresentam nesse ínterim, uma vez que possibilitam a modificação de voz, cores e imagens, desfigurando a originalidade de certo produto, o cerne da problemática também repousa no alcance que tal remodelação ocasiona, distorcendo a noção dos internautas e reverberando empecilhos principalmente no que tange a veracidade dos fatos.

A partir do exposto, é possível notar que apesar de a jurisdição brasileira ainda demonstra certo conservadorismo e timidez no que tange a regulamentação do uso das IAs, principalmente na proteção dos direitos autorais, fomento a *fake news* e demais problemáticas.

3.3.1 Lei de Propriedade Intelectual (Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996)

Sob as lentes do OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), essa lei pode ser descrita como a barreira que ergue reservas legais para o autor contra possíveis ataques/perdas de sua obra. Ainda versando acerca da definição do OMPI, aponta-se que esse regulamento pode ser definido como a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão. Em suma, às invenções em todos os domínios da atividade humana (Bezerra, 2006).

Nesse ínterim, a respectiva norma reza em seu artigo 2º que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, efetua-se mediante:

- I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II - concessão de registro de desenho industrial;
- III - concessão de registro de marca;
- IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
- V - repressão à concorrência desleal (Brasil, Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996).

A respectiva legislação regula direitos que concernem à Propriedade Intelectual, além de possíveis punições, associadas ao uso indevido de determinados produtos. Ademais, sua importância deve-se à estruturação tecnológica que emergia em seu contexto sócio-histórico, bem como na atualidade, visto seu valor para empresários, autores e artistas.

3.3.2 Lei dos Direitos Autorais (Lei n.º 9.610/1998)

Consoante a Lei de Propriedade Intelectual, emerge também a Lei dos Direitos Autorais, que associa-se àquela para melhor dimensionar um escudo protetivo para atividades que tangem à produção humana de periódicos e outras fabricações. A norma ilustrada destaca um elenco de obras que são asseguradas, colocando em cores o autor de determinada criação, além de fundamentar o funcionamento do direito nesta órbita. Alguns artigos que se destacam no tocante a essa temática são:

- Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]
- Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.
- Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.
- Art. 15. A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

§ 1º Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio (Brasil, Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998).

Além disso, o Brasil integra a Convenção de Berna, documento que realça a proteção das obras literárias e artísticas, juntamente a outros Estados. No que se refere ao período de durabilidade de direitos sob a produção de uma obra, esse resguardo é garantido por 70 anos, a contar a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação da obra (Araújo *et al.*, 2010).

Firmando os direitos do autor sobre sua produção a respectiva norma, reafirma no artigo 22 a posse – moral e patrimonial – sobre a obra criada, vociferando a ilegalidade que se ergue quando determinado trabalho é utilizado sem licença para tal.

3.3.3 Lei de *Software* (Lei n.º 9.609/1998)

O termo *software* refere-se à execução de programas de computador, respectivo ao armazenamento de dados, bem como seu processamento. Em linhas gerais, é a parte lógica da máquina. Tal lei tem gênese no *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*, um tratado internacional datado no ano de 1994, utilizado como caminho para encerrar a Rodada Uruguai e inaugurar a Organização Mundial do Comércio (OMC). Outrossim, essa norma está associada à Lei de Propriedade Intelectual e à Lei dos Direitos Autorais.

O escudo erguido sob o *software* adequa-se ao que ocorre com os direitos autorais. Sendo mister a égide sobre o compositor, a respectiva legislação destaca que:

Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei (Brasil, Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998).

Sob a luz solar do respectivo artigo, infere-se que as regulamentações anteriormente apontadas conversam entre si, demonstrando certa complementação. Nesse sentido, a semelhança da proteção conferida pela Lei dos *Softwares* com dos demais direitos pode ser observada na medida em que sua defesa independe de registro prévio para ser conferida, mas também assegura direitos para autorização e proibição de aluguel comercial de *software* (Bezerra, 2006).

3.4 EXPANSÃO TECNOLÓGICA E A LEGISLAÇÃO

Ao analisar algumas das legislações que se voltam à regulamentação da propriedade intelectual, produções autorais e programas computacionais, evidencia-se que o ordenamento jurídico brasileiro não consegue acompanhar as funcionalidades colocadas em cena, o que provoca a amplitude do uso indevido de dados, escritos, músicas e outros, desenhando a ausência de controle, clamando assim por regulamentação.

Apesar da existência de legislações atenuantes aos quadros da *Internet*, há um eco sobre múltiplas problemáticas que a cada dia se renovam. Nesse sentido, a existência da Lei n.º 9.279, bem como da Lei n.º 9.610, demonstram amplitude na salvaguarda dos direitos da propriedade intelectual e autorais, todavia carecendo de aditivos, visto que voltam-se principalmente a meios físicos, devendo atrelar-se a outras normas complementares, para que assim possa efetivar a produtividade aqueles que tornam público seu conhecimento e obras, preservando ainda o acesso à cultura.

Ainda, é válido destacar que as leis que regulamentam a propriedade intelectual, a utilização de dados e os direitos autorais são redigidas para determinados fins, mas que pela evolução no ambiente digital precisam também comportar outras necessidades, além de que por sua data de promulgação ser remota, certamente não correspondem ao cenário atual e às demandas ocasionadas pelos novos *softwares*.

Portanto, a necessidade dos operadores do direito renovarem seus conhecimentos e encorparem o ordenamento jurídico novos mecanismos é mister, visto os avanços e novas ferramentas de proteção como a *blockchain*, que por meio de criptografia conserva informações registradas, controlando trâmite de dados.

4 IMPACTOS E REFLEXOS NO DIREITO E NO COTIDIANO

A Inteligência Artificial está presente na maioria dos aspectos da vida cotidiana, como, por exemplo, nos aplicativos do celular, na televisão *Smart* ou, ainda, nos sistemas de busca. Além disso, o seu crescimento e desenvolvimento produz inúmeros impactos nos mais diversos setores da sociedade, desde a automação de processos e trabalhos até a dinamização e facilitação de pesquisas e de projetos.

Outrossim, a implementação dessas tecnologias também abre novas brechas e oportunidades para discussão, como ocorre com essas invenções e o direito autoral, fundamentação que será mostrada a seguir.

4.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO E AS IAS: PERSPECTIVAS FUTURAS

Como já foi abordado, a Lei de Direito Autoral (Brasil, 1998) destaca que o autor é a pessoa física, ou jurídica, nos casos previstos na lei, criador de obra literária, artística ou científica. Em adição, também é asseverado que as obras intelectuais protegidas são as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Assim, é com base nesses aspectos que, com o advento da Inteligência Artificial (IA), surgiu o questionamento se tal mecanismo possuiria os direitos do autor e, em caso contrário, quais os meios e alternativas disponíveis para sustentá-los. Em síntese, esse embate está situado na questão das criações do espírito, relacionada à imputação pelo resultado final (Ramos, 2009) e no tópico da pessoa física ou jurídica.

No que concerne às IAs e à atualidade, o produto dessas tecnologias não estão legíveis para a proteção dos direitos autorais e, por isso, deságuam diretamente no domínio público (Hristov, 2017, p. 436-437). Por sua vez, o domínio público, segundo Bruno Jorge Hammes:

Significa que já não há um titular exclusivo da obra. Todos e cada um podem utilizá-la sem depender de autorização de um titular e sem ter que pagar algo pela utilização. Domínio público não deve ser confundido com propriedade pública pertencente ao Estado (Hammes, 2002, p. 129).

Diante do exposto, como possibilidade para proteção autoral têm-se como alternativas: a atribuição de personalidade jurídica às IAs; a atribuição da personalidade jurídica tecnológica; a opção de manter as obras na atual situação de domínio público (com a possibilidade de criação de um direito conexo de distribuição) e, por fim, a criação de um direito *sui generis*. Tais possibilidades serão analisadas a seguir.

4.1.1 Atribuição de Personalidade Jurídica às IAs

A primeira possibilidade consiste na atribuição de personalidade jurídica às IAs, no entanto, conforme destaca (Hristov, 2017, p. 441), redefinir os direitos autorais para incluir autores não humanos prejudicaria o atual sistema jurídico, criando mais incertezas e levantando mais perguntas do que respostas.

Inclusive, com relação ao argumento da estrita relação entre as IAs e os seres humanos, como alguns defensores apontam como justificativa de tal atribuição, Ramalho (2017) assevera que algumas dessas tecnologias podem funcionar independentemente da presença humana, reiterando a necessidade de apresentar novos aspectos que fundamentam essa alternativa.

4.1.2 Atribuição da Personalidade Jurídica Tecnológica (*Epersonality*)

A alternativa de atribuição de personalidade jurídica tecnológica começou, em 2016, a partir da aprovação do Projeto de Relatório com Recomendações à Comissão de Direito Civil em Robótica do Parlamento Europeu (Júnior; Silva, 2020), o qual se refere à criação de um *status* legal específico para robôs no longo prazo, em seu parágrafo 59f:

Criar um estatuto legal específico para robôs a longo prazo, de modo que pelo menos os robôs autônomos mais sofisticados possam ser estabelecidos como tendo o *status* de pessoas eletrônicas responsáveis por reparar qualquer dano que possam causar e possivelmente aplicar personalidade eletrônica aos casos em que os robôs tomam decisões autônomas ou interagem com terceiros de forma independente.

Porém, a questão da personalidade eletrônica (*e-person*) ainda necessita de uma série de estudos, bem como na definição dos direitos, dos deveres e das capacidades derivados dessa atribuição. E, na situação brasileira, (Júnior; Silva, 2020) destacam que a atualidade, ainda, não necessita da criação de um novo sujeito de direito, especialmente em face de possíveis obstáculos a serem enfrentados e da existência de alternativas suficientemente eficazes para resguardar os interesses envolvidos.

4.1.3 Manter as obras na atual situação de Domínio Público (com a possibilidade de criação de um Direito Conexa de Distribuição)

Para a problemática apresentada, Ramalho (2017) sugere como solução, em conjunto com o domínio público, os direitos conexos, também conhecidos como “vizinhos” ou “análogos” (aos direitos de autor). Os direitos conexos possuem regime semelhante ao direito do editor na publicação. Este direito destina-se precisamente a estimular a publicação de trabalhos. Coutinho *et al.* (2016):

[...] o direito conexo relaciona-se às interpretações ou execuções artísticas. Basicamente, esta área protege o fonograma, incluindo seus agentes diretos, como intérpretes, produtores fonográficos e músicos acompanhantes, cada qual com sua parcela fixa sobre os direitos (Coutinho *et al.*, 2016, p. 7).

Em contrapartida, segundo Eboli (2003), a experiência nacional tem demonstrado claramente que, nem jurídica ou economicamente, os direitos conexos têm afetado os autores, apesar do adicional destinado aos titulares de direitos conexos.

4.1.4 Criação de um Direito *sui generis*

Por fim, uma outra possibilidade apresentada é a criação de um direito *sui generis*, no entanto, tal introdução deve ser cuidadosamente ponderada, uma vez que o Relatório de Avaliação da Diretiva de Banco de Dados admitiu que o impacto econômico do direito *sui generis* na proteção de banco de dados não foi comprovado e que as disposições *sui generis* causaram uma “considerável insegurança jurídica” (Ramalho, 2017, p. 16).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, é possível concluir que, com o avanço tecnológico fomentado pelo processo de globalização e expansão do acesso à informação, reverberam-se novos mecanismos de utilização do espaço virtual, como as Inteligências Artificiais (IAs), que colocam em xeque a propriedade intelectual dos criadores sobre suas obras, bem como o direito autoral.

Em adição, para fazer o estudo sobre a relação entre as IAs e o direito, foi necessário analisar o alcance das legislações existentes e como essas regulamentam a utilização de obras, bem como os limites e abrangências impostas por essas, destacando a necessidade de profundidade do legislador no que tange às novas tecnologias. Além disso, a vacância nos dispositivos normativos colocam em xeque a produção dos autores, muitas vezes desmotivando-os a publicar com o avanço da pirataria.

Portanto, perante essa nova faceta existente no âmbito cibernético, percebe-se que o arcabouço jurídico necessita de mecanismos mais eficientes e específicos para impor sanções sobre determinadas condutas, bem como para regulamentar sua utilização. Seja por meio da atribuição de personalidade jurídica às IAs, de personalidade jurídica tecnológica, de uso do direito conexo de distribuição, de um direito *sui generis* ou de qualquer outra forma que possibilite a efetiva regulamentação e reconhecimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Elza, *et al.* Propriedade Intelectual: proteção e gestão estratégica do conhecimento. **Revista Brasileira de Zootecnia**, p. 1-10, julho de 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbz/a/qvhFGsx5DspgdHZkRSv9pf/?lang=pt>>. Acesso em 9 ago. 2023.

BEZERRA, Maria Hamille Lima. **Direitos autorais na Internet**: aspectos polêmicos e relevantes. 2006. 52 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/34382/1/2006_tcc_mhbezerra.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2023.

BUAINAIN, Antônio. CARVALHO, Sérgio. **Propriedade intelectual em um mundo globalizado**. In: WIPO International Conference on Intellectual Property Trade, Technological Innovation and Competitiveness, 2000, Rio de Janeiro. Parcerias estratégicas: 2000. Disponível em: <https://seer.cgee.org.br/parcerias_estrategicas/article/view/114>. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em: 26 ago. 2023.

_____. **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. 1996. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 28 ago. 2023.

_____. **Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 21 ago. 2023.

CARBONI, Guilherme. **Direito Autoral e Autoria Colaborativa na Economia da Informação em Rede**. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

COUTINHO, Roberto; PEREIRA, Francisco; SILVA, Daniel; PINHEIRO, Cristiano. “Nós Não Vamos Pagá Nada”: os problemas na arrecadação e distribuição dos direitos autorais de música no Brasil. **Revista Temática**, ano XI, n. 11, 17 f, 2015.

DIAS, Elisângela Menezes. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 90.

EBOLI, J. C. DE C. Os direitos conexos. **Revista CEJ**, v. 7, n. 21, p. 31-35, 28 jun. 2003.

GOMES, Dennis dos Santos. Inteligência Artificial: Conceitos e Aplicações. **Revista Olhar Científico**, Ariquemes, v. 1, n. 2, p. 234-246, ago./dez. 2010. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/140946280/Inteligencia-Artificial>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

HAMMES, Bruno. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

HRISTOV, Kalin. **Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma**. IDEA, SSRN eLibrary, v. 57, n. 3, 24 f, novembro, 2017.

HOHENDORFF, Raquel Von; CANTALI, Ferananda Borghetti; D'ÁVILA, Fernanda Felitti da S. Inteligência artificial e direitos autorais: desafios e possibilidades no cenário jurídico brasileiro e internacional. **PragMATIZES - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura**, Niterói/RJ, Ano 10, n. 19, p. 249-273, set. 2020.

KAUFMAN, Dora. **A inteligência artificial irá suplantar a inteligência humana?**. 1ª edição. São Paulo: ESTAÇÃO DAS LETRAS E CORES EDI, 2019.

MARQUES, José Roberto. **Inteligência artificial: vantagens e desvantagens quanto ao seu uso**. Instituto brasileiro de Coaching, 2017. Disponível em: <<https://www.ibccoaching.com.br/portal/artigos/inteligencia-artificial-vantagens-desvantagens-quanto-seu-uso/>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

PEREIRA-MATIAS, José. A gestão do sistema de proteção à propriedade intelectual no Brasil é consistente?. **Revista de Administração Pública**, Scielo, 45(3), 567-590, jan. 2012.

RAMALHO, Ana. Will Robots Rule the Artistic World? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems. **Journal of Internet Law**, jul. 2017.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Campos, 2004, p. 1016.

SCHIRRU, Luca. **Inteligência artificial e direito autoral**: o domínio público em perspectiva. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS-Rio), 2019. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/04/Luca-Schirru-rev2-1.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

SILVA, G. B. P., & Ehrhardt Júnior, M. Pessoa e sujeito de direito: reflexões sobre a proposta europeia de personalidade jurídica eletrônica. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 23, n. 1, 57 f, 2020.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO UM INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E COMBATE AOS MAUS-TRATOS E A EXPLORAÇÃO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS SOB A ÓTICA DA ATUAL LEGISLAÇÃO ANIMALISTA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS AN INSTRUMENT FOR PREVENTING AND COMBATING MISTREATMENT AND EXPLOITATION OF NON-HUMAN ANIMALS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE CURRENT BRAZILIAN ANIMALIST LEGISLATION

Joseane Clemente da Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: A inteligência artificial é uma das tecnologias que mais se desenvolve na sociedade atual; em diversas partes do mundo, já há registros da implementação de recursos que utilizam dessa ferramenta para facilitar a execução de atividades em diversos setores da sociedade; tais como ciência, educação e consumo. Sob esse viés, tendo em vista a maneira como os animais não humanos são explorados diariamente, este trabalho busca apresentar e aferir as possíveis formas de utilização da inteligência artificial, de modo a combater ou minimamente amenizar o sofrimento causado aos seres vivos não humanos em decorrência de inúmeras práticas cruéis e inaceitáveis, normalizadas pelo homem diante dos altos lucros dos quais se apossa, a par do desprezo e descaso diante do sofrimento destes seres. O respeito ao referencial teórico tomado por base dar-se-á, *a priori*, mediante análise de alguns preceitos do Direito Animal brasileiro, a qual será baseada na literatura do professor Vicente de Paula Ataíde Júnior e no trabalho da professora Monique Mosca Gonçalves, intitulado “Esquizofrenia Moral e as Três Velocidades do Direito Animal”, no qual a autora demonstra as classes em que os animais foram separados pela sociedade e, neste trabalho, como resultado da pesquisa feita, restam apontadas algumas possibilidades de emprego dos recursos próprios da inteligência artificial no intuito do afastamento e deslinde dos principais problemas enfrentados por cada classe de animal não humano, sobrepujando-se a finalidade meramente lucrativa presente nestas relações, que de certo modo justifica a manutenção das práticas de crueldade e exploração.

Palavras-chave: Crueldade Animal. Prevenção e Combate. Inteligência Artificial. Legislação Animalista. Direito Animal.

Abstract: Artificial Intelligence is one of the fastest-growing technologies in today's society. In many parts of the world, there are already records of the implementation of resources that use this tool to facilitate the execution of activities in various sectors of society, such as science, education, and consumption. In view of this, and considering the way in which non-human animals are exploited on a daily basis, this work aims to present and assess the possible ways of using AI to combat or at least mitigate the suffering caused to non-human living beings due to numerous cruel and unacceptable practices, normalized by humans in the face of the high profits they obtain, alongside the disregard and neglect of the suffering of these beings. Respect for the theoretical framework adopted will be based, *a priori*, on the analysis of some precepts of Brazilian Animal Law, which will be based on the literature of Professor Vicente de Paula Ataíde Júnior and the work of Professor Monique Mosca Gonçalves, entitled "Moral Schizophrenia and the Three Speeds of Animal Law", in which the author demonstrates the classes into which animals have been separated by society and, in this work, as a result of the research carried out, some possibilities for the use of AI resources are pointed out in order to address and solve the main problems faced by each class of non-human animal, overcoming the merely lucrative purpose

present in these relationships, which to a certain extent justifies the maintenance of practices of cruelty and exploitation.

Keywords: *Animal Cruelty. Prevention and Combat. Artificial Intelligence. Animal Law. Animal Rights.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Análise do Direito Animal Brasileiro – 3 O especismo e as diferentes formas de exploração dos animais não humanos – 4 Crescimento e impactos da utilização da inteligência artificial na Sociedade Brasileira – 5 Formas de utilização da inteligência artificial de modo a prevenir e combater os danos causados pela exploração e os maus-tratos aos animais não humanos; 5.1 Inteligência artificial aplicada aos animais de companhia; 5.2 Inteligência artificial aplicada aos animais silvestres; 5.3 Inteligência artificial aplicada aos animais de utilização econômica – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que, desde os primórdios da existência humana, o homem procurou se apropriar dos animais não humanos, dando a tais seres o destino que melhor lhe parecia; dessa forma, os animais passaram a sofrer diversos maus-tratos em prol da satisfação das necessidades e caprichos humanos. A caça a várias espécies de animais, desde a antiguidade perdurando até os dias atuais, resultou na extinção de muitos e na diminuição significativa das populações de muitos outros, deveras ameaçados de desaparecimento. A utilização da força animal a serviço humano, a exemplo dos bois na aragem do solo e dos jumentos no abastecimento de água, faz com que esses seres tenham uma vida totalmente miserável e desprovida de descanso, levando, em muitos casos, o animal a óbito por exaustão. Além disso, como se os casos anteriores não fossem suficientemente horrendos, existem também as espécies produzidas para o consumo e que são totalmente objetificadas pela indústria alimentícia.

A exploração e dominação do homem sobre os animais não humanos não seria possível sem a ideia de superioridade da espécie humana, criada através do pensamento antropocentrismo. O antropocentrismo surgiu na Antiga Grécia e defende que o ser humano é o elemento mais importante do Universo, além de, em virtude do poder de comunicação inteligível, ter nascido para governar qualquer outra espécie (Sobral, 2021, p. 225). O referido pensamento foi difundido em diversas culturas e, em razão disso, a exploração dos animais, infelizmente, tem ultrapassado os limites do aceitável, perante a esmagadora maioria das pessoas do mundo.

Outrossim, o sentimento de superioridade do homem sobre as demais espécies de seres vivos, aliado a dois fenômenos importantes, fez com que o ser humano passasse a buscar o lucro de uma maneira desenfreada, e os animais não humanos têm sido os mais atingidos por essa prática. O primeiro fenômeno é o materialismo histórico, defendido por Marx e Engels, que traz uma concepção de que tudo está ligado à natureza e que o homem age sobre ela para produzir materiais de consumo (Pereira; Francioli, 2011, p. 94). Já o segundo é a cultura de massa tratada pela Escola de Frankfurt, a qual enuncia que os meios de comunicação de massa, tais como TV e portais da *Internet*, estão dominados por algumas empresas que se apropriam deles para manter o atual sistema econômico de modo a continuarem lucrando (UOL, 2023).

Nesse diapasão, costuma-se dizer que o mundo está em constante evolução, claramente em benefício do homem; um dos mecanismos de automação e inovação a serviço da humanidade atualmente é a inteligência artificial, que vem sendo usada em diversas áreas da sociedade. A mencionada tecnologia vem promovendo a inserção de símbolos que criam mecanismos simuladores da capacidade humana de ser inteligente e, nesse contexto, os direitos humanos estão diante do surgimento de novas figuras, novos sujeitos e novas pessoas (Wolf; Saldanha, 2023).

Sob esse viés, tendo em vista a evolução da inteligência artificial e sua utilização em diversos ramos da sociedade, como na Medicina, no mercado de trabalho e na própria ciência do Direito, surge a indagação de como essa tecnologia poderia ser usada no âmbito do Direito Animal, de forma a amenizar as problemáticas enfrentadas recorrentemente pelos animais não humanos. A investigação proposta cumpre o fito de perquirir acerca e, em seguida, apresentar quais as principais formas de utilização da inteligência artificial no seio do universo animal, buscando maneiras de fiscalizar e combater os maus-tratos e a exploração, assim como desenvolver ações que melhorem a qualidade de vida dos animais e contribuam para a fruição de maior bem-estar por parte destes.

Destarte, os objetivos propostos são: o exame da fundamentação teórico-legislativa do Direito Animal, a par do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 (responsável pela gênese da doutrina animalista brasileira), princípios da ciência animalista previstos na literatura do professor Vicente de Paula Ataíde Júnior e as velocidades do Direito Animal apresentadas pela professora Monique Mosca Gonçalves; bem como a apresentação de exemplos de utilização da inteligência artificial de molde a amenizar ou combater as principais mazelas enfrentadas por cada classe animal criada pela sociedade. Outrossim, a metodologia empregada traduz uma pesquisa eminentemente teórica, cujo método de abordagem é o hipotético-dedutivo, os métodos de procedimento são o histórico-evolutivo e o interpretativo e a leitura e fichamento é a principal técnica de coleta de dados empregada, com vistas ao alcance destes mesmos objetivos supracitados.

2 ANÁLISE DO DIREITO ANIMAL BRASILEIRO

A ciência animalista traz um marco revolucionário na forma com que a sociedade enxerga os seres vivos não humanos, os quais passam a ter sua importância reconhecida, não obstante haja ou não a consideração acerca da sua função no meio ambiente ou em relação ao ser humano. Logo, eles alcançam a afirmação de sua senciência – capacidade de sentir dor e emoções – e, a partir de então, começam a firmar-se com mais intensidade as correntes de defensores dos direitos dos animais não humanos.

O Direito Animal positivo é o conjunto de regras e princípios que estabelecem os direitos fundamentais dos animais não humanos considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental, ecológica, econômica, religiosa ou de qualquer outro aspecto utilitarista (Paula, 2018, p. 50). E diante desse conceito de Direito Animal é válido salientar a diferença entre este e o Direito Ambiental porque, quando o animal não humano é considerado fauna, importante para o planeta pela função ambiental e ecológica que detém, ele é objeto de estudo do Direito Ambiental; já enquanto ser senciente considerado em si mesmo, independente da função que exerce no planeta e dotado de dignidade própria, é objeto de estudo do Direito Animal (Paula, 2018).

Tal diferença se torna mais clara, considerando-se o exemplo de uma espécie em extinção, pois o Direito Ambiental considera os impactos decorrência do desaparecimento dessa espécie, ao passo que no Direito Animal será tomado em conta, principalmente, o sofrimento desses animais e o crime que está sendo cometido contra eles enquanto seres vivos dotados de direitos. Sendo assim, é importante que se faça uma análise dos principais instrumentos, princípios e entendimentos do Direito Animal, utilizando como base, os artigos “Introdução ao Direito Animal Brasileiro” e “Princípios do Direito Animal Brasileiro” de autoria do professor Vicente de Paula Ataíde Júnior, pontuando-se o Direito Animal em quatro planos diferentes de produção e análise normativa, quais sejam: constitucional, infraconstitucional, jurisprudencial e doutrinário.

No plano constitucional, temos a principal legislação animalista do Brasil e que dará su-

porte a vários outros dispositivos: o artigo 225, parágrafo primeiro, inciso VII da Constituição Federal de 1988, que prevê a proteção da fauna e da flora, vedando na forma da lei “as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”.

Entremetidas, diversas práticas cruéis e inconstitucionais, são diariamente ignoradas pelos próprios operadores do direito, que insistem em aplicar as legislações ultrapassadas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do Código Civil brasileiro* que ainda trata os animais como bens e a Lei n.º 13.873/2019** que regulamenta práticas cruéis contra os animais se valendo do argumento de serem essas práticas materialização do direito constitucional à cultura. Isso se deve, em primeiro lugar, ao despreparo do Poder Judiciário no trato de um tema tão inovador como as causas animalistas e, em segundo plano, ao poder que os grandes pecuaristas, principais adversários do Direito Animal, exercem sobre a sociedade e sobre o próprio Poder Judiciário.

Ainda que na prática a vedação à crueldade contra os animais não seja cumprida, o dispositivo constitucional trouxe um grande avanço para a ciência animalista, tendo em vista que nenhuma constituição brasileira havia tratado sobre este tema anteriormente e que o artigo 225, parágrafo primeiro, inciso VII, ao vedar a crueldade contra os animais, os reconhece individualmente como seres sencientes e dotados de dignidade própria. Nesse contexto, pode-se dizer que o dispositivo constitucional traz a gênese do Direito Animal autônomo que se apresenta atualmente, visto que até aquele momento os animais eram tutelados apenas pelo Direito Ambiental, o qual os protege em razão de sua função ecológica e não por sua importância em si mesmos.

No que diz respeito ao plano legal, é perceptível que a legislação animalista infraconstitucional tem evoluído no Brasil se comparado a períodos anteriores. Para fins de delimitação, é válido considerar as legislações que mais se destacaram nos últimos anos, em âmbito nacional e estadual. O Decreto n.º 24.645/1934 e a Lei n.º 9.605/1998 são tidos como os dispositivos de maior relevância em sede nacional, pois aquele é considerado a primeira lei que traz o Estado como ente responsável pela tutela dos animais não humanos, e esta é extremamente importante e indispensável à tipificação dos maus-tratos como crime.

Com efeito, o Decreto n.º 24.645/1934, como já dito anteriormente, é uma das legislações pioneiras no tratamento dos animais no Brasil. Ainda que use termos ultrapassados como “proprietário” e já tenha sido revogada, esta norma possui conteúdo significativo para o Direito Animal, pois representa um momento em que o Estado começa a tutelar os animais não humanos. O Direito Animal somente ganhou autonomia no Brasil a partir da Constituição da República de 1988, entretanto, pode-se dizer que com o Decreto n.º 24.645/1934 foram estabelecidos os primeiros passos para a origem do Direito Animal como é visto hoje. A norma estabelece medidas de proteção aos animais não humanos e entre as contribuições mais importantes estão a descrição, expressa no artigo 3º, de diversos fatos tipificados como maus-tratos e a concessão do direito de ser parte aos animais não humanos.

Essa lei considerou especialmente a tutela jurisdicional dos animais, seja pela repressão penal, seja pelas ações civis (art. 2º, *caput*, parte final). Cada animal, vítima, ou potencial vítima, de maus-tratos, passou a gozar do direito de estar em juízo [...] em outras palavras, inequivocamente, o Decreto 24.645/1934 conferiu capacidade de ser parte aos animais, estabelecendo, no plano legal, seu *status* de sujeitos de di-

*Lei n.º 10.406/2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 8, p. 1, 11 de jan. 2002.

**BRASIL. Lei n.º 13.873/2019, de 17 de setembro de 2019. Altera a Lei n.º 13.364, de 29 de novembro de 2016, para incluir o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional, elevar essas atividades à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro e dispor sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 131, p. 3, 18 de set. 2019.

reitos, afinal, não haveria sentido algum em conferir capacidade de ser parte a quem não desfrutasse de direitos a serem defendidos judicialmente (Paula, 2018, p. 55).

Além disso, a Lei n.º 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), trata-se de outro importantíssimo diploma normativo no que concerne à prevenção e combate aos maus-tratos aos animais, impondo sanções penais e administrativas para aqueles indivíduos que desobedecem ao princípio constitucional da proteção ao meio ambiente e cometem ações prejudiciais à sua preservação. Assim é que no seu artigo 32 a Lei prescreve pena de detenção de três meses a um ano e multa para aquele que “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”.

Ainda sobre o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, é válido salientar a inclusão do § 1º-A feita a este dispositivo através da Lei n.º 14.064/2020, a qual ficou conhecida como Lei Sanção, em decorrência da grande comoção social ocasionada pelo crime de maus-tratos cometido contra o cachorro homônimo, da raça *Pitbull*, que teve suas patas traseiras decepadas. A Lei n.º 14.064/2020 aumentou a pena de maus-tratos a cães e gatos de 3 meses a 1 ano para 2 a 5 anos de reclusão, multa e proibição de guarda.

Outrossim, na Paraíba, é possível perceber uma pequena ampliação das leis de proteção aos animais nos últimos anos, dentre as mais recentes e importantes está a Lei n.º 11.140/2018 que instituiu o Código de Direito e Bem-Estar Animal da Paraíba. Esse Código é indubitavelmente a legislação mais aprimorada no Brasil e no mundo em termos de direitos animais, posto que essa norma é pioneira na descrição expressa dos direitos fundamentais dos animais não humanos. Além disso, contém extenso rol expresso de tipificação de maus-tratos e estende os direitos a todos os seres sencientes, sem distinção de espécie, algo sem precedentes na legislação animalista brasileira*.

A Lei n.º 11.140/2018 poderia contribuir ainda mais para concretização dos direitos dos animais e para vedação à crueldade se não fosse a decisão unânime do Tribunal de Justiça da Paraíba em conceder medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Federação de Agricultura e Pecuária do Estado da Paraíba, para suspender boa parte do Código de Bem-Estar Animal da Paraíba. É inegável o abalo negativo sofrido pela Lei n.º 11.140/2018, tendo em vista a quantidade de dispositivos suspensos. É no mínimo estranho o fato de uma lei aprovada após amplo debate pela própria sociedade paraibana, a qual foi objeto de várias audiências públicas, inclusive em sessões realizadas pela Assembleia Legislativa com participação de diversas entidades especialistas no assunto tratado, ter tantos dispositivos suspensos repentinamente**.

Já no plano jurisprudencial, além de outras decisões importantes como aquela que tornou inconstitucional a rinha de galo no Brasil, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983/CE de outubro de 2016, a qual ficou conhecida como “ADIN da vaquejada” e é considerada o marco de separação entre o Direito Ambiental e o Direito Animal, consagrando a autonomia deste último ramo do direito. Sabe-se que não foi fácil para o Supremo Tribunal Federal decidir entre duas normas expressamente constitucionalizadas e que levantam diversas teses de defensores tanto do lado da cultura, quanto do lado da vedação à crueldade contra os animais. Apesar da difícil votação, o “guardião da constituição”*** decidiu a favor do bem-estar

*Outras informações sobre o Código de Bem-Estar Animal da Paraíba podem ser encontradas na revista eletrônica Consultor Jurídico, no seguinte link: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/vicente-paula-codigo-paraiba-modelo-direito-animal/>.

**Outras informações sobre a suspensão de parte do Código de Bem-Estar Animal da Paraíba, assim como posicionamento crítico a respeito da temática podem ser encontradas no artigo “TJPB SUSPENDE PARCIALMENTE O CÓDIGO DE DIREITO E BEM-ESTAR ANIMAL DO ESTADO DA PARAÍBA: análise crítica” de autoria do professor Vicente de Paulo Ataíde Júnior, disponível no seguinte link: https://animaiscomdireitos.ufpr.br/wp-content/uploads/2019/08/tjpb_suspende_parcialmente_o_codigo_de_d.pdf.

***Expressão derivada do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, ao conferir a guarda desta ao Supremo Tribunal Federal.

animal e pela inconstitucionalidade da lei que regulamentava a vaquejada no estado do Ceará.

Entrementes, a tese de inconstitucionalidade da vaquejada fixada pelo Supremo Tribunal Federal não permaneceu intacta por muito tempo, posto que a decisão da corte suprema na ADI 4983/CE logo foi alvo do chamado efeito *backlash** ocasionado pela inserção ao texto constitucional do parágrafo sétimo do artigo 225 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n.º 96 de 2017, o qual traz importante exceção ao disposto no artigo 225, parágrafo primeiro, inciso VII, sob a seguinte redação:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram crueis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (Brasil, 2017).

É perceptível que a inconstitucionalidade da vaquejada decretada pela ADI 4983/CE encontrou uma brecha na própria Constituição Federal, a impedir-lhe a subsistência. Em setembro de 2019 o presidente Jair Messias Bolsonaro sancionou a Lei n.º 13.873/19, que regulamenta as práticas de vaquejada, rodeio e laço e, segundo a Lei n.º 13.873/19, a vaquejada assim como o rodeio e o laço são “bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, enquanto atividades ligadas à vida, à identidade, à ação e à memória de grupos formadores da sociedade brasileira”.

Dito isto, é importante ressaltar que, apesar dos avanços ocorridos nos últimos anos, o Direito Animal ainda é muito embrionário e necessita de mais atenção e investimento por parte dos operadores do direito e da própria sociedade, tendo em vista as barreiras impostas ao seu desenvolvimento. Ainda assim, nota-se que, se posto realmente em prática, o Direito Animal brasileiro já é capaz de fornecer o mínimo de bem-estar necessário à sobrevivência digna dos animais não humanos.

No que concerne à doutrina animalista brasileira, é evidente que ainda é muito recente se comparada com outras áreas do direito e precisa evoluir de modo que os animais não humanos possam ser materialmente reconhecidos como sujeitos de direito. Pode-se dizer que as principais obras sobre Direito Animal só vieram se manifestar após os anos 2000, à medida que estes trabalhos tomam como base a dignidade animal presente no texto constitucional, que só foi promulgado em 1988. Não obstante, diversos livros e artigos especializados já foram publicados na área do Direito Animal, bem como alguns doutrinadores já se tornam reconhecidos como defensores do bem-estar animal, dentre os quais destaca-se, fins exemplificativos os professores: Vicente de Paula Ataíde Júnior, autor dos artigos “Introdução ao Direito Animal Brasileiro e Princípios do Direito Animal Brasileiro”, e Monique Mosca Gonçalves, autora do artigo “Esquizofrenia moral e as três velocidades do direito animal”.

No que tange aos princípios que regem o Direito Animal, tendo em consideração o papel de destaque que esses instrumentos exercem, não só na área animalista, mas na ciência do Direito como um todo, tem-se que, com base no artigo 225, parágrafo 1º da Constituição Federal, é possível a elaboração de no mínimo quatro princípios exclusivos do Direito Animal, sendo eles: o princípio da dignidade animal, o princípio da universalidade, o princípio da primazia da liberdade natural e o princípio da educação animalista (Paula, 2020).

A dignidade é o princípio que constitui a base estrutural do direito animal brasileiro; decorrente da senciência, ou seja, da capacidade de sentir do animal, este princípio carrega a noção de que os animais importam como indivíduos, independentemente de sua função am-

*Traduzido para português significa “retaliação”. Trata-se da expressão utilizada para se referir à reação conservadora das forças políticas diante de uma decisão liberal tomada pelo Poder Judiciário quando do julgamento de tema polêmico, como é o caso da vaquejada.

biental ou ecológica, sendo assim, eles precisam ter seus direitos fundamentais garantidos.

Sob esse viés, é válido ressaltar que há na sociedade brasileira uma espécie de “inconstitucionalismo normalizado” na medida que é constitucionalmente vedada qualquer prática cruel contra os animais não humanos, entretanto essa proibição não ocorre na realidade, visto que a maioria, senão todos os animais, diariamente explorados pelas diversas indústrias brasileiras, são sencientes e tratados como coisas. Segundo Gary Francione, pode ser que nem todos os animais sejam sencientes e é difícil fazer uma divisão precisa entre aqueles que podem não experimentar a dor conscientemente, porém, não há dúvida que a maioria dos animais que explorados são sencientes (Francione, 2000).

A universalidade, por sua vez, é o princípio que afronta uma das principais barreiras impostas ao Direito Animal – o especismo – que consiste em uma forma de discriminação que se utiliza de argumentos morais e científicos para validar a exploração e subjugo de uma espécie sobre outra. Sendo assim, o princípio da universalidade funciona como complemento do princípio da dignidade e estabelece a amplitude do reconhecimento dos animais como sujeitos de direito, não distinguindo estes por gênero ou espécie.

O Direito Animal brasileiro é universal porque a Constituição não distingue quais espécies animais estão postas a salvo de práticas cruéis, como também o art. 32 da Lei n.º 9.605/1998 não distingue de quais espécies animais podem ser os indivíduos vítimas do crime contra a dignidade animal, de maneira que a proteção constitucional e legal é universal (Paula, 2020, p. 124).

O princípio da primazia da liberdade natural, também decorrente do princípio da dignidade animal, mais especificamente da sua dimensão de liberdade das espécies, encontra seu maior amparo na legislação federal infraconstitucional. O artigo 25, parágrafo 1º da Lei n.º 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), o qual teve redação dada pela Lei n.º 13.052/2014, prevê que:

Os animais serão prioritariamente libertados em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados (Brasil, 2014).

O referido princípio é aplicável, sem prejuízo de outras espécies, aos animais silvestres, os quais se entende como o grupo de animais historicamente mais afetado pela retirada de seu habitat natural em decorrência da caça ilegal e da destruição dos biomas. Para além disso, o princípio da liberdade natural também é responsável pela implantação da ideia de necessidade de extinção de estabelecimentos criados para exposição e exploração de animais, a exemplo de zoológicos e aquários, que mantêm os animais presos e afastados do seu habitat natural com o objetivo de lucrar com a exposição destes a um público que na maioria dos casos está alienado e não consegue enxergar o estresse e o sofrimento a que está submetido o animal exposto nesses locais.

Já o princípio da educação animalista é, talvez, a solução para a maioria dos problemas que se apresentam como barreiras à concretização dos direitos dos animais não humanos, constituindo uma quebra de paradigma e a busca por uma mudança de pensamento por parte da sociedade, de modo que as pessoas possam enxergar e tratar os animais com mais respeito e cuidado.

Entende-se por educação animalista os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para o respeito à dignidade animal e à abolição das práticas

que submetam os animais à crueldade (Paula, 2018, p. 74).

Ademais, o ser humano é um conjunto de valores, suas ações dependem da educação que ele recebe desde a infância, da cultura na qual ele está inserido, da religião que ele professa, tudo isso determina quem ele é e quais as ações que ele considera como corretas. Considere-se um indivíduo nascido em uma família que ganha a vida através da pecuária e que desde seus primeiros anos de vida foi ensinado a usar a força contra os animais e a tratá-los como coisa; esse indivíduo provavelmente crescerá entendendo que está fazendo a coisa certa ou talvez nunca reflita sobre o assunto, visto que a atitude já está inserida nos seus costumes desde a infância.

Da mesma forma, é preciso introduzir o ensino de uma educação animalista adequada nas escolas e universidades para que os indivíduos cresçam sabendo e reconhecendo a importância dos animais como seres sencientes. É necessário que uma nova forma de pensamento acerca da maneira com que os animais são vistos e tratados pelos humanos seja introduzida na sociedade e, para que isso seja possível, torna-se indispensável o aprofundamento das pesquisas na seara animalista.

3 O ESPECISMO E AS DIFERENTES VELOCIDADES DO DIREITO ANIMAL BRASILEIRO

É perceptível que em todas as sociedades existe certa diferença na forma com que o ser humano trata cada espécie de animal. A depender da cultura essa distinção de tratamento pode ser exorbitante, como é o caso das vacas que são sagradas em países como a Índia, em virtude da religião que a maioria da população segue e, em outras nações, a exemplo do próprio Brasil, esses animais são tratados como objeto, sendo explorados a vida inteira em detrimento do lucro de alguns. Destarte, na mesma sociedade também é possível perceber a diferença de tratamento dada a animais de diferentes espécies. A família que ama e cuida de um cão como se fosse um membro desta, é a mesma que mata e prepara um frango para o jantar.

Os casos tratados anteriormente são exemplos da prática conhecida como especismo que, como exposto anteriormente, trata-se do ato de discriminar os animais conforme a espécie, privilegiando ou subjugando uns em detrimento dos outros. A presente pesquisa considera, pois, as diferentes formas de tratamento dadas a cada espécie de animal presente, especificamente, na sociedade brasileira, dispondo do importante trabalho da professora Monique Mosca Gonçalves, intitulado "Esquizofrenia Moral e as Três Velocidades do Direito Animal".

Nesse cenário, torna-se importante ressaltar que o ordenamento animalista brasileiro reflete uma esquizofrenia moral predominante na sociedade atual que privilegia cães e gatos, enquanto ignora diversas práticas cruéis existentes na indústria de produção animal, ainda que o conhecimento científico atual comprove que animais intensamente explorados, como os porcos, possuem maior grau de consciência do que cães e gatos. Sob esse viés, o Direito Animal se estrutura em três velocidades, sendo elas: animais de companhia, animais silvestres e animais de utilização econômica (Gonçalves, 2022).

Os animais de companhia, possivelmente em razão do maior tempo de convivência com os humanos e também por não lhe servirem de alimento, são hoje os maiores detentores de proteção jurídica no ordenamento brasileiro. O regulamento mais recente que demonstra o privilégio dado a eles em comparação com outras espécies de animais, é a Lei n.º 14.064/2020 (Lei Sansão) que alterou a Lei n.º 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) e aumentou a pena de maus-tratos a cães e gatos de 3 meses a 1 ano para 2 a 5 anos de reclusão, multa e proibição de guarda. É válido ressaltar que a pena continua sendo a mesma no caso de maus-tratos cometidos contra outras espécies de animais.

Já os animais silvestres, apesar de terem grande importância ecológica, sofrem com vá-

rias práticas cruéis, a exemplo da caça, do tráfico e da exposição em zoológicos para diversão e entretenimento humano. Nota-se que apesar de existirem regulamentos que protegem essas espécies de animais, é necessário que haja uma maior e mais aprimorada fiscalização para que possam ser evitados os crimes cometidos contra eles.

Os animais de utilização econômica, por sua vez, são todos aqueles usados diretamente para gerar lucros aos seres humanos; entre eles estão os animais utilizados nas indústrias da carne, de testes e do entretenimento. Segundo Peter Singer, o princípio básico da igualdade entre os animais não humanos não requer um tratamento idêntico, mas sim uma igual consideração. A idêntica consideração para com os diferentes seres pode levar a um distinto tratamento, bem como a direitos diferentes (Singer, 1975).

A par do exposto, tem-se que o objetivo principal desta investigação científica é apontar formas de utilização da inteligência artificial capazes de amenizar ou solucionar a incidência das problemáticas mais comuns envolvendo cada uma das velocidades do Direito Animal apresentadas anteriormente, de modo a proporcionar maior bem-estar e igualdade entre as espécies.

4 CRESCIMENTO E IMPACTOS DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A inteligência artificial é um ramo da ciência computacional direcionado ao desenvolvimento de sistemas de computadores inteligentes; em outras palavras, seriam criados sistemas que apresentam características diretamente relacionadas com a inteligência no comportamento humano.

É possível citar como exemplos: compreensão da linguagem, aprendizado, raciocínio, resolução do problema (Feigenbaum, 1981, *apud* Fernandes, 2003) e, nesta perspectiva, sabe-se que uma das principais características da inteligência artificial é o fato de poder ser usada para facilitar o exercício de diversas atividades realizadas pelo ser humano e até mesmo melhorar e tornar mais eficiente o trabalho que, exercido pelo homem, não facultaria os mesmos resultados.

A evolução constante da inteligência artificial fez com que a sua utilização fosse disseminada, afetando diversas áreas da sociedade. Em sede da ciência do direito, a princípio, a inteligência artificial se deparou com uma certa resistência, rapidamente superada tendo em vista a eficiência na atuação dentro do mundo jurídico. Os vários exemplos de uso da inteligência artificial no âmbito do Direito revelam a sua importância como ferramenta auxiliar “[...] na análise jurídica em atividades como pesquisa, busca e revisão de documentos, bem como revisão de contratos” (Houlihan, 2017, *apud* Felipe; Perrotta, 2018).

Para além do mundo jurídico, a inteligência artificial é usada na ciência, na educação, na prevenção e análise de doenças, na fiscalização de fatos ilícitos, no monitoramento de rodovias e também dentro do Poder Público, o que leva a sociedade a pensar qual será o papel de alguns servidores nos próximos anos. Já é comprovado por especialistas no tema que algumas profissões serão extintas e outras passarão a existir com a implementação da inteligência artificial*.

É inegável que a inteligência artificial traz vários impactos positivos e negativos para a sociedade e, neste trabalho, apontam-se os aspectos benéficos da utilização da inteligência artificial, os quais são usados para facilitar a vida do homem e também podem ser estendidos em favor dos animais não humanos, atuando no combate da exploração e dos maus-tratos aos quais estes seres são expostos diariamente.

*PIGNATI, G. 80 profissões que podem desaparecer em até 5 anos com a IA. Franca: Canaltech, 2023. Disponível em: <https://canaltech.com.br/mercado/80-profissoes-que-podem-desaparecer-em-ate-5-anos-com-a-ia-243972/>. Acesso em: 29 dez. 2023.

5 FORMAS DE UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DE MODO A PREVENIR E COMBATER OS DANOS CAUSADOS PELA EXPLORAÇÃO E OS MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

O Direito Animal e a inteligência artificial são áreas que vêm crescendo na atualidade, esta última bem mais que o primeiro e pode-se dizer que a principal razão para isso é o lucro. Enquanto a inteligência artificial converge para a arrecadação e o enriquecimento daqueles que a cercam, o Direito Animal, como instrumento de garantia e apoio de seres explorados, visa pôr fim ao sofrimento dos animais não humanos, dessa forma, intervindo de maneira desfavorável aos grandes latifundiários, pecuaristas e outros que lucram com a comercialização dos animais ou produtos derivados deles; por isso, para que os exploradores, tendo em vista que estes dispõem historicamente de grande poder decisório dentro da sociedade, não se coloquem contra a concretização do bem-estar animal, é necessário que esta ocorra sem grandes perdas para eles (Abreu; Abreu; Santos, 2021).

É nesse contexto que a inteligência artificial deverá ser utilizada como um instrumento de criação ou aplicação de formas cabíveis que preservem o lucro e amenizem o sofrimento dos animais não humanos. De acordo com o pensamento de Gonçalves (2022), tal como demonstrado acima, o Direito Animal está dividido em três velocidades principais e, nesse contexto, torna-se importante perquirir as formas de atuação da inteligência artificial para com os animais imersos nesses três diferentes planos de atuação do Direito Animal.

Ressalte-se, por oportuno, que essa construção de possíveis soluções divididas sob a perspectiva das três velocidades se adequa a cada caso concreto, tendo em vista o especismo existente na sociedade (Gonçalves, 2022). Destarte, como o objetivo da pesquisa é encontrar pontos de atuação ou possíveis aplicações da inteligência artificial no âmbito do Direito Animal de maneira a amenizar o sofrimento dos animais não humanos, serão apresentados os principais problemas enfrentados por cada classe de animais e em seguida explicadas as possibilidades de aplicação da inteligência artificial no deslinde da questão.

5.1 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AOS ANIMAIS DE COMPANHIA

Os animais de companhia, como visto, são aqueles mais protegidos pela legislação brasileira; é perceptível que a falta de leis adequadas não é o maior problema enfrentado por esses animais. É evidente que a legislação pode ser melhorada, porém, como isso não está entre os principais problemas enfrentados pelos animais de companhia, não é pertinente tratar de sua possível melhoria, entretanto, será tratada uma mazela que se relaciona diretamente com a legislação, que é a falta de sua aplicação prática.

De acordo com a Lei Federal n.º 9.605/95, os maus-tratos e outros atos cruéis contra animais são crimes e ainda, a Lei Federal n.º 14.064/20 aumentou a pena aplicada no caso de maus-tratos contra cães e gatos. Apesar disto, não há uma efetividade da aplicação dessas leis na sociedade brasileira, tendo em vista o alto número de cães e gatos abandonados no Brasil. Sendo assim, a inteligência artificial poderia ser usada na fiscalização do abandono e de outros tipos de maus-tratos, posto que esta serviria como um meio de prova para uma maior judicialização de casos, redundando na elevação do número de punições efetivamente aplicadas.

Atualmente, a inteligência artificial já é usada no combate a crimes praticados nas estradas; no estado brasileiro do Espírito Santo, foi implementado recentemente um sistema de monitoramento veicular que detém equipamentos, os quais trabalham integralmente de modo a proporcionar uma análise de dados, utilizando inteligência artificial com base em imagens, vídeos e ferramentas de investigação. O sistema é capaz de monitorar crimes de trânsito, am-

bientais e de segurança pública*. É igualmente capaz de detectar o abandono de animais em rodovias – incluído entre os crimes ambientais – tratando-se de uma ferramenta promissora que pode ser usada por outros estados brasileiros e em lugares diferentes das estradas, proporcionando maior probabilidade de identificação dos indivíduos que cometem crimes contra os animais.

Veja-se que outro problema recorrente, enfrentado pelos animais de companhia, é a baixa incidência de indivíduos interessados na adoção; um dos principais motivos para esse reduzido contingente de interessados é a alegação de falta de tempo para cuidar dos pets. Em uma sociedade na qual cada segundo do dia é uma oportunidade para lucrar, a maioria das pessoas não querem dedicar um pequeno espaço de tempo para alimentar e passear com um animal doméstico. Outrossim, duas possíveis formas de resolução dessa problemática mediante a utilização da inteligência artificial são: o alimentador automático inteligente** e a plataforma *Pet B Home****, que traz uma inovação para o cuidado dos animais quando os seus tutores não estão por perto.

O alimentador automático inteligente é um robô que coloca a comida dos animais nas horas indicadas pelo tutor, mesmo este não estando presente, posto que o equipamento detém conexão *Wi-fi* e pode ser controlado pelo *smartphone*. O alimentador utiliza um sensor infravermelho para encher uma tigela até a quantidade certa – evitando que o alimento transborde – e ainda possui um gravador de voz, o qual permite que o tutor deixe uma mensagem interagindo e chamando o animal para comer. Dessa forma, pode-se dizer que o alimentador automático é uma boa saída para as pessoas que passam o dia trabalhando e sentem dificuldade em cuidar do animal. A ferramenta também previne o abandono e pode criar uma dieta para aqueles animais que estão precisando perder peso.

A plataforma *Pet B Home* foi lançada no ano de 2019, na cidade de Oeiras em Portugal e consiste em um sistema que objetiva resolver o problema de onde deixar os animais de companhia no período de férias, trabalho ou qualquer tipo de ausência prolongada. A *Pet B Home* parte de uma ideia de serviço comunitário e se pauta na troca de disponibilidade entre as famílias inscritas, identificando aquelas que estão disponíveis para receber e cuidar de cães e gatos nas suas casas. Para que isso seja possível, a plataforma se vale da inteligência artificial para avaliar os perfis dos tutores e dos animais de companhia, assim como do sistema de geolocalização para localizar as famílias comunitárias, prestadores de serviços, além de marcas e produtos para animais, os quais também podem ser registrados na plataforma.

Os tutores de animais de companhia sofrem muito com o desaparecimento dos seus animais; em situações como festas de final de ano é comum cães e gatos se perderem de seus tutores por conta da agitação e do medo causado pelos tradicionais fogos de artifício e, nesse contexto, a inteligência artificial é uma ferramenta valiosa na identificação e no rastreamento de animais perdidos. O uso de câmeras de vigilância e algoritmos de reconhecimento facial possibilita localizar o animal de forma mais rápida e eficiente, pelo que os aplicativos que usam inteligência artificial tornam possível aos tutores rastrear em tempo real a localização de seus animais, prevenindo o desaparecimento destes.

5.2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AOS ANIMAIS SILVESTRES

*Espírito Santo lança programa de tecnologia em mobilidade para combate ao crime. **Terra**, 2022. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/espírito-santo-lanca-programa-de-tecnologia-em-mobilidade-para-combate-ao-crime,b87601e-008f51bcf695aa4c0f9afb390k7oplfdv.html>>. Acesso em: 15 dez. 2023.

Robô alimenta pet e ainda permite interação via *smartphone*. **Ti Inside, 2017. Disponível em: <<https://tiinside.com.br/16/08/2017/robo-alimenta-pet-e-ainda-permite-interacao-via-smartphone>>. Acesso: 23 dez. 2023.

***Plataforma inovadora para combater o abandono animal. **Oeiras Valley**, 2019. Disponível em: <<https://www.oeiras.pt/-/plataforma-inovadora-para-combater-o-abandono-animais>>. Acesso em: 23 dez. 2023.

Assim como outros grupos de animais, os silvestres não sofrem com um só problema, porém, para efeitos de delimitação, cumpre mencionar: o tráfico, a caça, destruição de seu habitat natural e o atropelamento. A inteligência artificial já é usada atualmente para identificar e fiscalizar o tráfico de animais silvestres. Com efeito, em 2022, cientistas australianas treinaram um algoritmo para reconhecer modelos digitais em 3D e identificar animais contrabandeados em pacotes.

As pesquisadoras explicam, em um extraordinário estudo, que usaram uma série de raios para digitalizar um animal e criar uma imagem tridimensional dele, a qual foi usada para treinar a inteligência artificial. Dessa forma, ao escanear determinado objeto, a exemplo de um pacote ou uma mala, o algoritmo detecta a infração (Caparroz, 2022). A inteligência artificial também pode ser utilizada na proteção de espécies em risco de extinção e no combate à caça ilegal; tanto que empresas como a *Microsoft* têm usado o reconhecimento facial para identificar e rastrear animais de maneira individual, auxiliando cientistas no monitoramento das populações e de suas migrações, sendo possível acompanhar e intervir na proteção dos animais.

No que diz respeito à caça ilegal, é importante citar o trabalho dos pesquisadores da Universidade de Cornell, em Santa Cruz na Califórnia, que estão usando a inteligência artificial para identificar e analisar gravações de chamadas de elefantes, ajudando a formar uma espécie de “dicionário do elefante” com a combinação de ruídos e comportamentos. É indispensável ressaltar a notoriedade desse trabalho, tendo em vista a grande dificuldade de monitoramento enfrentada pelos cientistas devido às grandes extensões de habitat dos elefantes, como também o assassinato em massa de milhares desses animais por caçadores furtivos que os matam sem nenhum reforço e se apossam de seus marfins*.

O desmatamento é outro mal que vem causando a perda do habitat e conseqüentemente a morte de muitos animais silvestres. De acordo com o Relatório Anual de Desmatamento (RAD), produzido pela Map Biomas em 2022, o desmatamento no Brasil cresceu cerca de 22,3% em comparação com 2021. O relatório também destaca que os biomas mais afetados foram a Amazônia e o Cerrado**.

Nesse diapasão, pesquisadores brasileiros têm utilizado a inteligência artificial no combate ao desmatamento na Amazônia, trabalhando algoritmos com base em imagens de satélite, para mostrar que a área prioritária para ações de combate ao desmatamento no bioma amazônico deveria ser 27,8% menor do que a determinada pelo Estado anteriormente. Dessa forma, o trabalho mostrou-se mais eficiente do que o monitoramento feito pelo governo federal (Constantino, 2022). Sendo assim, é perceptível que o uso da inteligência artificial no combate ao desmatamento se mostra promissor e necessita de mais investimentos para que possa se desenvolver melhor.

Em consequência da destruição do habitat natural, tem-se o atropelamento como uma das principais causas de morte de animais silvestres no Brasil. Além da preservação dos biomas, outro instrumento que ajudaria no combate a esse mal seria justamente a inteligência utilizada na fiscalização de infrações cometidas nas estradas brasileiras, tal como já demonstrado na seção anterior.

5.3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AOS ANIMAIS DE UTILIZAÇÃO ECONÔMICA

Acerca dos animais de utilização econômica, o emprego da inteligência artificial é aferi-

*ROSA, N. *Microsoft* revela como a IA está ajudando a monitorar animais em extinção. Franca: **Canaltech**, 2019. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/microsoft-revela-como-a-ia-esta-ajudando-a-monitorar-animais-em-extincao-146017/>>. Acesso em: 29 dez. 2023.

**Outras informações relevantes podem ser encontradas no *site* da Map Biomas. Disponível em: <<https://alerta.mapbiomas.org/relatorio>>.

do conforme quatro grupos diferentes, considerando o fim para o qual o animal é explorado, na busca pela resolução das problemáticas que lhes são inerentes: produção de remédios e cosméticos, entretenimento e alimentação.

Em primeiro lugar, cita-se a indústria de testes, uma das principais responsáveis pela crueldade contra os animais não humanos. Os testes mais recorrentemente feitos no Brasil eram: irritação ocular, procedimento em que os animais são obrigados a manter seus olhos abertos para que uma substância seja testada; o teste de irritação cutânea, no qual as cobaias têm seu pelo retirado e a pele levemente esfolada para aplicação de um produto que pode causar coceira, irritação na pele, vermelhidão, inflamações e queimaduras; e o teste de toxicidade, em que os animais são forçados a ingerir um produto por meio de um tubo, que vai da boca até o seu estômago e as possíveis consequências desse teste são: dores, convulsões, diarreia e sangramentos; todos os animais que participam desse tipo de teste vão a óbito, seja por overdose, seja por sacrifício*.

Ante um cenário de total horror, foram desenvolvidas algumas legislações para proibição dos absurdos praticados pela indústria de testes, tais como o Projeto de Lei n.º 777/2013 e o Projeto de Lei n.º 4033/21. Atualmente, está em vigor a Resolução n.º 58, de 24 de fevereiro de 2023, que proíbe o teste em animais para fabricação de cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes, porém, a lei não proíbe a utilização dos animais em pesquisas científicas para produção de remédios e vacinas. Sendo assim, apresenta-se a inteligência artificial como uma alternativa à diminuição do uso de animais neste último caso, que ainda persiste legalizado.

O Alttox, instituto paulista de pesquisa, desenvolveu a iS-Tox (*In Silicio Toxicology Platform*), plataforma *online* que utiliza a inteligência artificial para avaliar o nível de toxicidade de compostos, como medicamentos e produtos agrícolas, sem necessidade de síntese da substância. O mecanismo ainda torna possível racionalizar testes em animais, posto que são testadas apenas moléculas com maior chance de sucesso (UOL, 2019).

Ademais, o setor de entretenimento é uma área de grande exploração e crueldade contra os animais, ainda bastante mascarado por uma ideia de proteção e aproximação entre humanos e não humanos; aquários e zoológicos na verdade mantêm o animal distante de seu habitat natural e o deixam aprisionado. Destarte, cientistas e defensores dos direitos dos animais argumentam que manter animais selvagens enjaulados é crueldade, o que é totalmente justificável, visto a grande imensidão de habitat em que esses animais vivem naturalmente. Os especialistas ainda ressaltam que esses animais podem desenvolver neuroses em decorrência do cativeiro. Sob esse viés, é possível compreender que zoológicos e aquários muitas vezes não oferecem locais adequados às necessidades de cada espécie animal.

Além dos santuários, que são lugares onde os animais resgatados vivem protegidos em um ambiente natural, a inteligência artificial também se mostra como uma alternativa à problemática apresentada nos zoológicos e aquários. Em concordância com o entendimento de Abreu, Abreu e Santos (2021), compreende-se que é positiva a troca dos animais naturais por hologramas e robôs controlados por inteligência artificial, os quais são capazes de apresentar estímulos semelhantes aos encontrados na natureza, proporcionando ao público a visualização de situações dificilmente vistas no cárcere, a exemplo da caça de algumas espécies. Dessa forma, além de beneficiar os animais, os quais não viveriam mais encarcerados, o lucro com a atividade de entretenimento nos zoológicos e aquários seria preservado.

Para além disso, dentre todos os problemas enfrentados pelas mais diversas espécies de animais, pode-se afirmar que a indústria de alimentos é o maior obstáculo existente no âmbito do Direito Animal e que os seres vivos explorados por ela serão os últimos a alcançar o bem-estar defendido por esta ciência. A cultura e a ganância são as principais características da indústria alimentícia. O costume de comer carne é transmitido desde o primórdio da existência

*NOGUEIRA, C. O que ninguém te conta sobre os testes em animais. São Paulo: **Meio sustentável**, 2021. Disponível em: <<https://meiosustentavel.com.br/testes-em-animais/>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

humana e, como se tornou notável com o caso da ADI 4983/CE (“ADIn da vaquejada”) não é fácil combater a crueldade quando esta faz parte da cultura do ser humano e ainda é responsável por altos lucros, como é o caso da indústria de alimentos. A cultura de massa, somada aos fatores anteriormente citados, outrora estudada pela Escola de Frankfurt, é a que usa os meios de comunicação em massa para divulgar e alienar as pessoas diariamente acerca de uma indústria humanizada, a qual está longe de existir na realidade.

Diante de tal problemática, é necessário manter o máximo de racionalismo possível para que se tenha ao menos um começo do combate à exploração animal pelo ramo de alimentos. No que tange à cultura do homem, de comer carne e produtos de origem animal, é preciso bem mais do que uma aplicação da inteligência artificial para mudá-la, porém, ela ainda pode ser usada na divulgação ou no auxílio de alternativas que substituem e combatem a prática de comer carne, a exemplo do veganismo e da educação animalista.

No que diz respeito aos lucros exorbitantes e a ganância daqueles que se aproveitam do escárnio dos animais não humanos, resta procurar alternativas que substituam o consumo de produtos de origem animal, como também maneiras de realmente diminuam o sofrimento dos seres explorados. A empresa chilena *NotCo** desenvolveu o *software* Giuseppe, que usa a inteligência artificial para elaborar fórmulas de alimentos já existentes, baseando-se apenas em ingredientes vegetais. Giuseppe imita o sabor e a textura dos produtos e já desenvolveu versões veganas de produtos como a maionese e o queijo.

Para além do caso apresentado anteriormente, a inteligência artificial já é usada para produção da carne sintética que preserva o mesmo sabor da carne do animal sem precisar sacrificá-lo. A tecnologia usa a extração indolor de células musculares de bois e frangos que são cultivadas em um biorreator até se tornarem fibras musculares mais largas (Sebrae, 2023). Esta prática não beneficia apenas o animal não humano, mas também o próprio homem e o planeta como um todo, tendo em vista que a grande produção de estrume decorrente da pecuária é uma das principais responsáveis pela emissão de gás carbônico, o qual é totalmente ofensivo à camada de ozônio que envolve a terra, além de contribuir para o aquecimento global.

Por fim, ressalta-se que os setores de exploração animal e a utilização da inteligência artificial como ferramenta de minimização são apenas exemplificativos e possuem o objetivo de despertar a curiosidade do leitor sobre o tema, posto que há diversos outros setores que também lucram com a exploração dos animais não humanos, tais como a indústria de roupas, calçados, acessórios e de tração animal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o grande dano causado aos animais não humanos em decorrência da exploração e dos maus-tratos aos quais são submetidos diariamente pelas diversas indústrias brasileiras como também pela própria população, torna-se necessário encontrar meios que auxiliem na efetivação da legislação animalista e que amenizem o sofrimento desses seres vivos. Considerando a constante evolução tecnológica presente na sociedade, a inteligência artificial apresenta-se como um instrumento de prevenção, combate aos maus-tratos e a exploração dos animais não humanos.

Nesse sentido, parte-se da ideia de que, apesar do Direito Animal ser uma ciência embrionária no Brasil, a legislação apresenta-se como suficiente para gerar o mínimo de bem-estar necessário aos animais não humanos, o que não ocorre na realidade, posto a grande dificuldade de fiscalização dos crimes cometidos contra esses seres vivos, assim como o encobrimento da crueldade por eles sofrida para que se possa manter os altos lucros obtidos com sua exploração.

*Outras informações relevantes podem ser encontradas no *site* da *InfoMoney*. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/negocios/como-a-notco-usa-inteligencia-artificial-para-criar-alimentos-a-base-de-plantas/>>.

Dessa maneira, a inteligência artificial atua na fiscalização da legislação animalista de modo a produzir provas que promovam uma maior judicialização dos maus-tratos, traz alternativas de retirada dos animais da exploração, sem reduzir os lucros obtidos com a atividade anteriormente praticada e ainda apresenta mecanismos de prevenção a possíveis situações de sofrimento ao qual o animal possa vir a ser exposto.

Nesse viés, para que esses benefícios sejam vistos em concreto e em grande escala, são necessários investimentos em inteligência artificial aplicada ao bem-estar animal, como também uma mudança de pensamento da sociedade acerca da importância dos animais como seres sencientes, consoante o princípio da dignidade animal que, assim como toda a ciência do Direito Animal e por consequência também este trabalho, decorre do artigo 225, parágrafo primeiro, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que dentre outros conceitos veda as práticas que submetam os animais à crueldade.

Por fim, conclui-se que a inteligência artificial aliada ao desenvolvimento dos quatro planos de produção e análise normativa do Direito Animal, sendo eles: constitucional, infraconstitucional, jurisprudencial e doutrinário, se mostram como instrumentos promissores na promoção do bem-estar animal. O avanço da ciência animalista auxilia na mudança de concepção da sociedade acerca dos animais não humanos e a inteligência artificial se mostra inovadora no combate aos maus-tratos e exploração animal, ao passo que traz a opção de retirar os seres vivos do escárnio sem abater o lucro tido com a atividade original, pelo que se espera que os grandes exploradores, deveras influenciadores das decisões tomadas pelos poderes legislativo e judiciário, não se colocarão como barreira à concretização dos direitos animalistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, A. E. O. S. C.; ABREU, I. O. S. C.; SANTOS, P. A. A inteligência artificial como recurso redutor da exploração animal e assegurador dos seus direitos. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 9616-9619, jan. 2021. Disponível em: <<https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/23733>>. Acesso em: 3 out. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 out. 2023.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional n.º 96, de 6 de julho de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 23 nov. 2023.

_____. **Decreto n.º 24.645/1934, de 10 de julho de 1934**. Estabelece medidas de proteção aos animais. Coleção de Leis do Brasil: vol. 4, p. 720, 10 jun. 1934.

_____. **Lei n.º 9.605/95, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 31, p. 1, 12 fev. 1998.

_____. **Lei n.º 13.052, de 8 de dezembro de 2014**. Altera o art. 25 da Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências, para determinar que animais apreendidos sejam libertados prioritariamente em seu habitat e estabelecer condições necessárias ao bem-estar desses animais. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 238, p. 1, 9 de dez. de 2014.

_____. **Lei n.º 14.064/2020, de setembro de 2020**. Altera a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n.188, p. 4, 30 set. 2020.

CAPARROZ, L. Inteligência artificial é usada para detectar tráfico de animais. **Superinteressante**, 2022. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/inteligencia-artificial-e-usada-para-detectar-trafico-de-animais>>. Acesso em: 23 dez. 2023.

FELIPE, B. F. C.; PERROTA, R. P. C. Inteligência artificial no direito - uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Salvador, n. 1, v. 4, p. 01-16, jan/jun. 2018.

FERNANDES, A. M. R. **Inteligência artificial**: noções gerais. 0. ed. Florianópolis: Visual Books, 2005, 160 p.

FRANCIONE, G. L. **Introdução aos direitos animais**: seu filho ou o cachorro? Tradução: Regina Rheda. 1. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2013.

GONÇALVES, M. M. Esquizofrenia moral e as três velocidades do direito animal. **Observatório de Justiça e Conservação**, Curitiba, p. 1-5, fev. 2022. Disponível em: <<https://justicaeco.com.br/esquizofrenia-moral-e-as-tres-velocidades-do-direito-animal/>>. Acesso em: 3 out. 2023.

JÚNIOR, V. P. A. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 13, n. 03, p. 48-76, set./dez. 2018.

_____. Princípios do Direito Animal Brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 30, n. 01, p. 106-136, Jan-Jun 2020.

PARAÍBA. **Lei 11.140/2018, de 9 de junho de 2018**. Institui o Código de Direito e Bem-estar animal do Estado da Paraíba. outubro de 2018. Diário Oficial do Estado da Paraíba, 9 de jun. 2018. Disponível em: <<http://static.paraiba.pb.gov.br/2018/06/Diario-Oficial-09-06-2018.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

PEREIRA, J. J. B. J.; FRANCIOLI, F. A. S. Materialismo histórico-dialético: contribuições para a teoria histórico-cultural e a pedagogia histórico-crítica. **Germinal: Marxismo e Educação em Debate**, Londrina, v. 3, n. 2, p. 93-101, dez. 2011.

SEBRAE. **A inteligência artificial chega à indústria de alimentos**. Disponível em: <<https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/a-inteligencia-artificial-chega-a-industria-de-alimentos,34b-cff793e497810VgnVCM1000001b00320aRCRD>>. Acesso em: 2 jan. 2024.

SINGER, P. **Libertação Animal**. Tradução: Marly Winckler. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SOBRAL, L. A. L. Exploração animal para entretenimento humano: a falsa proteção propiciada pelo ordenamento jurídico brasileiro. **Justiça e Sociedade**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 221-277, jan. 2021.

UOL. **Escola de Frankfurt - Crítica à sociedade de comunicação de massa.** Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/escola-de-frankfurt-critica-a-sociedade-de-comunicacao-de-massa.htm>>. Acesso em: 4 out. 2023.

_____. **Inteligência artificial reduz uso de animais em testes de laboratório.** Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2019/07/19/inteligencia-artificial-reduz-uso-de-animais-em-testes-de-laboratorio.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2024.

WOLF, K. E. A.; SALDANHA, J. M. L. O poshumanismo concebido pela tecnologia: quando o robô e a inteligência artificial podem salvar os animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 18, p. 1-24, jan/dez. 2023.

IMPUNIDADE X IMUNIDADE: A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INSUFICIENTE COMO FORMA DE INCENTIVO AO COMETIMENTO DE CRIMES SEXUAIS EM MISSÕES DE PEACEKEEPING DAS NAÇÕES UNIDAS

IMPUNITY X IMMUNITY: INSUFFICIENT CRIMINAL RESPONSIBILITY AS AN INCENTIVE TO THE COMMITMENT OF SEXUAL OFFENSES IN UNITED NATIONS PEACEKEEPING OPERATIONS

Cecília Battisti Tolotti

Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Joseane Mariéle Schuck

Professora orientadora. Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Resumo: Missões de *peacekeeping* da Organização das Nações Unidas (ONU) são operações que atuam para viabilizar a transição de cenários de conflito para contextos de paz e segurança nacional – contudo, dada a vulnerabilidade e instabilidade dos locais de sua atuação, configura-se cenário de abuso e exploração sexual por parte dos funcionários das missões. Nesse contexto, desde 2015 a ONU tem contabilizado e divulgado as ocorrências dos crimes, e apenas 5,8% dos casos resultaram na prisão dos perpetradores (dados de 2015 a julho de 2022, retirados do sistema de monitoramento eletrônico de casos da ONU). Assim, o presente artigo objetiva, através de metodologia dedutiva e estudo de caráter qualitativo e quantitativo, compreender como essa situação de perpetuação de crimes sexuais se configura – e porque o Direito falha em prevenir e puni-la –, partindo da hipótese de que ela é agravada pelo sistema de responsabilização penal insuficiente atuante nos casos. A baixa porcentagem de prisões deve-se, em grande parte, às imunidades concedidas aos *peacekeepers*, o que faz com que seus crimes sejam julgados nos países de origem – tornando sua responsabilização imprevisível, visto que os países competentes para julgar as demandas possuem estruturas jurídicas e *standards* probatórios distintos. Isso resulta na impunidade dos criminosos, haja vista que a dissuasão pela ameaça e o caráter exemplar da pena deixam de incidir frente à não-persecução penal dos perpetradores. Desse modo, os *peacekeepers* utilizam-se impropriamente de suas imunidades e da falibilidade das penas para estruturar uma conjuntura de impunidade criminal.

Palavras-chave: Crimes sexuais. *Peacekeeping*. Responsabilização penal. ONU.

Abstract: *United Nations (UN) peacekeeping missions are operations that work to facilitate the transition from conflict scenarios to contexts of peace and national security – however, given the vulnerability and instability of the locations where they operate, they create a scenario of sexual abuse and exploitation by mission personnel. In this context, since 2015, the UN has been collecting data and publicizing the occurrences of these crimes, and only 5.8% of cases resulted in the arrest of the perpetrators (data from 2015 to July 2022 from the UN's electronic case monitoring system). Thus, this article aims, through deductive methodology in a qualitative and quantitative study, to understand how this situation of perpetuation of sexual offenses is configured – and why the law fails to prevent and punish it –, starting from the hypothesis that it is aggravated by the insufficient criminal responsibility system operating in the cases. The low percentage of arrests is largely due to the immunities granted to peacekeepers, which means that their crimes*

are judged in their countries of origin – making their accountability unpredictable, given that the countries competent to judge the demands have different legal structures and standards of probative value. This results in impunity for criminals, since deterrence through threat and the exemplary nature of the sentence no longer apply in the face of non-criminal prosecution of the perpetrators. In this way, peacekeepers inappropriately use their immunities and the fallibility of sentences to structure a situation of criminal impunity.

Keywords: *Sexual offenses. Peacekeeping. Criminal responsibility. UN.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Dos fundamentos e regimes jurídicos das missões de *peacekeeping* – 3 Crimes sexuais e responsabilização penal dos *peacekeepers* responsáveis: em números – 4 Imunidades dos *peacekeepers* em atuação – 5 Impunidade como forma de incentivo ao cometimento de crimes sexuais – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

As missões de *peacekeeping* das Nações Unidas (ONU), enviadas a locais conflagrados, destinam-se a viabilizar a transição de cenários de conflito para contextos de paz e segurança nacional, por meio de um complexo sistema de elementos civis, militares e policiais em cumprimento de mandatos do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral da ONU. Apesar de não estarem previstas na Carta das Nações Unidas (1945), as missões de manutenção de paz da ONU atualmente são um dos principais meios, promovidos pela organização, de mitigação de conflitos.

Várias são as atividades exercidas nas missões para alcançar os objetivos de promoção de paz e segurança em zonas de transição – de situações de conflito a paz –, podendo compreender, segundo o próprio *site* da Organização, práticas de proteção de civis, prevenção de conflitos, construção e fortalecimento do Estado de Direito e das instituições de segurança, promoção de políticas internas de soluções de conflitos, proteção de direitos humanos, direitos das mulheres e das crianças, bem como fornecimento de apoio operacional.

Assim, os *peacekeepers* atuam em políticas de desarmamento, destruição de minas terrestres, proteção do meio ambiente frente aos efeitos dos conflitos, dentre outras ações humanitárias – sustentando-se nos três pilares das operações de manutenção de paz da ONU: imparcialidade, consentimento das partes e não utilização da força, exceto em autodefesa e defesa do mandato (DPO; DOS, 2008, p. 13-16).

Contudo, as missões enfrentam obstáculos consideráveis ao cumprimento de seus objetivos, principalmente no que tange à proteção de mulheres e crianças frente a crimes sexuais – visto que o percentual de cometimento desta espécie de crime por parte dos *peacekeepers* atuantes nas operações é significativo (ONU, 2015).

Historicamente, violências de cunho sexual vêm permeando as missões de maneira profunda, pois os *peacekeepers* valem-se de sua posição e influência em áreas devastadas por conflitos armados para explorar e abusar sexualmente da população vulnerável. Essas violências ocorrem não somente de maneira direta e explícita, mas também através da exploração de relações transacionais, nas quais os funcionários das missões exigem favores sexuais em troca da concessão de benefícios e apoio material, aproveitando-se da situação de desigualdade econômica e social entre as partes do relacionamento (Vahedi; Bartels; Lee, 2021, p. 695).

Ainda, a situação é agravada pela efetiva impunidade dos criminosos – sanções penais são raramente impostas contra os abusadores, de maneira que não são punidos proporcionalmente em relação aos seus crimes.

Assim, o objetivo da presente pesquisa é compreender como se configura a situação de perpetuação de crimes sexuais em missões de *peacekeeping* das Nações Unidas, a partir da

hipótese de que ela é agravada pelo sistema de responsabilização penal insuficiente atuante nos casos. Para aferir tal hipótese, utilizou-se de metodologia dedutiva e estudo de caráter qualitativo e quantitativo, a partir de análise de legislação, doutrina e fontes primárias, como dados quantitativos produzidos pela ONU.

Para tanto, o artigo fará, na primeira seção, uma análise do direito aplicável nas missões; na segunda, dos percentuais de responsabilização penal; na terceira, das imunidades concedidas aos *peacekeepers* e, na quarta seção, como isso se traduz em efetiva impunidade nos casos concretos – de modo a incentivar o cometimento dos crimes sexuais (Beccaria, 1999, p. 52), como definidos na legislação própria da ONU, a ser abordada na seção a seguir.

2 DOS FUNDAMENTOS E REGIMES JURÍDICOS DAS MISSÕES DE PEACEKEEPING

As missões de paz atuam por meio de mandatos, que podem ser expedidos pelo Conselho de Segurança (CSNU), bem como, em caráter excepcionalíssimo, pela Assembleia Geral da ONU (AGNU). A legitimidade das missões é controversa para a doutrina, porém a corrente predominante – sustentada pela própria Organização – defende que ela advém da previsão, nos capítulos VI, VII e VIII da Carta das Nações Unidas, da responsabilidade do CSNU de manter a paz e a segurança mundial, através dos meios considerados necessários.

Apesar de não existir obrigação de que o CSNU deva prover a legitimidade da missão através de dispositivo específico na Carta das Nações Unidas, tal formalização é prática reiterada do Conselho. Usualmente, o capítulo VII é o invocado no mandato das missões, referente à “Ação Relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos De Agressão”. Assim, a base legal das missões é decidida caso a caso, no momento de formulação do mandato de cada operação.

Nesse sentido, a flexibilidade legal é, contudo, dirimida pela atuação da Corte Internacional de Justiça, que, no desenvolvimento das opiniões consultivas dos casos Namíbia (CIJ, 1971) e Certas Despesas da ONU (CIJ, 1962), firmou o entendimento da legalidade e legitimidade das missões de manutenção de paz.

No que tange ao estabelecimento de mandato pela AGNU, a base legal provém de seus poderes de discutir e fazer recomendações dentro do escopo da Carta das Nações Unidas, apesar de não ter capacidade de tomar decisões vinculantes. É atuante, de modo geral, nas situações em que o CSNU encontra-se impedido pelo poder de veto dos membros permanentes.

Ainda, cabe destacar os documentos internos da organização, que regem as operações. A Doutrina *Capstone* é o documento principal sobre princípios e diretrizes das missões, que prevê, de maneira explícita, a observância dos Direitos Humanos por todos os seus funcionários, sejam eles militares, policiais ou civis.

Além disso, pelo seu estabelecimento em zonas de transição de conflito, as missões de manutenção de paz observam também certos princípios do Direito Internacional Humanitário (DIH), objetivando a proteção e manutenção dos direitos de não participantes dos conflitos (DPO; DOS, 2008, p. 13-16). Desse modo, são aplicadas as proteções do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e, em avaliação caso a caso, as previsões do DIH – cabíveis quando o uso da força é permitido em autodefesa (Secretariado da ONU, 1999).

Assim, tal documento – além de outras estruturas normativas específicas da ONU sobre o assunto – determina a proteção daqueles em situação de vulnerabilidade nas missões de manutenção de paz, através da observância desses regramentos do Direito.

3 CRIMES SEXUAIS E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS PEACEKEEPERS RESPONSÁVEIS: EM NÚMEROS

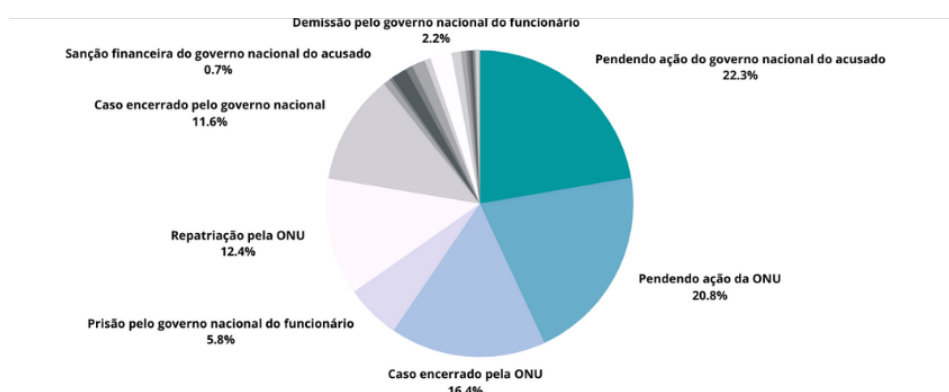
Apesar das proteções providas pelos diferentes regimes de Direito aplicáveis às missões

de manutenção de paz, configura-se ainda um cenário de cometimento de abuso e exploração sexual por parte dos *peacekeepers* contra os beneficiários de auxílio das tropas da ONU.

Posto isso, nos últimos 30 anos, a Organização e seus empregados estiveram diretamente envolvidos como participantes de diversos escândalos de abuso e exploração sexual em missões de manutenção de paz. Algumas das primeiras alegações feitas contra operadores das missões de paz foram realizadas ainda em 1990 (Duarte Forte, 2014, p. 12); porém, foi com o advento do sistema de monitoramento e controle de alegações da ONU – cuja tabela atualizada com dados desde 2015 está disponível no *site* da ONU – que a real dimensão do problema foi aferida.

Assim, para os fins deste trabalho, foram compilados os dados indicados na referida tabela em julho de 2022, de modo a explicitar as ações finais tomadas pela ONU e pelos governos nacionais dos *peacekeepers* frente às alegações de ofensas (ONU, 2015).

Figura 01: Ações finais tomadas pelos juízos competentes frente às alegações e investigações dos casos



Fonte: Elaborado pela autora, a partir de dados oficiais disponíveis em: <https://conduct.unmissions.org/sea-data-introduction> (ONU, 2015). Acesso em: 5 jul. 2022.

Verifica-se, portanto, que apenas 5,8% dos casos contabilizados de 2015 a julho de 2022 resultaram na prisão dos perpetradores; 22,3% dos casos ainda pendem de ação por parte do governo nacional do país do funcionário; 20,8% dos casos pendem de ação da própria ONU; 16,4% tiveram seu caso encerrado pela ONU; em 12,4% dos casos o perpetrador foi repatriado pela ONU, e 11,6% tiveram seu caso encerrado pelo governo nacional do país de origem. Os demais casos resultaram em medidas meramente administrativas, como demissão – cabe pontuar, por relevante, que as variáveis não são totalmente independentes, algumas medidas são tomadas em conjunto com outras.

Ainda, é importante mencionar que os dados disponibilizados pela Organização contabilizam somente as alegações que foram, de fato, reportadas – ou seja, apenas os casos em que houve a formalização de uma ocorrência. O número real de violações é provavelmente maior, já que, em casos de crimes sexuais cometidos por pessoas em posições de poder, as vítimas temem sofrer represálias ao denunciar os abusos (SC-UK, 2008, p. 12-14). Também atua como agravante na situação a compreensão por parte de vítimas, especialmente as adolescentes, de que, por ser muitas vezes uma relação transacional – sexo por proteção e apoio material –, haveria consentimento, não sendo, portanto, um crime sexual –; contudo, é notável que relações sexuais com menores de idade constituem estupro (Fraulin *et al.*, 2021, p. 9-10). Logo, a quantidade de casos nos quais não há responsabilização própria dos criminosos revela-se ainda mais significa-

tiva.

Tendo em vista o amplo corpo normativo aplicável, que prevê a punição de abuso e exploração sexual nas missões (Archibong; Lloyd, 2021, p. 2), a baixa porcentagem da responsabilização penal dos casos é contraditória e causada por diversos fatores – como o sistema de proteção insuficiente aos *whistleblowers* (Jimenez Villarreal; Jimenez Montalvo, 2019), que são os funcionários que denunciam tais crimes e muitas vezes sofrem represálias, bem como os obstáculos legais decorrentes das imunidades concedidas aos *peacekeepers*. Este último é o fator a ser explorado a seguir no presente artigo, pontuando-se como um dos maiores impedimentos à responsabilização penal efetiva dos crimes.

4 IMUNIDADES DOS *PEACEKEEPERS* EM ATUAÇÃO

A baixa porcentagem de prisões deve-se, em grande parte, às imunidades concedidas aos *peacekeepers*. Estes podem ser divididos em duas categorias: aqueles que são funcionários propriamente ditos da ONU, e aqueles que são militares do país contribuidor externo. Como a ONU não dispõe de exército próprio, para que haja pessoal suficiente a fim de atuar nas missões é necessário que os Estados membros da Organização contribuam com o envio de tropas de seus exércitos nacionais, para que elas, trabalhando em conjunto com os funcionários da ONU, atuem de modo a cumprir os objetivos definidos no mandato da operação (Rosqvist, 2020). Essa contribuição dos Estados é feita através de Memorando de Entendimento (MoU) – acordo realizado entre o país e a ONU, seguindo, via de regra, o modelo de MoU elaborado pela ONU (AGNU, 2007), que pode ter seus termos específicos negociados.

Nesse contexto, das previsões do modelo de MoU sobre as tropas, ressalta-se que o documento explicitamente declara, em seu art. 7 *quinqüiens*, que os militares atuantes nas missões continuam sendo membros de seus respectivos exércitos nacionais, de modo que estão sujeitos exclusivamente à jurisdição, em matéria criminal, de seu próprio Estado (AGNU, 2007).

Ainda, pelo fato de as missões serem pautadas pelo princípio do consentimento das partes, formaliza-se acordo entre a ONU e o Estado receptor da missão, versando sobre questões logísticas, privilégios e imunidades, respeito pelas leis locais, bem como sobre solução de controvérsias – são os chamados Acordos de Estatuto de Forças (SOFA), que usualmente se baseiam no modelo de SOFA produzido pelo Secretário-Geral da ONU em 1990 (AGNU, 1990).

O modelo de SOFA da Organização introduz disposições sobre jurisdição, indicando que membros de contingentes militares cedidos à ONU para a participação nas missões são exclusivamente sujeitos à jurisdição de seu próprio Estado, no que tange às ofensas criminais cometidas no território da missão. Ainda, há a previsão de que todos os membros das operações de paz gozem de imunidade contra persecução processual no país receptor da missão, no que se refere a suas ações tomadas em capacidade oficial (AGNU, 1990).

Além das imunidades, há também responsabilidades impostas aos *peacekeepers* nos documentos. Em ambos os modelos – MoU (art. 7 *ter*) e SOFA (para. 6) –, dispõe-se acerca da obrigação de respeito às leis locais pelos operadores da missão, bem como previsão no MoU de que os militares cumpram o previsto nos códigos de conduta da ONU (art. 7 *ter*) – importante conquista, dado o caráter vinculante do MoU, que torna as normas de conduta da ONU similarmente vinculantes. Foi criado, ainda, anexo ao modelo de MoU, incluindo o documento “*We Are United Nations Peacekeepers*”, o qual prevê que os *peacekeepers* nunca devem cometer atos de exploração ou abuso sexual, praticar atividade sexual com menores de 18, ou a troca de dinheiro, emprego, bens ou serviços por sexo – bem como não cometer atos que resultem em danos para a população local, sejam eles físicos, psicológicos ou sexuais.

Paralelamente, os funcionários da ONU nas missões também são beneficiários de imunidades, porém essas advêm de bases jurídicas e têm sua legitimidade prevista em documentos

distintos. Aos oficiais da ONU e *experts* nas missões é concedida imunidade funcional, definida na Carta das Nações Unidas e em tratado próprio – a Convenção sobre os Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (CPI), de 1948.

Dessa forma, a base dessas imunidades encontra-se nos artigos 104 e 105 da Carta das Nações Unidas, que prevê imunidades à ONU e subsidiários, ou seja, *peacekeepers* e funcionários. Ambos os documentos são considerados direito costumeiro internacional, ou seja, mesmo aqueles países que não são signatários dessas convenções, ou que não as ratificaram, são obrigados ao seu cumprimento – o costume é composto por dois aspectos: prática reiterada e *opinio juris*, o que o torna vinculante aos Estados.

Os oficiais seniores e de alto escalão das operações, como o Representante Especial e assistentes, chefes da polícia civil das missões e comandante das forças de operações, são beneficiários de imunidades equivalentes às diplomáticas (AGNU, 1990). Demais oficiais da ONU, incluindo voluntários, têm suas imunidades previstas no art. V, seção 18 da CPI. Por fim, aos *experts* nas missões são concedidas imunidades na base do art. VI, seção 22, da CPI.

Essas imunidades justificam-se, primariamente, pela “necessidade funcional”, ou seja, para que os funcionários das missões possam atuar sem medo de sofrer represálias dos governos locais, a quem frequentemente têm de se opor (Svoboda, 2023, p. 4-6). Contudo, observa-se que os *peacekeepers* utilizam-se impropriamente dessas imunidades para estabelecer um cenário de impunidade ao cometimento de crimes sexuais contra os vulneráveis nas missões. A imunidade deixa de ser sobre a proteção do *peacekeeper* frente ao Estado anfitrião e passa a ser um meio de protegê-lo da responsabilização penal própria para suas ações criminosas.

5 IMPUNIDADE COMO FORMA DE INCENTIVO AO COMETIMENTO DE CRIMES SEXUAIS

As imunidades concedidas aos *peacekeepers*, logo, tornam-se obstáculo à persecução penal – bem como ao reconhecimento de paternidade e concessão de pensão alimentícia às crianças que são fruto das violências sexuais nas missões (Svoboda, 2023, p. 21). Caracterizam-se como empecilhos em processar os perpetradores de crimes sexuais atuantes nas missões, visto que certas atividades podem ser consideradas crimes em determinado Estado, mas não serem classificadas como delitos pelo país de origem do perpetrador do ato – ou podem não existir previsões penais nos Códigos nacionais, civis ou militares (Odello; Burke, 2016, p. 844).

Ademais, muitas vezes os países que possuem jurisdição para julgar os casos – os Estados de origem dos *peacekeepers* – possuem *standards* probatórios elevados, de modo que as evidências compiladas pelas comissões de inquérito das missões e em investigações preliminares são insuficientes para a utilização em julgamentos aplicando a lei doméstica do país. Ainda, as evidências nem sempre são produzidas de maneira apropriada, deixando de observar a estrutura prevista na lei nacional do determinado país (AGNU, 2005). Assim, as evidências são frequentemente insuficientes ou rejeitadas por defeito de forma, o que acaba inviabilizando a instauração de processo contra o *peacekeeper* perpetrador do crime.

Além disso, os países de origem dos *peacekeepers* muitas vezes não recebem todos os documentos e provas produzidas pelas comissões de inquérito das missões, devido à política da ONU de não compartilhar documentos que possam ser utilizados contra si por terceiros. Por fim, há ainda uma preocupação, pontuada pelos Estados de origem, de que os procedimentos investigativos da ONU não obedeçam ao princípio da presunção de inocência, presente em diversos regimes processuais penais dos Estados (AGNU, 2005).

Desse modo, observa-se uma relutância fundamentada dos Estados em processar e responsabilizar seus nacionais por crimes sexuais cometidos nas missões de *peacekeeping*, dados os supracitados obstáculos ao processo penal doméstico. Em consequência, há a impunidade dos criminosos: em mais de 7 anos de atividade, somente 5,8% enfrentaram consequências pro-

porcionais a seus crimes.

Isso posto, é possível verificar que a dissuasão pela ameaça e o caráter exemplar da pena deixam de incidir frente à não-persecução penal dos perpetradores, que passam a não temer as consequências de suas ações, dada a fundada confiança que têm sobre sua impunidade – baseada no histórico de falibilidade das penas (Wiker, 2016, p. 30-31). Se não há a infalibilidade das penas, os criminosos não têm incentivo para acatar as normas e não cometer os delitos (Beccaria, 1999, p. 52).

Dessa forma, a percepção geral é de que os *peacekeepers*, civis ou militares, que cometem esse tipo de ofensa não serão penalmente responsabilizados, bem como não sofrerão medidas disciplinares, tampouco arcarão com indenização financeira às vítimas – no máximo sofrerão consequências administrativas –, de modo que ações que seriam criminalmente processadas em seu país de origem deixam de ser penalizadas, em virtude de sua prática no âmbito das missões (AGNU, 2005). Assim, através dos anos, estrutura-se uma conjuntura de práticas de abuso e exploração sexual em *peacekeeping*, visto que não há, de fato, consequências sancionatórias na esfera penal para os perpetradores desse tipo de crime.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os *peacekeepers*, portanto, valem-se impropriamente de suas imunidades e da falibilidade das penas para estruturar um cenário de impunidade criminal, no qual apenas 5,8% das alegações de ofensas têm como consequência sanções penais. Apesar do extenso regramento jurídico destinado a impedir tais condutas – como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário, os regimentos internos da ONU, o direito nacional dos países recebedores das missões e o direito doméstico dos países originários dos *peacekeepers* –, a instituição das imunidades dos funcionários da ONU e dos militares torna a sua responsabilização penal improvável.

Os operadores das missões de paz respondem por seus crimes em seus Estados de origem – contudo, os diferentes *standards* probatórios, estruturas jurídicas e requerimentos de coleta de prova entre países alinham-se de modo a criar obstáculos à instauração de processo penal doméstico contra os *peacekeepers* delinquentes.

Para que uma política de tolerância zero a crimes sexuais possa, de fato, ser implementada – como é desejado pela Organização (Secretariado da ONU, 2003) –, é preciso, portanto, que os crimes sejam efetivamente apurados de acordo com os processos domésticos e as penas aplicadas proporcionalmente aos delitos. Para isso, as imunidades dos *peacekeepers* devem ser reavaliadas, visto que uma imunidade concedida pela justificativa teórica e jurídica de necessidade funcional não deveria ser estendida para cobrir crimes sexuais – que nunca serão uma necessidade do ofício. Assim, deveriam limitar-se à prática de atos que, efetivamente, estejam relacionados ao bom funcionamento das operações.

Ainda, observando-se que os maiores impedimentos à responsabilização penal efetiva dos *peacekeepers* são os obstáculos processuais em nível doméstico, uma solução possível para a problemática seria o desenvolvimento de Convenção Internacional própria que preveja a estruturação de um modelo de assistência jurídica mútua (Odello; Burke, 2016, p. 844) – de modo que os sistemas jurídicos nacionais dos países dos *peacekeepers* tenham maior influência nas investigações preliminares no campo.

Assim, é de suma importância a adoção e efetiva implementação de medidas, como as anteriormente citadas, com o intuito de solucionar a problemática da ocorrência de crimes sexuais nas missões de *peacekeeping*, para assim proteger os vulneráveis em territórios já devastados por conflitos armados, coibindo concretamente a prática constante e impune de abuso e exploração sexual nas operações de paz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCHIBONG, James E.; LLOYD, Chidi Julius. Peacekeepers or sexual predators: Tainted un missions in Africa and the unending issue of accountability. **Journal of Organizational Culture Communications and Conflict**, v. 25, n. S5, p. 1-12, 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **A comprehensive strategy to eliminate future sexual exploitation and abuse in United Nations peacekeeping operations**. A/59/710, 2005. Disponível em: <<https://conduct.unmissions.org/sites/default/files/keydoc5.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. **Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations**. 1946. Disponível em: <<https://www.un.org/en/ethics/assets/pdfs/Convention%20of%20Privileges-Immunities%20of%20the%20UN.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2023.

_____. **Manual on Policies and Procedures concerning the Reimbursement and Control of Contingent-Owned Equipment of Troop/Police Contributors Participating in Peacekeeping Missions**. A/72/288, 2017. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/248/81/PDF/N1724881.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 24 abr. 2023.

_____. **Model status-of-forces agreement for peace-keeping operations**. A/45/594, 1990. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N90/254/55/IMG/N9025455.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 13 maio 2023.

_____. **Revised draft model memorandum of understanding**. A/61/19 (Part III), 2007. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/380/34/PDF/N0738034.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 13 maio 2023.

_____. **Special measures for protection from sexual exploitation and abuse: a new approach**. A/71/818, 2017. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/054/00/PDF/N1705400.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 maio 2023.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella - 2º ed. rev., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

BRASIL. **Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 13 maio 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)**. Opinião consultiva de 20 de julho de 1962. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2023.

_____. **Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)**. Opinião consultiva de 21 de junho de 1971. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2023.

DEFEIS, Elizabeth. U.N. Peacekeepers and Sexual Abuse and Exploitation: An End to Impunity. **Washington University Global Studies Law Review**, v. 7, n. 2, p. 185-214, 2008.

DEPARTAMENTO DE OPERAÇÕES DE PAZ DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Protection of Civilians in United Nations Peacekeeping**. 2022. Disponível em: <https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/poc_policy_2019_.pdf>. Acesso em: 13 maio 2023.

DEPARTAMENTO DE OPERAÇÕES DE PAZ E DEPARTAMENTO DE APOIO OPERACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines**. 2008. Disponível em: <https://police.un.org/sites/default/files/capstone_eng.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2022.

DUARTE FORTE, Clarissa. **Consequências Indesejadas das Missões De Paz: Violações dos Direitos das Mulheres nos casos da Bósnia e do Kosovo**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Relações Internacionais) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/128076/Monografia%20da%20Clarissa%20Forte.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 6 maio 2023.

EHRlich, Isaac. The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 1, n. 2, p. 259-276, 1972.

FRAULIN, Georgia *et al.* “It was with my consent since he was providing me with money”: a mixed methods study of adolescent perspectives on peacekeeper-perpetrated sexual exploitation and abuse in the Democratic Republic of Congo. **Conflict and Health**, v. 15, n. 80, p. 2021.

JIMENEZ VILLARREAL, Jaime Edgar Maximiliano; JIMENEZ MONTALVO, Daniel Andrés. Sexual violence in post-conflict zones: Reflections on the case of the Central African Republic. **Revista Científica General José María Córdova**, Bogotá, v. 17, n. 27, p. 504-523, 2019.

MANDATES and the legal basis for peacekeeping. In: **United Nations Peacekeeping**. Disponível em: <<https://peacekeeping.un.org/en/mandates-and-legal-basis-peacekeeping>>. Acesso em: 12 maio 2023.

ODELLO, Marco. Tackling Criminal Acts in Peacekeeping Operations: The Accountability of Peacekeepers. **Journal of Conflict & Security Law**, v. 15, n. 2, p. 347-391, 2010.

_____; BURKE, Róisín. Between Immunity and Impunity: Peacekeeping and Sexual Abuses and Violence. **The International Journal of Human Rights**, v. 20, n. 6, p. 839-853, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conduct in UN Field Missions, “Sexual Exploitation and Abuse: Table of Allegations”. 2015. Disponível em: <<https://conduct.unmissions.org/>>

sea-data-introduction. Acesso em: 5 jul. 2022.

ROSQVIST, Alva. **UN Peacekeeping Forces: a Legal Analysis of Individual Accountability for Sexual Exploitation and Abuse**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculty of Law, Lund University, Lund, 2020. Disponível em: <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOID=9010384&fileOID=9018139>>. Acesso em: 11 maio 2023.

SAVE THE CHILDREN UK. **No One to Turn To: The under-reporting of child sexual exploitation and abuse by aid workers and peacekeepers**. 2008. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/483c2a822.html>>. Acesso em: 14 maio 2023.

SECRETARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations forces of international humanitarian law**. ST/SGB/1999/13, 1999. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/230/42/PDF/N9923042.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 14 maio 2023.

_____. **Secretary-General's Bulletin: Special measures for protection from sexual exploitation and sexual abuse**. ST/SGB/2003/13, 2003. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/550/40/PDF/N0355040.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SVOBODA, Emma. Empty promises: peacekeeper babies and discretionary impunity within the united nations. **Harvard International Law Journal**, v. 64, n. 1, p. 1-34, 2023.

VAHEDI, Luissa; BARTELS, Susan A.; LEE, Sabine. Even peacekeepers expect something in return: A qualitative analysis of sexual interactions between UN peacekeepers and female Haitians. **Global Public Health**, vol. 16, n. 5, p. 692-705, 2021.

WIKER, Anna-Maria. **Sexual Exploitation and Abuse in U.N Peacekeeping**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso - Tallinn University of Technology, Tallinn, 2016.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO ANTE A AUSÊNCIA DE LEI

OBSTETRIC VIOLENCE: AN ANALYSIS IN LIGHT OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW IN THE ABSENCE OF LEGISLATION

Ana Camile Lopes Ferreira

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA).

Resumo: O presente artigo objetiva verificar quais são os possíveis tipos penais incriminadores que a Violência Obstétrica (VO) se encaixa, diante da ausência de lei federal que criminalize a conduta, tendo em vista os recorrentes casos. Além disso, busca servir como um veículo de informação a respeito da temática apresentada para os operadores do direito e para os demais membros da sociedade. Nesse diapasão, a pesquisa é qualitativa, utilizando-se do método descritivo e realizada por meio de revisão bibliográfica, análise de dados, relatórios, legislações, bem como de notícias veiculadas nos meios de comunicação. Com os resultados obtidos, foi possível conceituar o que é VO, trazer as suas características e categorias, elencando, também, os crimes em que se enquadram a violência obstétrica dentro do Código Penal. Ademais, verificaram-se duas formas que podem amenizar a questão no cenário obstétrico atual, as quais sejam: o plano de parto e a humanização do parto. Esses princípios são de extrema importância para assegurar que procedimentos desnecessários não sejam realizados, ao mesmo tempo em que garantem a dignidade e a autonomia da mulher.

Palavras-chave: Condutas criminais. Direito Penal. Legislação penal. Parto humanizado. Plano de parto.

Abstract: *The present article aims to ascertain which possible criminal charges Obstetric Violence (OV) falls under, given the absence of federal law criminalizing the conduct, considering the recurring cases. Additionally, it seeks to serve as an informational resource on OV for legal practitioners and society at large. To achieve this, the research employs a qualitative approach using descriptive methods through bibliographic review, data analysis, reports, legislation, and media coverage. The results obtained helped define OV, delineate its characteristics and categories, and identify the crimes related to obstetric violence within the Penal Code. Furthermore, two approaches were identified to mitigate this issue in the current obstetric scenario: the birth plan and the humanization of childbirth. These are extremely important so that unnecessary procedures are not carried out and the woman's wishes, dignity and autonomy are guaranteed.*

Keywords: *Criminal behavior. Criminal Law. Penal Legislation. Humanized childbirth. Birth plan.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Breve histórico sobre Violência Obstétrica – 3 Direito Penal como *ultima ratio* – 4 Categorias de Violência Obstétrica – 5 Aplicação do Código Penal aos casos de Violência Obstétrica; 5.1 Princípio da legalidade; 5.2 A proibição da analogia *in malam partem*; 5.3 Crime de lesão corporal (art. 129, CP); 5.4 Crime de constrangimento ilegal (art. 146, CP); 5.5 Crime de ameaça (art. 147, CP); 5.6 Crime de injúria (art. 140, CP); 5.7 Crime de maus-tratos (art. 136, CP) – 6 Da necessidade de uma lei federal para a Violência Obstétrica – 7 O plano de parto e a Humanização do Parto: a esperança para o fim da Violência Obstétrica – 8 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O parto é o momento mais esperado para as famílias que se encontram grávidas. Um novo bebê virá para transformar as vidas de quem será responsável por seus cuidados. Porém, para muitas mulheres, esse período se transforma em um grande tempo de tristeza, de desespero e de terror, ao serem submetidas à violência obstétrica (VO).

A Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) traz como conceito de violência contra a mulher o seguinte:

As Nações Unidas definem a **violência contra as mulheres** como “qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais para as mulheres, inclusive ameaças de tais atos, coação ou privação arbitrária de liberdade, seja em vida pública ou privada” (OPAS, 2021).

Nesse sentido, a violência obstétrica, como subespécie de violência contra a mulher, já que decorre da violência de gênero, é conceituada, segundo o dossiê *Violência Obstétrica: Partos com dor* (2012, p. 60):

Dos atos caracterizadores da violência obstétrica: **são todos aqueles praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva**, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, bem como civis, (...) (grifo nosso).

A Lei Estadual n.º 18.322/2022, de Santa Catarina, por sua vez, conceituou violência obstétrica, em seu art. 34: “Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério”. No uso de outras palavras, a violência obstétrica é uma “dor além do parto”, muitas vezes não vista fisicamente nos corpos das mulheres como marca de violação, mas sentida, guardada e repudiada por elas.

É possível perceber que a VO não é apenas praticada por profissionais de saúde, mas por qualquer pessoa que esteja inserida naquele contexto. Além disso, essa espécie de violação pode ter caráter: físico, psicológico, sexual, institucional, material e midiático. Todos esses aspectos serão tratados neste artigo.

O presente artigo busca responder quais seriam os possíveis tipos penais que a violência obstétrica se encaixa ante a ausência de legislação penal específica que regule essa questão.

Assim, a pesquisa realizada é qualitativa, utilizando-se o método descritivo e obtida por revisão bibliográfica, análise de dados, relatórios, legislações e notícias veiculadas nos meios de comunicação. Espera-se que este trabalho contribua para ampliar a discussão sobre a violência obstétrica, fornecendo conhecimento não apenas para as mulheres, mas para toda a sociedade, com o objetivo de conscientizar a população sobre essa questão.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Na história da humanidade, o parto sempre foi auxiliado pela figura das parteiras, realizado na casa das gestantes, sendo o mais natural possível. Dessa maneira ocorreu até o final do século XVIII. Entretanto, no fim do século XIX, iniciou-se um movimento que tentava controlar o evento biológico por iniciativa da obstetrícia. Foi a partir desse momento histórico que o nascimento, um acontecimento fisiológico, passou a ser uma ocorrência médica, na qual o protagonismo deixou a figura da mulher e passou a ser do médico (Zanardo *et al.*, 2017).

No final do século XX, quase 90% dos hospitais já realizavam partos. Em paralelo a isso,

fez-se uso de tecnologias que tinham a função de ajudar a monitorar, regular e intensificar o parto, a fim de que fosse “mais normal”, beneficiando tanto a mãe quanto o bebê (Zanardo *et al.*, 2017). No entanto, ao buscar aprimorar a qualidade da assistência, o resultado foi, na verdade, a medicalização do parto, com a realização em larga escala de procedimentos que, por vezes, são desnecessários. Ao invés de auxiliar, essas intervenções podem colocar em risco a vida e a saúde do binômio mãe-bebê.

Esses atos, tomados com tal medicalização, deixaram as parturientes/coadjuvantes insatisfeitas. O parto tornou-se um momento centralizado na figura do médico, não dando o prestígio adequado para os outros profissionais participantes, como, por exemplo, as enfermeiras obstétricas (Zanardo *et al.*, 2017).

Por isso, é nesse contexto, que a violência obstétrica surge, chegando às atrocidades vistas atualmente. Parte dos profissionais de saúde envolvidos no contexto gestacional, muitas vezes, realizam procedimentos sem consultar as mulheres, baseando-se em sua autoridade como “detentores do conhecimento”, o que pode enganar muitas pessoas sob uma falsa confiança. Não se busca denegrir a imagem dos médicos, que desempenham um papel crucial na saúde. No entanto, é inaceitável a tomada de decisão unilateral, sem consulta prévia à parturiente, sem explicação adequada dos procedimentos ou tratamento inadequado, seja verbal, psicológico ou físico.

3 DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

Segundo Cleber Masson (2020), o princípio da reserva legal seria insuficiente para salvaguardar o indivíduo. O Estado, desde que respeite a legalidade dos delitos e das penas, pode criar tipos penais nefastos e cominar penas que violem a dignidade humana. Na busca por tentar enfrentar esse problema, a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, definiu, em seu art. 8º – tanto a Constituição Federal quanto o Código Penal seguiram nesse mesmo sentido –, que somente a lei pode estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias. A partir disso, surge o princípio da intervenção mínima, cujo significado é o de que o Direito Penal só deve intervir quando a criminalização de um fato se torna “meio indispensável para a proteção de determinado bem ou interesse, não podendo ser titulado por outros ramos do ordenamento jurídico” (Masson, 2020, p. 45).

Decorrente dessa premissa, surge outro princípio, o da subsidiariedade, aplicável somente quando os outros ramos do Direito se tornam insuficientes para regular determinado fato e para controlar a ordem pública. Nesse sentido, o Direito Penal seria uma “reserva”, devendo atuar somente quando os outros meios estatais de proteção, mais brandos, que não atinjam a liberdade individual, mostrarem pouca eficácia na proteção do bem jurídico tutelado.

Atualmente, a violência obstétrica é bastante tratada na esfera civil – confundida, na maioria das vezes, com erro médico –, sancionada por meio de indenizações, justificadas pelo tratamento desse tipo de violação como um dano moral, material e estético sofrido pelas vítimas, incluindo a violência neonatal nesse parecer. Contudo, essas medidas têm se apresentado ineficazes, posto que há o aumento dos casos de gestantes violadas. A Pesquisa da Fundação Perseu Abramo (2010) revelou que uma em cada quatro mulheres já sofreu algum tipo de violência relacionada à gestação. Diante disso, tendo em vista a pouca efetividade dos recursos civis na regulação desse tópico, caberia ao Direito Penal apreciá-lo, uma vez que é a *ultima ratio*.

4 CATEGORIAS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Como dito anteriormente, não existe apenas um tipo de violência obstétrica, mas várias condutas que podem se enquadrar como VO. De acordo com o dossiê Violência Obstétrica: Parirás com dor (2012, p. 60-61) são incluídas:

- **Violência física:** atinge o corpo da mulher, causando dor ou dano físico que pode variar do grau leve ao intenso. Exemplos de tal desrespeito são a privação de alimentos, a tricotomia (raspagem de pelos), a manobra de Kristeller, a cesariana eletiva – sem indicação clínica –, o uso rotineiro de ocitocina, como também a utilização de analgesia, quando não é tecnicamente indicada.
- **Violência psicológica:** são todas as ações verbais ou comportamentais que provocam na mulher sentimentos de abandono, de instabilidade emocional e, principalmente, de perda da própria dignidade. Amostras dos atos dessa categoria consistem em: ameaças, mentiras, chacotas, humilhações, informações omissas ou carentes de clareza, grosserias, chantagens, além de piadas pejorativas. Sem dúvidas, trata-se do tipo mais recorrente de VO.
- **Violência sexual:** essa categoria abrange as interferências impostas à mulher capazes de violar a sua intimidade ou pudor, afetando a sua integridade sexual tal qual reprodutiva; com a possibilidade de não envolver órgãos sexuais e partes íntimas do corpo. A episiotomia (corte realizado no períneo da mulher), os exames de toques invasivos, constantes ou mesmo agressivos, o assédio, a imposição da posição supina para dar à luz, além da cesariana sem consentimento, são exemplos desse tipo de violação.
- **Violência institucional:** caracteriza-se por atuações ou formas de organização que dificultam, retardam, assim como podem impedir o acesso da gestante aos seus direitos, tanto no sistema público quanto no privado. Exemplos disso incluem as restrições à amamentação, falta de fiscalização por parte das agências reguladoras e outros órgãos competentes, além da implementação de protocolos institucionais que contradizem ou se opõem às normas vigentes.
- **Violência material:** consiste em condutas passivas ou ativas que visam obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando os direitos garantidos por lei em benefício de terceiros. As cobranças indevidas provenientes de planos de saúde e de profissionais da área, além da indução à contratação de um convênio sob a alegação de ser a única alternativa para viabilizar o acompanhante, exemplificam essa violação.
- **Violência midiática:** define-se por ações praticadas pelos profissionais, através dos meios de comunicação, direcionadas a afetar psicologicamente mulheres grávidas. Divulgadas publicamente, as mensagens, imagens ou até mesmo outros símbolos promovem práticas cientificamente desaconselhadas. Tais condutas visam ao lucro, mas também a influência no meio social. Exemplos dessas atitudes incluem a promoção da cirurgia cesariana, a ridicularização do parto normal e as publicidades excessivas que destacam as fórmulas de substituição em detrimento do aleitamento materno.

A depender do caso concreto, os tipos de violência destrinchados podem se entrelaçar. O artigo “Análise da violência obstétrica pela mulher: vivência e reconhecimento de procedimentos obstétricos associados”, publicado em 2021, o qual foi realizado entre o período de 2017 e 2018, no domínio de três maternidades públicas – duas de alto risco, porém uma de risco habitual –, no estado de Alagoas, com 261 pessoas, obteve os resultados abaixo:

Gráfico 01: Casos mais recorrentes de violência obstétrica



Fonte: Elaborado com dados obtidos do artigo citado.

Diante da exposição do gráfico, vale ressaltar que as cesáreas só foram analisadas em um grupo de 154 mulheres, de baixo risco. Já o jejum desnecessário, a manobra de Kristeller e a episiotomia estavam presentes apenas nos partos normais.

O principal tipo de categoria constatado nessas violações é a sexual, atingindo 153 mulheres, relacionada aos toques vaginais excessivos, dos quais 44 carecem de esclarecimento acerca do procedimento, ou não houve sequer consentimento para a sua realização. Acerca disso, faz-se importante salientar que faltam informações da frequência com a qual esses toques aconteceram, mas o indicado, segundo a Organização Mundial da Saúde (1996) é que se limitem ao estritamente necessário e ocorram a cada 4h durante o trabalho de parto.

Sendo uma impossibilidade abordar de maneira aprofundada, neste artigo, cada tipo de violência apresentada, conceitua-se as cinco principais que, conforme demonstrou o gráfico, atingem mais as gestantes. Têm-se:

- **Toques vaginais excessivos:** o exame vaginal (toque) é utilizado corretamente quando a mulher já está na evolução do trabalho de parto, porque fornece informações sobre a dilatação, a espessura do colo uterino e a posição da cabeça do feto na bacia da mãe (Almeida, 2020, p. 51). Porém, caso seja realizado de hora em hora, pode se caracterizar como uma violação ao direito sexual da parturiente, tendo em vista a recomendação da OMS citada acima.
- **Uso de ocitocina:** a ocitocina sintética, ou seja, aquela que é produzida em laboratório e administrada durante o trabalho de parto, objetiva induzir, como também acelerar esse momento, pois age de semelhante modo ao hormônio produzido pelo hipotálamo, armazenado na hipófise posterior. O uso da ocitocina em si não se configura como violência obstétrica. Contudo, caso seu uso seja feito de maneira rotineira, sem necessidade, mas utilizado como se fosse, então constitui violência (Moraes, 2022, p. 11-12).
- **Cesária desnecessária:** indiscutivelmente, a cesariana precisa ser realizada quando há precisão, para a diminuição da morbimortalidade materna e neonatal, indicada nos casos de acretismo placentário, por exemplo. Nesse caso, submeter a mulher ao parto vaginal pode colocar em risco o binômio mãe-bebê, um perigo contornável com a cirurgia cesariana. Porém, o cenário muda quando a cesárea acontece por conveniência, comodidade médica, rapidez ou melhor rendimento financeiro dos profissionais médicos. Nesse panorama, no qual inexistente indicação técnica para a cesárea, a grávida é submetida aos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico. Além disso, a pesquisa “Nascer no Brasil: Inquérito Nacional Sobre o Parto e Nascimento”, com mais de 23 mil mulheres participantes, foi a pioneira no fornecimento do panorama nacional sobre o parto e nascimento. Tal estudo revelou que, entre fevereiro/2011 a outubro/2012, 46% dos partos, no sistema público, e 88% no privado, foram realizados por meio de cesariana, o que contradiz a OMS, cuja recomendação consiste em uma porcentagem de cesáreas variando de 10% a 15%.
- **Manobra de Kristeller:** “Esta técnica caracteriza-se pela aplicação de uma pressão no fundo uterino durante o período expulsivo com objetivo de o encurtar, todavia existe a possibilidade de danos maternos e fetais, bem como lesões ao nível do útero e períneo” (Carvalho, 2014, p. 11). Ademais, é relevante ressaltar que, de acordo com o Parecer Técnico do Coren/SC n.º 001/2016, deve-se reconhecer como prejudicial à saúde da parturiente e igualmente ineficaz. Quando utilizada durante o período expulsivo, em quase metade dos casos, observam-se diversas interferências na sua progressão. Segundo as evidências científicas, o parto deve prosseguir com intervenções mínimas, e a Manobra, quando realizada, vai contra as diretrizes do Ministério da Saúde no Brasil e da OMS, que não recomendam esse tipo de procedimento (Coren, 2016; Zanardo, 2017).
- **Episiotomia:** também conhecida como ‘pique’, a episiotomia é um “corte realizado na área perineal envolvendo pele, músculo e mucosa vaginal, de preferência, à 45° mediolateral direita e que tem como objetivo ampliar a abertura vaginal durante a fase expulsiva do parto”

(Freitas *et al.*, 2020). Infelizmente, também é muito utilizada como procedimento rotineiro, sem o devido esclarecimento, bem como sem o consentimento da parturiente. A episiotomia é uma verdadeira mutilação genital, realizada sob a justificativa de que trará melhor benefício materno-fetal, alegando diminuir a laceração no períneo, pois pode acontecer de maneira natural. Porém, hoje, estudos demonstram que esse procedimento aumenta o risco de complicações no intra e pós-parto, além de não proteger o assoalho pélvico, causando maior dor, sofrimento e sangramento. Por isso, inexistem motivações para que o ‘pique’ ocorra de maneira rotineira. A OMS recomenda que a taxa de episiotomia seja entre 10% a 30% (Leal *et al.*, 2014), devendo ocorrer em casos de extrema inevitabilidade, com seletividade e assinatura do termo de consentimento.

Dadas as devidas conceituações, feitos alguns comentários a respeito desses tipos de violência obstétrica, faz-se preciso visualizar como a legislação penal é aplicável diante da ausência de lei a respeito dessa matéria.

5 APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL AOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Conforme será visto, é perfeitamente possível a subsunção dos fatos ocorridos no âmbito da violência obstétrica em algumas figuras penais. Todavia, antes de abordar essa posição, faz-se necessário falar sobre o princípio da legalidade e a analogia *in malam partem*.

5.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, o princípio da legalidade, indubitavelmente, é o mais importante do Direito Penal. Diz a Carta Política brasileira: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Isso significa que só pode existir um delito, se antes houver uma lei o definindo como tal. Para o Direito Penal, aquilo que não for expressamente proibido é lícito (Greco, 2023, p. 132).

Como resultado da lei, há segurança jurídica para o cidadão, garantindo que não haverá punição se não houver disposição legal que dê origem a algum tipo incriminador. É aqui que entra a formulação latina da reserva legal: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Rogério Greco (2023, p. 134) elenca quatro funções fundamentais do princípio da legalidade, são elas:

- Proibir a retroatividade da lei penal;
- Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes;
- Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas;
- Proibir incriminações vagas e indeterminadas.

As últimas três são especialmente relevantes para este artigo. A lei é a fonte fundamento do Direito Penal e somente ela pode determinar condutas passíveis de sanção. Portanto, não se poderia considerar como crime um costume ou qualquer outro hábito social que não esteja previamente definido em lei.

Além disso, é vedada a analogia *in malam partem*, ou seja, em prejuízo do réu, como será melhor detalhado posteriormente. Ademais, a reserva legal não apenas requer a existência de uma lei anterior que defina o ato cometido pelo agente como crime, mas exige que o tipo penal incriminador descreva precisamente qual é a conduta proibida ou imposta, evitando conceitos vagos ou imprecisos. Portanto, a lei deve ser taxativa nesse sentido (Greco, 2023, p. 134).

Desta forma, se alguma conduta – dentro do contexto de violência obstétrica – se encaixar no que a lei considera como crime, então o Direito Penal poderá ser aplicado ao caso.

5.2 A PROIBIÇÃO DA ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*

Rogério Greco (2023, p. 80) define analogia como “uma forma de autointegração da norma, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante, atendendo-se, assim, ao brocardo *ubi eadem ratio, ubi eadem legis*”.

A analogia, portanto, integra uma das maneiras de se interpretar a norma penal quando há lacunas legais, subdivide-se em:

a) Analogia legal, ou *legis*: que se caracteriza quando o intérprete aplica a um caso omissivo determinada lei que regula caso semelhante;

b) Analogia jurídica, ou *juris*: aplica-se os princípios gerais do Direito com a finalidade de suprimir a lacuna existente.

No campo jurídico, aquilo que se deseja proibir ou impor, sob ameaça de sanção penal, deve ser expresso de maneira clara e precisa, passível de compreensão sem maiores dificuldades. Isso ocorre em razão de que, no Direito Penal, tudo o que não for expressamente proibido é permitido.

Além disso, também existe a analogia *in bonam partem* e a *in malam partem*. A primeira é perfeitamente aplicável, por beneficiar o agente, já a segunda é proibida por ser prejudicial ao agente. Essa pode ser vista na ampliação do rol de circunstâncias agravantes ou no conteúdo dos tipos penais incriminadores com o intuito de abarcar as hipóteses não previstas expressamente pelo legislador (Greco, 2023).

Analisando o tema abordado neste artigo, observar-se-á, dentro dos limites do princípio da legalidade, quais condutas se enquadram em algumas das infrações penais sem recorrer à proibida analogia *in malam partem*.

5.3 CRIME DE LESÃO CORPORAL (ART. 129, CP)

A lesão corporal é caracterizada como qualquer dano/ofensa ocasionado por alguém – sem que essa pessoa haja com *animus necandi* – à integridade física ou à saúde de outra pessoa, atingindo a normalidade funcional do corpo ou organismo humano, tanto do ponto de vista anatômico quanto do fisiológico ou psíquico, pois a desintegração da saúde mental também é considerada lesão corporal (Hungria, 1981).

Embora o art. 129, inciso IV, do Código Penal (CP) qualifique a lesão corporal como aceleração do parto, não é essa a definição que será aplicada aos casos de violência obstétrica, em virtude de a doutrina defender antecipação do parto como o termo mais correto. Afinal, só pode ser acelerado aquilo que já está acontecendo, ou seja, no caso da parturiente, o requisito seria estar com o trabalho de parto ativo.

Dessa forma, a lesão corporal ocorre, em casos de VO, quando houver episiotomia ou qualquer outro ato que viole a integridade física da parturiente sem seu consentimento, realizado com caráter rotineiro. Outrossim, pode-se afirmar ainda que a qualificação seria a do inciso I, do art. 129 do CP, pois, embora haja o período do puerpério, as gestantes que sofrem episiotomia tem muito mais dificuldade de voltar a sua vida sexual normal, além de precisarem enfrentar traumas no pós-parto, tais como dispareunia – dor ao manter relações sexuais –, disfunção sexual, incontinência urinária e fecal, excluindo-se outras consequências (Freitas *et al.*, 2020, p. 3).

5.4 CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL (ART. 146, CP)

Tal dispositivo legal visa a proteção da liberdade pessoal, seja ela física ou psicológica (Greco, 2023, p. 329).

É um delito composto pelo núcleo *constranger*, cujo significado consiste em dificultar, impedir ou limitar a liberdade de alguém. Para que isso ocorra, o agente faz uso da violência ou da grave ameaça. Greco (2023, p. 330) pontua:

A violência de que cuida o texto é a chamada *vis corporalis*, ou seja, aquela empreendida contra o próprio corpo da vítima; ao contrário, a grave ameaça se consubstancia na *vis compulsiva*, exercendo influência precipuamente sobre o espírito da vítima, impedindo-a de atuar segundo a sua vontade.

Posto isso, é comum nos partos, infelizmente, que a parturiente perca a sua autonomia, sendo coagida e forçada a se submeter a determinados procedimentos com os quais não deu anuência ou nem mesmo foi consultada, tais como o uso do fórceps, escolha do tipo de parto, posição em que gostaria de ficar, entre outros (Santos, 2023, p. 8).

5.5 CRIME DE AMEAÇA (ART. 147, CP)

Frases como: “Se você não fizer o que eu mandar, seu bebê vai morrer!”, “Se você não me obedecer, saia daqui e você vai ter seu bebê sozinha”, “Se você gritar, eu não vou te atender”, podem ser ditas às parturientes no momento de vulnerabilidade, o parto, a fim de que se submetam a uma ordem, revestida de autoridade médica, que, na verdade, acaba violando a dignidade da mulher.

Nesse contexto, o crime de ameaça ocorre com o intuito de amedrontar, como também de intimidar as gestantes, sob a falsa alegação da desobediência causar-lhes algum tipo de mal. Dessa maneira, as mulheres cedem, ancoradas no medo, às pretensões dos profissionais de saúde.

5.6 CRIME DE INJÚRIA (ART. 140, CP)

Guilherme de Souza Nucci (2023, p. 243), define injúria:

Injuriar significa ofender ou insultar (vulgarmente, xingar). No caso presente, isso não basta. É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou o decoro (correção moral ou compostura) de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma. É o que dispõe o art. 140 do Código Penal.

Isso posto, é válido ressaltar que, no momento do parto, as emoções, tanto da parturiente quanto do acompanhante, como também dos profissionais envolvidos, estão instáveis. Entretanto, não há justificativa para que o médico-assistente trate a parturiente de maneira desumana.

Um caso recente, de setembro de 2021, responsável por trazer mais notoriedade para a violência obstétrica, foi o da influenciadora Shantal Verdelho. Neste, o médico Renato Khalil usou palavrões, injuriou-a e expôs suas partes íntimas para todas as pessoas que acompanhavam o parto. Shantal afirma, em entrevista ao G1, que “quando a gente assistia ao vídeo do parto, ele me xinga o trabalho de parto inteiro. Ele fala 'Porra, faz força. Filha da mãe, ela não faz força direito. Viadinha. Que ódio. Não se mexe, porra'... depois que revi tudo, foi horrível, comenta a influencer no áudio vazado”.

Essa não é, por óbvio, a conduta esperada de um médico durante um parto, configurando-se, pois, como violência obstétrica.

5.7 CRIME DE MAUS-TRATOS (ART. 136, CP)

Segundo a legislação penal, o delito de maus-tratos só pode ser cometido por quem exerce autoridade, guarda ou vigilância sobre a vítima, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia, privando-a de alimentos tal qual de cuidados indispensáveis, seja por trabalho

excessivo ou inadequado, acrescido do abuso dos meios de correção ou disciplina.

O que interessa para o âmbito da violência obstétrica é o tratamento, que Hungria (1981, p. 450) afirma ser, além do tratamento de enfermidades, o fato continuado de poder prover subsistência a alguém.

Nesse sentido, o profissional de saúde não pode, conforme diz a norma, no art. 136 do CP, expor, colocar em risco, sujeitar um paciente a um momento de sofrimento. Todas as situações narradas neste trabalho, que violam os direitos das gestantes e puérperas, poderiam facilmente se encaixar nesse crime, principalmente no tocante à privação dos cuidados indispensáveis, porque atingem profundamente a dignidade da mulher.

Analisados alguns casos em que o Código Penal pode ser aplicado, torna-se indispensável falar sobre a necessidade da existência de uma lei específica que regule a VO, tanto pelas suas características únicas, como para que se dê a devida atenção a uma situação que ocorre corriqueiramente nos hospitais e maternidades.

6 DA NECESSIDADE DE UMA LEI FEDERAL PARA A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

No tocante às legislações no continente da América do Sul, a Argentina foi pioneira em reconhecer e tratar sobre a violência obstétrica, em 2004. Fez isso por meio da *Ley n.º 25.929*, também chamada de *Ley de Parto Humanizado*. Essa norma garantiu direitos para as mulheres grávidas e para os recém-nascidos.

Em seguida, a Venezuela definiu legalmente a VO, tipificando-a como delito, em 2007. Tal fato se tornou concreto com a *Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*.

O Brasil se encontra “atrasado” nessa questão que abarca a violação da dignidade humana; deveria, pois, seguir o mesmo caminho dos países vizinhos. Porém, alguns estados brasileiros, segundo a sua autonomia, possuem leis que tratam da violência obstétrica. Entretanto, isso não é suficiente para que os casos diminuam, ou, ao menos, haja a punição dos responsáveis na seara penal. A respeito das Unidades Federativas, são eles e as suas respectivas leis:

Tabela 01: Estados e suas leis sobre VO

Estado	Lei
Santa Catarina	Lei nº 18.322/2022
Paraná	Lei nº 19.701/2018
São Paulo	Lei nº 17.907/2023
Goiás	Lei nº 19.790/2017
Rondônia	Lei ordinária nº 4.173/2017
Tocantins	Lei nº 3.385/2018
Distrito Federal	Lei nº 6.144/2018
Mato Grosso do Sul	Lei nº 5.217/2018
Minas Gerais	Lei nº 23.175/2018

Fonte: Elaborada com a pesquisa das legislações estaduais.

Embora se esteja diante de um trabalho que permeia o Direito Penal, é necessária uma lei federal – mesmo que futuramente venha a tratar da violência obstétrica sem criminalizar essa prática nefasta – que, ao menos, tenha o propósito de definir a violação, identificar o que a constitui, abordando as suas particularidades.

Mais precisamente, em fevereiro de 2023, foi proposta, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) 422/23 que inclui a VO entre os tipos de violência previstos na Lei Maria da Penha. Essa PL foi apensada, em abril, ao PL 7.633/2014, versando sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal. Desde então, não houve mais nenhum tipo de movimentação a respeito desse projeto.

7 O PLANO DE PARTO E A HUMANIZAÇÃO DO PARTO: A ESPERANÇA PARA O FIM DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

No debate da humanização do parto, muito se fala sobre o Plano de Parto (PP). Um instrumento que possibilita à gestante ou parturiente maior autonomia, auxiliando-a no próprio empoderamento.

Ao conceituar o PP, pode-se afirmar que corresponde a um:

Instrumento educativo de caráter legal, desenvolvido durante o período gestacional e apresentado pelas gestantes antes do parto, que favorece a reflexão e auxilia na tomada de decisões das mesmas sobre o parto e os procedimentos realizados. Além disso, contribui para orientação dos profissionais da assistência em relação ao serviço prestado (Silva, 2017, p. 8).

É nesse plano que as gestantes expressam suas vontades, os cuidados que desejam ter durante o seu trabalho de parto e no pós-parto. Nele, elas dizem se objetivam um parto natural ou cirurgia cesariana, em qual posição gostariam de ficar para parir, se querem analgesia, inclusive, o que gostariam de comer. Enfim, as gestantes descrevem da forma mais detalhada possível o que pretendem.

Com o uso recorrente dessa ferramenta, boas práticas obstétricas seriam desenvolvidas, de maneira que estabeleceria condutas flexíveis no atendimento à parturiente, promovendo o respeito por suas decisões, individualidade e vontade (Silva, 2017, p. 16).

Nesse contexto, como já citado neste trabalho, a assistência no momento de dar à luz era dada pelas parteiras, até ocorrer a hospitalização/medicalização do parto. É exatamente nesse contexto de retirada do protagonismo da mulher do seu trabalho de parto que surge a grande necessidade de humanizá-lo (Santos *et al.*, 2015, p. 80). Foi a partir desse estágio que o movimento de humanização ganhou espaço nos debates sociais, científicos, como também políticos.

O conceito de parto humanizado se divide, segundo o Programa de Humanização do Pré-natal e Nascimento (2002, p. 5-6), em dois aspectos: o do acolhimento e o da adoção de medidas, bem como de procedimentos benéficos para o acompanhamento do parto. O primeiro, relaciona-se ao dever de os locais preparados para o nascimento receberem, não apenas a mulher, mas também os familiares e o recém-nascido, com dignidade, de maneira ética e solidária, criando um ambiente acolhedor. O segundo aspecto consiste em evitar práticas invasivas, intervencionistas e, sobretudo, desnecessárias que, mesmo praticadas por profissionais, não são benéficas à mulher nem ao recém-nascido, podendo, inclusive, trazer riscos para o binômio mãe-bebê.

Diante disso, receber atendimento com dignidade, qualidade, de forma humanizada e segura, contando com a explicação de cada procedimento a ser realizado e consultando a parturiente, não é uma questão de sorte ao encontrar um hospital ou maternidade menos lotados, mas sim, deveria ser um direito assegurado para evitar que o pré-natal, o parto e o pós-parto se tornem mais uma forma de violência contra as mulheres.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama apresentado evidencia uma situação de grave violação dos direitos humanos das mulheres. De fato, a violência obstétrica está longe de acabar, infelizmente, assim como outras práticas prejudiciais às pessoas. No entanto, é necessário tomar medidas para reduzir esses casos. A proposição de uma legislação federal sobre o tema é de extrema importância. Criminalizar a prática daqueles que, ao invés de cumprir com zelo a missão de ajudar a trazer uma vida ao mundo, traem-na por mera conveniência, realizando intervenções desnecessárias nas parturientes.

Como visto, o Direito Penal não pode perseguir todo e qualquer tipo de comportamento, mas apenas aqueles que as outras áreas do Direito não foram capazes de frear ou de conter da maneira devida, já que é a *ultima ratio*. Além disso, enquanto não há tal criminalização ou mesmo uma maneira de fazer com que os profissionais de saúde parem de agir de modo anti-ético, pode-se verificar o enquadramento de algumas condutas dentro dos artigos do Código Penal, para que isso passe a ser analisado nessa seara.

Ainda é cedo para falar no extermínio da violência obstétrica, mas duas alternativas foram apresentadas e, se adotadas, acompanhadas de uma correta aplicação, podem, ao menos, reduzir o grande número de mulheres que passam por esse tipo de situação no momento mais esperado de sua gestação: o nascimento de seu bebê. O plano de parto e a humanização do parto são maneiras de proteger, além de trazer segurança às parturientes, garantindo que a figura central não seja o médico, mas, sim, a mulher, assegurando sua autonomia e seus desejos.

Por fim, só se vence um problema enfrentando-o, discutindo-o e buscando maneiras de solucioná-lo. É exatamente por isso que a violência obstétrica precisa ser tema de conversas no cenário político, social, científico, acadêmico, na educação básica, no ambiente de trabalho e nos lares, durante a instrução de crianças e adolescentes. Dessa forma, esse conhecimento pode ser disseminado com o intuito de eliminar esse tipo de violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Melissa. **O toque vaginal como um procedimento impulsivo e o seu significado para as parturientes**. 2021. 107 f. Relatório de estágio – Pós-Graduação em Enfermagem de Saúde Materna e Obstétrica, Escola Superior de Enfermagem do Porto, Porto, Portugal, 2020. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/36034/1/Relatorio%20de%20Est%c3%a1gio_Melissa%20Almeida.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

ANDRADE, Carolina; PIMENTEL, Thais. Brasil não tem lei federal que trate de violência obstétrica ou parto humanizado; maioria dos estados tem legislação sobre tema. **G1**, Belo Horizonte (MG). Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/07/17/brasil-nao-tem-lei-federal-que-trate-de-violencia-obstetrica-ou-parto-humanizado-maioria-dos-estados-tem-legislacao-sobre-tema.ghtml#estados>>. Acesso em: 1 nov. 2023.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, França, (1789). Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 422/2023 (Projeto de Lei)**. Dispõe sobre a violência obstétrica, e sobre o dever dos diversos Poderes dos entes da Federação de promover políticas públicas integradas para a sua prevenção e repressão, alterando a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2348308&fichaAmigavel=não>>. Acesso em: 1 nov. 2023.

CARVALHO, Laetitia Cristina. **Os efeitos da Manobra de Kristeller no segundo período de trabalho de parto**. 2014. 92 f. Tese de mestrado. Pós-Graduação em Enfermagem de Saúde Materna e Obstétrica, Escola Superior de Enfermagem do Porto, Porto, Portugal 2014.

CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SANTA CATARINA (COREN/SC). **Manobra de Kristeller**. 2016. Disponível em: <<https://www.corensc.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer-T%C3%A9cnico-001-2016-CT-Sa%C3%BAde-Mulher-Manobra-de-Kristeller.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2023.

DISTRITO FEDERAL. **Lei n.º 6.144, de 07 de junho de 2018**. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação a mulheres grávidas e paridas sobre a política nacional de atenção obstétrica e neonatal, visando, principalmente, a proteção delas no cuidado da atenção obstétrica no Distrito Federal. Disponível em: <<https://dflegis.df.gov.br/ato.php?p=lei-6144-de-07-de-junho-de-2018>>. Acesso em: 19 out. 2023.

FARIAS, Mariana Maria Pereira Cintra *et al.* Análise da violência obstétrica pela mulher: vivência e reconhecimento de procedimentos obstétricos associados. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 2, p. 18425-18437, 2021. Disponível em: <<https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/25122>>. Acesso em: 27 set. 2023.

FREITAS, M. T. de *et al.* Os limites entre a episiotomia de rotina e a violência obstétrica. **Revista Eletrônica Acervo Científico**, v. 13, p. 4696, outubro 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.25248/reac.e4696.2020>>. Acesso em: 12 out. 2023.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos espaços público e privado**. 2010. Disponível em: <https://apublica.org/wpcontent/uploads/2013/03/www.fpa_org_br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf>. Acesso em: 27 set. 2023.

GOIÁS. **Lei n.º 19.790, de 24 de Julho de 2017**. Institui a Política Estadual de Prevenção à Violência Obstétrica no Estado de Goiás. Disponível em: <<https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/99105/pdf>>. Acesso em: 19 out. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: artigos 1º a 120 do código penal. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>>. Acesso em: 13 out. 2023.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 313, 1981.

LEAL, Maria do Carmo *et al.* Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual. **Cadernos de saúde pública**, v. 30, p. S17-S32, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/gydTTxDCwvmPqTw9gTWF-gGd/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 12 out. 2023.

_____; GAMA, Silvana Granado Nogueira da. **Nascer no Brasil**: inquérito nacional sobre parto e nascimento. Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz, 2012. Disponível em: <https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br/?us_portfolio=nascer-no-brasil>. Acesso em 10 out. 2023.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120. Editora Método, São Paulo, 2020.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei n.º 5.217, de 26 de junho de 2018**. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e de proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9684_27_06_2018>. Acesso em: 19 out. 2023.

MINAS GERAIS. **Lei n.º 23.175, de 21 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a garantia de atendimento humanizado à gestante, à parturiente e à mulher em situação de abortamento, para prevenção da violência na assistência obstétrica no Estado. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/23175/2018/>>. Acesso em: 19 out. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Programa Humanização do Parto**: Humanização no Pré-natal e nascimento. Brasília (DF): Ministério da Saúde; 2002. Disponível em: <<https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2023.

MORAES, Amanda Caroline Martins Machado de *et al.* Parto e ocitocina: a violência obstétrica caracterizada pela imprudência. **Revista Remecs-Revista Multidisciplinar de Estudos Científicos em Saúde**, v. 7, n. 12, p. 11-20, 2022. Disponível em: <<http://www.revistaremece.com.br/index.php/remecs/article/view/811/809>>. Acesso em: 10 out. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial: Arts. 121 a 212 do Código Penal. v. 2. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647217. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647217/>>. Acesso em: 18 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Assistência ao Parto Normal**: um guia prático. Genebra: OMS, 1996. 54 p. Acesso em: 5 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Violência contra as mulheres**. Nov, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>. Acesso em: 12 set. 2023.

PARANÁ. **Lei n.º 19.701, de 20 de novembro de 2018**. Dispõe sobre a violência obstétrica, sobre direitos da gestante e da parturiente e revoga a Lei n.º 19.207, de 1º de novembro de 2017, que trata da implantação de medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica. Disponível em: <http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=51636&tipo=L&tlei=0>. Acesso em: 19 out. 2023.

RODRIGUES, Rodrigo. 'Olha aqui, toda arreventada': influencer Shantal diz que foi vítima de violência obstétrica de médico durante parto em SP. **G1**, São Paulo, 12 de dez. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/saopaulo/noticia/2021/12/12/olha-aqui-toda-arreventada-influencer-shantal-diz-que-foi-vitima-de-violencia-obstetrica-de-medico-durante-parto-em-sp.ghtml>>. Acesso em: 18 out. 2023.

RONDÔNIA. **Lei ordinária n.º 4.173, de 09 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica, no estado de Rondônia. Disponível em: <<https://sapl.al.ro.leg.br/norma/8159>>. Acesso em: 19 out. 2023.

SANTA CATARINA. **Lei Estadual n.º 18.322, de 5 de janeiro de 2022**. Consolida as Leis que dispõem sobre Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2022/18322_2022_lei.html>. Acesso em: 19 out. 2023.

SANTOS, Lara Kretli dos. **Violência obstétrica e a responsabilidade penal do profissional de saúde**: análise da necessidade de tipificação criminal e do Projeto de Lei n.º 2.082/2022. 2023. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/36509>>. Acesso em: 14 out. 2023.

SANTOS, Rafaela Ayanne Alves dos; MELO, Mônica Cecília Pimentel de; CRUZ, Daniel Dias. Trajetória de humanização do parto no Brasil a partir de uma revisão integrativa de literatura.

Cadernos de Cultura e Ciência, v. 13, n. 2, p. 76-89, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/cadernos/article/view/838>>. Acesso em: 12 dez. 2023.

SÃO PAULO. **Lei n.º 17.907 de 11 de janeiro de 2023**. Dispõe sobre a realização da Semana de Conscientização sobre a Violência Obstétrica no Município de São Paulo, e dá outras providências. Disponível em: <<https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17907-de-11-de-janeiro-de-2023/consolidado>>. Acesso em: 19 out. 2023.

SENADO FEDERAL. **Violência Obstétrica: “Parirás com dor”**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/sscepi/doc%20vcm%20367.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2023.

SILVA, Wanessa Nathally de Santana. **Plano de parto como instrumento das boas práticas no parto e nascimento: revisão integrativa**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/29275/1/SILVA%2c%20Wanessa%20Nathally%20de%20Santana.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2023.

TOCANTINS. **Lei n.º 3.385, de 27 de julho de 2018**. Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Disponível em: <https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3385-2018_53238.PDF>. Acesso em: 19 out. 2023.

VENTURINI, Gustavo *et al.* **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: uma década de mudanças na opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Edições Sesc, 2010. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf>. Acesso em: 5 set. 2023.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho; URIBE, Magaly Calderón; NADAL, Ana Hertzog Ramos de; HABIGZANG, Luísa Fernanda. Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. **Psicologia & Sociedade**, v. 29, p. 1-11, 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/psoc/a/J7CMV7LK79LJTnX9gFyWHNN/#>>. Acesso em: 6 dez. 2023.

A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ESCALONAMENTO DE PUNIÇÕES: UM PANORAMA MEDIANTE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

THE NEW ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW AND SCHEDULE OF PUNISHMENTS: AN OVERVIEW THROUGH INTERCURRENT PRESCRIPTION

Ismael Alves Martins

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Goiás (UEG).

Yasmim Ramos de Oliveira

Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: Embora a Lei de improbidade administrativa verse sob o prisma dogmático do direito administrativo, é importante mencionar as suas características centralizadas no direito penal, de modo categórico ao que se refere ao instituto da prescrição. A nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei n.º 14.230/2021 – traz consigo um inovador mecanismo de escalonamento para punições, sendo exposta no artigo uma análise sintética acerca das alterações da nova Lei e as suas reais contribuições e/ou consequências, tanto para a Administração Pública quanto para a sociedade. Por meio de um panorama subsidiado pela Constituição Federal de 1988, será possível um melhor entendimento do panorama paradigmático da prescrição intercorrente e a sua garantia para égide do devido processo legal. Sendo assim, utiliza-se do método de revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial, a fim de que o objetivo central seja alcançado.

Palavras-chave: Atos ímprobos. Prescrição intercorrente. Direito administrativo sancionador.

Abstract: *Although the Law of administrative improbity is seen under the dogmatic prism of administrative law, it is important to mention its characteristics centered on criminal law, in a categorical way with regard to the statute of limitations. The new Administrative Improbity Law – Law n.º 14.230/2021, brings with it a new mechanism of escalation for punishments, being exposed in the article a synthetic analysis about the changes of the new Law and its real contributions and/or consequences for the public administration and society. Through a panorama subsidized by the Federal Constitution of 1988, it will be possible to have a better understanding of the paradigmatic panorama of the intercurrent prescription and its guarantee for the aegis of due process of law. For that, it uses the method of bibliographic, documentary and jurisprudential review in order to achieve the central objective.*

Keywords: *Unrighteous acts. Intercurrent prescription. Sanctioning administrative law.*

Sumário: 1 Introdução – 2 As principais alterações na Lei n.º 14.230/21 de Improbidade Administrativa – 3 Natureza da ação de improbidade administrativa; 3.1 A constatação do direito penal e direito administrativo sancionador nos casos de improbidade administrativa; 3.2 Justiça negocial e a improbidade administrativa; 3.3 Acordo de não persecução cível em atos ímprobos – 4 O regime prescricional e a prescrição intercorrente – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n.º 14.230/21, uma série de normativas foram modificadas e inseridas na Lei de Improbidade Administrativa. Evidentemente, é importante mencionar que

a ação ilícita de improbidade administrativa só ocorre quando praticada por agente público, de forma direta e com presença de pelo menos um particular, acarretando lesão ou prejuízo à Administração Pública. Conforme será abordado durante a presente pesquisa, as alterações originam aspectos materiais no âmbito judiciário, bem como implicações em diversas esferas.

As alterações legislativas se desencadeiam em virtude das considerações do cenário político e social vivenciado no Brasil. Dessa forma, o objetivo central do artigo é informar a sociedade, bem como auxiliar juristas e agentes públicos sobre os atos de improbidade administrativa, sua normatização e a importância de garantias que são imprescindíveis ao devido processo legal.

Nesse aspecto, infere-se a metodologia por revisão bibliográfica, possuindo embasamento jurisprudencial, além do estudo de artigos, legislações e livros. A fim de apresentar uma melhor análise sobre o tema abordado, considerando, portanto, como uma pesquisa exploratória.

Durante todo o artigo, será abordado de forma clara as principais alterações e as implicações acarretadas pela nova lei, subdividindo em tópicos para a melhor compreensão do leitor. No primeiro momento, será demonstrada parcela das alterações, embasadas através de entendimento dogmático doutrinário. Já em um segundo turno, será apresentado a natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, em subtópicos específicos do direito administrativo sancionador e a aplicabilidade da justiça negocial.

Por fim, abordaremos o instituto prescricional com o advento da nova Lei de Improbidade Administrativa e sua possível (ir)retroatividade em casos que já se encontram tramitando judicialmente e nos futuros casos de improbidade que vierem a ser encaminhados ao Poder Judiciário. Nesse ínterim, caminha-se para as considerações finais, onde será feita uma breve abordagem acerca dos pontos positivos e negativos consubstanciados pelas alterações legislativas além de suas implicações no combate aos atos ilícitos que acarretam prejuízos para a Administração Pública.

2 AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É natural a imposição de leis para conduzir, mas também para estabelecer condutas à administração da ordem social e aos seus desdobramentos, fato este que concerne ao direito positivado desde o avanço dos povos civilizatórios, quando, com o tempo, foram atualizando as medidas e proporções para aplicação da justiça. Nesse contexto, a história que acompanhamos se encontra presente também no período contemporâneo, na ocasião em que as mudanças nas legislações são necessárias para se adequar às atualizações socioculturais.

Os argumentos fundamentados para a justificação do Projeto de Lei n.º 14.230/2021 aprovado e sancionado mencionado no parágrafo anterior. A Lei n.º 8.429/92 que regia as normas anteriores “carecia de revisão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais” (Carvalho Jr., 2022, *online*). Enfatiza-se que a antiga Lei n.º 8.429/92 não foi revogada. O que ocorreu foi a sua derrogação por meio da nova lei.

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei n.º 14.230/2021 – tem sido objeto de duras críticas durante seu caráter legislativo, justamente sob o argumento de mudanças que implicariam em alterações nada benéficas à sociedade, *a priori*, ao combate à corrupção (Brasil, 2021).

As alterações contidas na antiga Lei n.º 8.429/92 estão ligadas ao agente público e ao particular, sendo pautados o dolo, a culpa, o caráter prescricional, a extinção de atos que configuram improbidade e o escalonamento de punições (Brasil, 1992). Assim, emerge na seara jurídica divergentes posicionamentos e opiniões antagônicas das alterações de condutas que

eram consideradas ímprobas, entre esses debates as sanções que passam a ser majoradas com a nova legislação.

Na visão de Pinheiro e Ziesemer, ocorre um retrocesso normativo na tutela efetiva da probidade administrativa, além de uma “injustificável blindagem a pessoas jurídicas beneficiárias dos atos de corrupção, uma vez que impossibilita a aplicação das sanções de multa civil e proibição de contratar como Poder Público” (Pinheiro; Ziesemer, 2022). Por meio desse contexto, dessume-se que a nova lei diminui consideravelmente o período de aplicação da proibição em receber benefícios e incentivos de órgãos ou entidades públicas.

No que diz respeito ao rol taxativo, a legislação anterior caracterizou que seria considerado improbidade administrativa qualquer ato praticado de ação ou omissão capaz de violar os princípios administrativos, enquanto a nova lei normatizada denomina as condutas que são caracterizadas como ato de improbidade. Nesse sentido, não é viável a aplicação de analogia, restando e sendo configurado o tipificado na Lei n.º 14.230/2021. Observa-se abaixo o entendimento doutrinário:

Precisa ter-se em conta que a tutela efetiva da probidade administrativa é decorrência lógica da ordem jurídico-constitucional de toda e qualquer República. E quem pratica atos dessa natureza precisa ser responsabilizado, nunca imunizado como pretendeu o legislador. Não há dúvida, portanto, que a expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas” viola diretamente os princípios republicanos, da responsabilidade e da proporcionalidade (Pinheiro; Ziesemer, 2022, p. 55).

Perceptível, pois, que algumas condutas, a exemplo do agir negligente e a falta de zelo do agente com a *res publica* deixaram de caracterizar ato ímprobo, configurando-se apenas em caso comprobatório de que o agente agiu de má-fé, e sobretudo, poderá responder por crime de improbidade, conforme estabelece o artigo primeiro da Lei n.º 14.230/2021. Nesse sentido, menciona outro doutrinador que “os padrões éticos, a eficiência administrativa e o controle da gestão pública são características indissociáveis da gestão pública pós moderna” (Neves; Oliveira, 2020, p. 3).

Destarte, outra modificação na normativa que gerou extrema indagação social é o que concerne à extinção da modalidade culposa de improbidade administrativa. Na legislação anterior era possível pela conduta negligente, imprudente ou imperita, conforme mencionado anteriormente.

Dessa forma, por meio do entendimento da nova legislação, será necessário, na prolação da sentença condenatória, a demonstração e/ou fundamentação do dolo específico para atingir a finalidade de aproveitamento ilícito. Nesse contexto, cabe o ato ímprobo apenas quando configurado o dolo específico do agente, conforme determinado nos artigos 1º, § 1º, 2º, 3º e o artigo 17-C, inciso I da Lei de Improbidade Administrativa.

Diante do exposto, deduz-se que a nova lei atingirá apenas o agente desonesto e não aquele que é inábil e deixa de exercer suas funções à frente da Administração Pública. Entretanto, as jurisprudências e entendimentos têm demonstrado que a absolvição do agente que agiu sem dolo não é elemento de impunidade*.

3 NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A ação de improbidade em sentido amplo pode ser considerada como interesse público, justamente por se tratar de um possível ato do agente público e/ou particular diante da coletividade. Por causa da Administração Pública ser formada por alguns princípios norteadores da moralidade administrativa, deve-se asseverar seus desvios, com consequências patrimoniais

*TJSP; Apelação Cível 0001531-22.2015.8.26.0059; relator(a): Sílvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Bananal – Vara Única; Data do Julgamento: 25/11/2021.

da moralidade administrativa, deve-se asseverar seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público (Macedo, 2015, p. 256).

Por se tratar de um direito difuso, juntamente com a coletividade, cabe ao Ministério Público demandar em juízo a ação através de uma garantia processual coletiva, conforme expresso no texto Constitucional^{*}, que garante a abertura de inquérito civil público e desta as ações poderão ser tuteladas mediante Ação Civil Pública (Brasil, 1988).

Se demonstrará no prosseguimento deste tópico pensamentos divergentes quanto a qual matéria do Direito Processual deve ser enquadrada aos atos de improbidade administrativa. De início, existem dois posicionamentos que garantem (i) se tratar de natureza cível; e/ou (ii) da esfera penal. Não obstante, o tema é bastante hodierno e foi debatido no Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a (ir)retroatividade dos atos ímprobos em Agravo em Recurso Extraordinário n.º 843.989^{**}.

O entendimento foi de que não seria possível nenhum tipo de irretroatividade, nem para ações em curso, nem para prescrição. “Essa corrente entende que a retroatividade só se aplica para casos penais, conforme a Constituição e que a lei de improbidade tinha natureza cível” (Maia; Carneiro, 2022, *online*).

Desse modo, podemos perceber que ocorre uma divergência nos posicionamentos dos Ministros do STF, bem como nos inúmeros juizados espalhados pelo Brasil.

Conforme depreende-se dos votos do Agravo em Recurso Extraordinário, para o Ministro Gilmar Mendes:

Os atos de improbidade não se esgotam no âmbito do direito civil. Ele defende que o direito administrativo também é sancionador. “Ação de improbidade não se presta a evitar ilícitos, mas a puni-los (não para recompor o patrimônio público, mas para punir o acusado). Assim, é difícil às vezes separar os ilícitos penais dos atos de improbidade” (Maia; Carneiro *apud* Mendes, 2022, *online*).

Seguindo o mesmo entendimento, o Ministro Lewandowski votou, elucidando que a Lei de Improbidade consagra sua proximidade com o Direito Penal.

Não constitui ação civil, e a própria lei administrativa diz que é sancionatória. Assim, deve ser preservado o princípio da lei mais benéfica. E deve ser aplicada a quem foi processado por improbidade administrativa, como ocorre com a lei penal, disse Lewandowski durante o voto (Maia; Carneiro *apud* Lewandowski, 2022, *online*).

Para tanto, ambas as correntes se correlacionam com a matéria da ação de improbidade administrativa, devendo ser feita uma análise para averiguar qual vertente dogmática jurisprudencial se adequa ao caso concreto. Destaca-se as teses aprovadas no Agravo em Recurso Extraordinário n.º 843.989^{***}:

É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – dolo; A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é irretro-

*Constituição Federal 1988, artigo 129, III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

**O relator, Ministro Alexandre de Moraes, votou pela irretroatividade parcial nos processos em curso na modalidade culposa, que não existe mais na nova lei. Assim, a lei não retroage apenas para aplicação no caso de decisões definitivas e processos em fase de execução das penas. Em outras fases processuais, seria possível (Maia; Carneiro, 2022, *online*).

***O caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral trata de uma ação proposta pelo INSS contra uma servidora do órgão, acusada por conduta negligente na atuação em processos judiciais. O INSS consternado com tal negligência ajuizou ação requerendo o ressarcimento de R\$ 391 mil reais pela servidora. Ocorre que a ação foi ajuizada antes das alterações feitas pela Lei n.º 14.230/2021, no entanto a defesa da servidora recorreu ao STF e argumentou ser aplicável o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da ação de ressarcimento ao erário. A maioria dos votos foi pela procedência do recurso, porém pela prescrição da ação.

ativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada, nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; A nova lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos, praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente. O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei (Maia; Carneiro, 2022, *online*).

3.1 A CONSTATAÇÃO DO DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Embora a improbidade administrativa esteja apenas inserida no Direito Administrativo, é necessário ressaltar que, tratando-se de matéria sancionadora, possui princípios, sanções e garantias que são imprescindíveis no Direito Penal. Dessa maneira, o ato ímprobo pode ter abrangência nas esferas civil, penal e administrativa. A similitude do Direito Administrativo com o Direito Penal faz com que alguns institutos penais sejam aplicados aos atos de improbidade. Um exemplo desse caso é a retroatividade da lei mais benéfica ao réu.

Nesse sentido, tratando-se da seara de improbidade administrativa, leciona o doutrinador Fábio Medina Osório que o “direito punitivo, principalmente de direito administrativo sancionador, é possível invocar, de modo análogo, o direito penal e o processo penal”, principalmente em relação à aplicação das garantias consagradas no Direito Penal às ações de improbidade administrativa. Esta é a complementação dessa tese:

O direito penal tem sido a melhor referência histórica para o balizamento e limitação do poder punitivo estatal, inclusive quando é este último exercido por autoridades administrativas ou por autoridades judiciárias na prática de poderes jurisdicionais de imposição de sanções administrativas. Não se trata de reduzir as fontes do direito administrativo sancionador ao direito penal, como se este ostentasse alguma espécie de superioridade normativa. Trata-se apenas de perceber a superioridade teórica da dogmática penal, que pode e deve servir inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo, eis que ambas constituem projeções do direito punitivo público, carecendo de limites e contornos básicos comuns. Nesse contexto é que as sanções aos atos de improbidade administrativa são irretroativas, tanto quanto os tipos sancionadores, na medida em que o conceito de sanção atrai essa proximidade dogmática entre as esferas penal e não penal de cunho punitivo (Osório, 2013, p. 203).

De acordo com o lecionado por Mauro Roberto Campos de Mattos, considera-se que “o sistema da Improbidade Administrativa adotou expressamente os princípios do Direito Administrativo Sancionador como uma forma de limitar o poder persecutório estatal, conferindo mais garantias aos acusados” (Mattos, 2022, *online*). Nesse ínterim, o Direito Administrativo Sancionador atua como limitador do direito punitivo, cujos princípios baseiam-se no devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da proporcionalidade e da motivação.

3.2 JUSTIÇA NEGOCIAL E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A justiça negocial tem se tornado um grande instituto para a efetivação do direito por métodos alternativos e que proporcionam uma célere decisão sobre casos, bem como uma rápida resposta à sociedade sobre a atuação do judiciário. Da mesma forma, favorece a todas as partes processuais para que o objeto da lide ou, nos termos jurídicos, o mérito da ação ou parte dos requerimentos sejam cumpridos pela parte ré.

Necessário mencionar que este instituto também tem sua atuação nos dois ramos do Direito Processual, tanto cível como penal. Havendo a possibilidade de um Acordo de Não Persecução Cível e/ou Penal, dependendo apenas que o réu esteja enquadrado nos requisitos estabelecidos para que seja feito o acordo, conforme será aprofundado mais à frente neste tópico.

Outro fator que poderia nortear a justiça negocial e a improbidade administrativa concerne na possibilidade jurídica da utilização de acordo de colaboração premiada. Não obstante, vê-se que as leis anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa fazem parte do mesmo microsistema. Nesse sentido, leciona o doutrinador que os atos ímprobos por parte da Administração Pública podem ser penalmente típicos na interpretação entre os dois regimes sancionatórios, permitindo uma interpretação mais abrangente da norma (Didier Júnior; Bonfim, 2017, p. 105-107).

Entretanto, o setor doutrinário diverge quanto à aplicabilidade da colaboração nessa seara, justamente pela dissonância em decidir se a matéria trata do direito cível e/ou criminal. Uma interpretação restritiva do cabimento dos acordos de colaboração apenas na área penal ocasionará uma situação desarmônica.

Apesar dos distintos posicionamentos, entende serem respeitados os limites legais, “não há óbice à utilização do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade” (Sifuentes, 2021, *online*). Segue a autora dizendo que se trata de uma ferramenta a qual se mostrou útil na elucidação de crimes e ilícitos praticados contra a Administração Pública. Portanto, restou concluído o quanto o combate à corrupção é uma das finalidades das Ações Civis Públicas por ato de improbidade administrativa.

3.3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM ATOS ÍMPROBOS

Conforme depreendeu-se no tópico anterior, os mecanismos da justiça negocial nos casos de improbidade administrativa são fundamentais para uma rápida resposta e solidificação. Porém, é necessário aduzir a respeito do Acordo de Não Persecução Cível que é um “instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público” (Paula; Faria, 2020, p. 83). Esse método de justiça negocial tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração, quando celebrado no âmbito do *parquet*.

Por outros termos, o Acordo de Não Persecução Civil está integralmente conectado ao conceito de autocomposição no ramo da improbidade administrativa, com o intuito primordial de impor punições ao agente ímprobo, pois caracteriza um modo despropositado do ajuizamento ou o seguimento da ação eventualmente proposta. Conquanto, o principal objetivo do Acordo de Não Persecução Cível é impedir o *deslinde* de uma Ação Civil Pública, na qual se requer a condenação do agente pelo ato de improbidade administrativa. Tal aquiescência estabelece condições para aplicação de sanções à pessoa física e/ou jurídica responsável pelos atos de improbidade administrativa (De Sá, 2020, *online*).

Outro ponto que deve-se levar em consideração são as circunstâncias e proporções do impacto referente ao ato de improbidade na esfera social, bem como ao que concerne à personalidade do agente. Esse mecanismo consensual avaliará todos estes quesitos, para averiguar, filtrar e aplicar a celeridade processual em casos que se enquadram na vontade das partes, sendo necessário ressaltar a que ponto o ente ministerial legitimado a promover o ajuste de não persecução civil não está obrigado a propô-lo, bem como a possível obrigatoriedade ou determinação do agente imputado a concordar com os termos.

Necessário aduzir que o artigo 17-B da Lei de Improbidade Administrativa determinará que, para ser celebrado o Acordo de Não Persecução Civil, o indivíduo deve cumprir requisitos, a primeiro turno o ressarcimento integral do dano causado à Administração Pública, a segundo

turno trata-se da reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem obtida.

Ressalta-se o Acordo de Não Persecução Civil e sua aplicabilidade como modelo consensual da justiça e esboça um novo passo do Direito Administrativo sancionador, enraizado por sua consensualidade da Administração Pública para resolução e efetividade da norma jurídica. As exigências para a celebração deste modelo se ajustam pela ação conjunta de três pressupostos que fazem parte da seletividade de congruência do patrimônio público.

Desse modo, apenas ocorrerá celebração do Acordo de Não Persecução Civil se estiverem presentes os seguintes requisitos, vejamos: “(i) confissão da prática do ato de improbidade administrativa; (ii) compromisso de reparação integral do dano eventualmente sofrido pelo erário; (iii) compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada [...]” (Andrade, 2020, *online*). Ainda, segue o ensinamento doutrinário dogmatizando sobre os valores que representam vantagem ou proveito direto ou indireto acometido pela prática infracional, bem como sobre a aplicação de uma ou algumas sanções determinadas por meio do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa*.

Ocasionalmente, as sanções aplicadas podem variar de acordo com a gravidade do ato lesivo à Administração Pública, mesmo com a aplicabilidade dos parâmetros da justiça negocial. Se não houver Acordo de Não Persecução Civil, ocorrerá a abertura de uma Ação Civil Pública, onde, em caso de condenação, as punições serão atribuídas assim como no processo penal, e apenas depois transitado e julgado. Entretanto, aborda-se em tópico abaixo algumas garantias indispensáveis no trâmite das ações por ato ímprobo. Sendo indispensável, portanto, a oitiva do ente prejudicado, a aprovação do Ministério Público e a homologação de acordo judicial, demonstrando-se o comprometimento em cumprir com o termo de acordo ajustado.

4 O REGIME PRESCRICIONAL E A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O instituto prescricional é o responsável pela segurança jurídica, evitando possíveis arbitrariedades, pois, em consonância com o Direito Penal, a pretensão punitiva deve ser submetida a limites temporais, conforme dogmatizado (Osório, 2020, p. 14). Além disso, apresenta-se como uma garantia individual com transcendência social, em razão das relações sociais necessitarem de uma segurança jurídica.

Nesse teor, contempla-se que, com a nova Lei de Improbidade Administrativa, um novo modelo de escalonamento punitivo e prescricional fora introduzido, tanto no que concerne ao direito de ação quanto na forma intercorrente. Importante frisar que, com a promulgação da nova Lei n.º 14.230/2021, esse escalonamento e os prazos para iniciar ou prescrever a ação se normatizou de forma mais benéfica ao acusado.

De acordo com Fábio Medina Osório (2020, p. 14), essa nova norma deve incidir retroativamente, pois afeta diretamente a pretensão punitiva do Estado, conforme demonstra abaixo a alteração no prazo prescricional:

Destaca-se, assim, que a nova Lei de improbidade administrativa (Lei 14.230/21) alterou o prazo prescricional das ações por improbidade, prevendo a prescrição em 08 (oito anos), conforme artigo 23 da Lei 8.429/929, estabelecendo, ainda, as causas de suspensão e de interrupção do lapso prescricional. [...] Prevê a prescrição inter-

*Lei n.º 14.230/2021, artigo 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...]

§ 1º A sanção de perda da função pública, nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* deste artigo, atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.

§ 2º A multa pode ser aumentada até o dobro, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, o valor calculado na forma dos incisos I, II e III do *caput* deste artigo é ineficaz para reprovação e prevenção do ato de improbidade. [...] (BRASIL, 2021, *online*).

corrente, cujo prazo é de quatro anos (artigo 23, § 5º, da Lei 8.429/9213) e que deverá ser decretada de ofício ou a requerimento das partes, em contraditório (artigo 23, § 6º, da Lei 8.429/9214) (Rocha, 2022, *online*).

Depreende-se do entendimento doutrinário que o regime prescricional da pretensão sancionadora do Estado por atos de improbidade administrativa instituiu a hipótese da prescrição intercorrente, nos termos do artigo 23 da Lei Geral de Improbidade Administrativa (Osório, 2021, *online*). Assim, fora demonstrado a caracterização legislativa da prescrição, por se tratar de matéria do Direito Administrativo sancionador.

Conquanto, em matéria de improbidade o princípio da razoável duração do processo dialoga com a improbidade administrativa, tutelando o direito fundamental do réu de ter seu processo sancionador julgado em prazo razoável, ressaltando a importância de um instituto prescricional de modo que as regras processuais sejam respeitadas de forma compatível com as liberdades públicas e particulares da parte envolvida (Mudrovitsch; Nóbrega, 2022, p. 385).

De maneira oposta, considera-se o “período de quatro anos escolhido pelo legislador como inconstitucional, por violação ao princípio da proporcionalidade”, uma vez que dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstram que a tramitação das ações entre os marcos é superior a quatro anos (Pinheiro; Ziesemer, 2022).

Ademais, a correlação prescricional intercorrente não segue os mesmos caminhos da normativa prescricional principal, por não depender de um comportamento atribuído necessariamente ao polo ativo da ação. Independente da omissão do acusador ou demora em ajuizar a demanda “a modalidade intercorrente está ligada ao retardamento na prestação jurisdicional, ou seja, ao mero transcurso do prazo durante a tramitação do processo” (Koehler, 2022, *online*), sendo irrelevante que a conduta da parte autora tenha contribuído ou não para a demora.

Outro contexto que merece guarida consiste na aplicabilidade do regime prescricional ao agente público e ao particular. Nesse aspecto, colaciona-se ao presente artigo o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, expresso na Súmula 634/STJ.

Nesse norte, mesmo quando a ação envolve o particular, aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público. Nesse contexto, contempla-se que se trata de um instituto indissociável para que garantias sejam alcançadas ainda nos procedimentos processuais que envolvam os atos de improbidade administrativa.

O presente tema abordado nesse tópico tornou-se mais presente com a promulgação da Lei n.º 14.230/2021 (Brasil, 2021), pois aplicou alterações em penas, as quais beneficiam acusados, o que abre caminho para discussões sobre possíveis aplicações de normas já impostas, por meio do Direito Administrativo sancionador e das leis constitucionais e penais, a título de exemplo o princípio da retroatividade da *novatio legis in melius*.

Diante disso, por caráter análogo, menciona-se novamente a alteração da extinção da forma culposa para os crimes de improbidade administrativa, prevista, anteriormente, no art. 10, passando a exigir a conduta dolosa pelo autor da prática do ato de improbidade, segundo determina Oliveira (2022), tratando-se, evidentemente, da lei mais benéfica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o presente artigo, demonstrou-se as modificações decorrentes da presente Lei n.º 14.230/2021. Tais alterações, que ensejaram polêmicas e posicionamentos divergentes durante o processo legislativo e após a sua promulgação, têm gerado entendimentos e atingindo proporções constantes no cenário político social.

Assim, constatou-se divergência até mesmo na natureza jurídica da improbidade administrativa, se a devida aplicação se baseia nas determinações cíveis ou penais.

Nesse contexto, apresentou-se até mesmo o desentendimento discricionário na Supre-

ma Corte referente à aplicabilidade do Direito Administrativo sancionador e/ou atribuição da matéria civil ou penal, bem como da (ir)retroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa.

Outro ponto aprofundado no artigo concerne às alterações trazidas pela Lei n.º 14.230/2021 gerando debates referentes ao novo escalonamento para punições e aplicabilidade do prazo prescricional ensejar maior impunidade ao que tange à aplicabilidade do *jus puniendi* estatal aos acusados por improbidade administrativa.

O estudo realizado destaca a importância do Direito Administrativo sancionador através da nova Lei de Improbidade Administrativa no intuito de garantir a segurança necessária às partes processuais.

Mesmo diante de questionamentos de “garantidores de impunidade”, as garantias processuais são imprescindíveis pelo paradigma constitucional e penal. Conquanto, extrai-se da pesquisa o quanto a nova Lei de Improbidade Administrativa proporcionou às partes uma melhor interpretação das garantias e do exame prescricional, e sua aplicabilidade proporcionará um fluxo à jurisdição do Poder Judiciário.

Por todo exposto, as normas práticas de justiça negocial no âmbito cível e penal proporcionam uma solução eficaz aos casos de improbidade, além de uma resposta de devolução de possíveis valores desviados do erário público de modo mais célere e contundente. Emerge significativamente o avanço legislativo em proporcionar às partes processuais mecanismos de solidificação de atividades que afetam a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não persecução cível**: primeiras reflexões. GEN Jurídico. 05 mar. 2020. Disponível em: <genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-naopersecucao-civel>. Acesso em: 7 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 14.230/2021, de 25 de outubro de 2021**. dispõe sobre Improbidade Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Diário da União, 2021.

CARVALHO JR, Roberto Camilo de, *et al.* **Alterações na Lei de Improbidade Administrativa Lei n.º 8.429/1992 (Lei n.º 14.230/2021)**. Centro de Apoio ao Direito Público. 2ª ed. São Paulo, 2023.

DE SÁ, Acácia Regina Soares. O acordo de não-persecução civil na ação de improbidade administrativa. **Portal TJDFT**, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursose-entrevistas/artigos/2020/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao-de-improbidadeadministrativa>>. Acesso em: 7 dez. 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A&C. **Revista de Dir. Adm. Const.** Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

KOEHLER, Frederico. **Suspensão da prescrição intercorrente na nova Lei de Improbidade Administrativa**. 13 de setembro de 2022, *online*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/09/13/suspensao-da-prescricaointercorrente-na-nova-lei-de-improbidade-administrativa/>>. Acesso em: 7 de dez. de 2023.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. As três ações coletivas previstas na Lei n.º 8.429/92: algumas breves anotações. In: MACEDO, Marcus Paulo Queiroz, MARTELETO FILHO, Wagner Marteleto (org.). **Temas avançados do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAIA, Flávia; CARNEIRO, Luiz Orlando. STF: Lei de Improbidade não deve retroagir salvo para processos em curso. **JOTA**, 2022, *online*. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-lei-de-improbidade-nao-deve-retroagir-salvopara-processos-em-curso-18082022>>. Acesso em: 8 de dez. de 2023.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Aplicação retroativa da Lei n.º 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei n.º 8.429/92) e demais normas de Direito Administrativo Sancionador. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6697, 1 nov. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/94514>>. Acesso em: 8 de dez. de 2023.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de improbidade administrativa comentada**: de acordo com a reforma pela Lei n.º 14.230/2021. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 385.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa**: direito material e processual. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. A prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa: efeitos retroativos. **Conjur**, 05 de novembro de 2021, *online*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-05/fabio-osorio-prescricao-lia-efeitos-retroativos>>. Acesso em: 7 de dez. de 2023.

PAULA, Ana Paula Guimarães de; FARIA, Luísa Campos. Acordos de não persecução cível: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, CF, n. 14, p. 83, jul/dez. 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira, ZIESEMER Henrique da Rosa. **Nova Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Leme-SP, Mizuno, 2022.

ROCHA, Mayara Bueno Barretti. A prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa. **Portal Migalhas**, 14 de julho de 2022, *online*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/amp/depeso/369733/a-prescricao-intercorrente-nas-acoedes-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 17 de dez. de 2023.

SIFUENTES, Mônica. A colaboração premiada na ação de improbidade administrativa. **Conjur**, 14 de abril de 2021, *online*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-14/sifuentes-colaboracao-premiada-acaoimprobidade>>. Acesso em: 17 de dez. de 2023.

RETROATIVIDADE BENÉFICA DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DO DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ARE 843989

BENEFICIAL RETROACTIVITY OF THE NEW MISCONDUCT IN PUBLIC OFFICE ACT: A CRITICAL ANALYSIS BASED ON THE SUPREME FEDERAL COURT'S DECISION IN ARE 843989

Filipe Camponez Brambilla

Especialista em Gestão Pública pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogado com atuação na área de Direito Administrativo e Projetos Governamentais.

Raquel Nascimento de Araújo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Resumo: A presente pesquisa analisa a possibilidade de retroatividade benéfica das disposições da “Nova Lei de Improbidade Administrativa” (Lei Federal n.º 14.231/2021), tomando por base a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843989. São objetivos desta pesquisa: analisar os principais fundamentos da retroatividade benéfica e sua relação com o Direito Administrativo sancionador; identificar as principais inovações abarcadas pela Nova Lei de Improbidade Administrativa e sua relação com a retroatividade benéfica; e examinar o conteúdo do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843989, tomando por base uma leitura crítica da decisão, em face de demais fontes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. O resultado demonstra que o Supremo Tribunal Federal rompeu com a sua jurisprudência e com preceitos já consolidados de Direito Administrativo sancionador, conferindo abertura, em efeito prospectivo, para um rearranjo do sistema punitivo estatal no Brasil, especialmente no âmbito do Direito Administrativo sancionador.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Retroatividade. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This research analyzes the possibility of beneficial retroactivity of the provisions of the "New Misconduct in Public Office Act" (Federal Law No. 14,231/2021), based on the decision of the Brazilian Supreme Court in the records of the Bill of Review in Extraordinary Appeal No. 843989. The objectives of this research are to analyze the main fundamentals of the beneficial retroactivity and its relationship with sanctioning administrative law; identify the main innovations covered by the New Misconduct in Public Office Act and its relationship with the beneficial retroactivity; and examine the content of the Bill of Review in Extraordinary Appeal No. 843989, based on a critical analysis of the decision in relation to other jurists and courts opinions to the subject. The result shows that the Brazilian Supreme Court has overruled its precedents and the common use of consolidated principles of the sanctioning administrative law, conferring, in prospective effect, an opening for a rearrangement of the state punitive system in Brazil, especially in the field of sanctioning administrative law.

Keywords: Misconduct in Public Office. Retroactivity. Federal Supreme Court.

Sumário: 1 Introdução – 2 Retroatividade benigna e os limites de proteção constitucional; 2.1 A retroatividade benigna e sua relação com os fundamentos e princípios do Direito Administrativo Sancionador – 3 Lei de Improbidade Administrativa e as inovações abarcadas pela Lei Federal n.º 14.230/2021 – 4 Os direitos e garantias do acusado no direito penal sob o viés do

administrativo sancionador; 4.1 A retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa de acordo com o Supremo Tribunal Federal; 4.2 Um olhar crítico sobre a decisão paradigmática e seus feitos prospectivos – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica de que as disposições da Lei Federal n.º 14.230, de 26 de outubro de 2021 (“Nova Lei de Improbidade Administrativa”) sejam aplicadas retroativamente, tomando por enfoque uma análise crítica sobre as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 834989, em decisão proferida em 18 de agosto de 2022.

O tema se reveste de relevância e atualidade, porque trata de um caso paradigmático para a fixação do entendimento do Supremo Tribunal Federal – e, conseqüentemente, da jurisprudência pátria – sobre a retroatividade benéfica de normas no âmbito do Direito Administrativo sancionador brasileiro.

Nesta linha, como se pretende demonstrar no decorrer do presente trabalho, a Nova Lei de Improbidade Administrativa ainda suscita divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre as suas disposições. Parte da comunidade jurídica considera incabível que indivíduos condenados sob a égide Lei n.º 8.429/92 (“Lei de Improbidade Administrativa”) sejam absolvidos por força de retroatividade de novas normas. Para outra parcela da doutrina, tal absolvição seria consectário lógico e jurídico do sistema de Direito Administrativo sancionador, não havendo margem para se desautorizar a previsão de lei formal.

O tema da retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa toma contornos práticos à medida em que os tribunais estão sendo provocados a decidir pela reforma de decisões condenatórias por improbidade administrativa já proferidas, por vezes com trânsito em julgado. Deste modo, vale investigar no presente trabalho se a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgado acima mencionado, pode uniformizar um entendimento que delimite os preceitos para aplicação (ou não) de retroatividade de normas benignas no âmbito do sistema de combate à improbidade administrativa.

Ainda, de modo a destacar a relevância e atualidade do presente estudo e os efeitos práticos e sociais da decisão da Suprema Corte brasileira acima referida, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o dito julgado também pode impactar diretamente a percepção pública sobre a impunidade no Brasil. De acordo com o Relatório de Competitividade Global do Fórum Econômico Mundial – *Global Competitiveness Report 2016, World Economic Forum* –, o Brasil possui 35 pontos no *ranking* de transparência e vedação à corrupção, enquanto a nação mais bem colocada, a Dinamarca, possui ao todo 91 pontos (Schwab, 2019, p. 111). Este mesmo relatório apontou, no ano de 2016, que o Brasil ocupava o último lugar no *ranking* global de confiança sobre a classe política (Schwab, 2016, p. 127).

Neste contexto, o problema da presente pesquisa é desvelar se a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgado acima mencionado, assegura e confere estabilidade, segurança jurídica e efetividade do sistema de Direito Administrativo sancionador no Brasil, na perspectiva da improbidade administrativa.

Tem-se como hipótese da presente pesquisa que a decisão do Supremo Tribunal Federal, por suas razões de decidir, rompeu com os fundamentos de Direito Administrativo sancionador já consolidados pela própria Corte e acabou por contradizer preceitos constitucionais aplicáveis ao âmbito do sancionamento extrapenal. Tal decisão merece crítica, sobretudo, por violar o sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado em ações movidas pelo poder punitivo estatal, como se pretende explorar.

Neste contexto, são objetivos desta pesquisa, analisar os principais fundamentos da re-

troatividade benéfica e sua relação com o Direito Administrativo sancionador; identificar as principais inovações abarcadas pela Nova Lei de Improbidade Administrativa e sua relação com a retroatividade benéfica; e examinar o conteúdo do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 834989, tomando por base uma leitura crítica da decisão em face de demais fontes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Para tanto, este trabalho utilizará de método dedutivo, com metodologia baseada em pesquisa documental e consulta da bibliografia aplicada sobre o tema.

Em um primeiro capítulo, serão traçados os conceitos de retroatividade benigna de normas e seus limites constitucionais e, a partir destas bases, serão apresentadas as relações entre a retroatividade benigna e os fundamentos e princípios de Direito Administrativo sancionador.

No segundo capítulo, serão examinadas as principais mudanças abarcadas pela Lei Federal n.º 14.230/2021, para, logo após, serem destacadas as perspectivas doutrinárias sobre a possibilidade de retroatividade benéfica da chamada “Nova Lei de Improbidade Administrativa”.

No último capítulo, pretende-se realizar um exercício de análise crítica e comparativa que identifique, com base no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 834989, quais são os limites e as possibilidades para aplicação de retroatividade benigna da Nova Lei de Improbidade Administrativa.

2 RETROATIVIDADE BENIGNA E OS LIMITES DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A retroatividade representa a “ação ou condição de modificar o que já foi realizado, isto é, conferir efeitos pretéritos aos atos praticados” (Barreto, 2019, p. 1). No âmbito jurídico-normativo, tal condição toma contornos práticos em situações de conflitos de normas (Montoro, 2020, n.p):

A questão da retroatividade ou irretroatividade das leis só aparece quando, para a mesma situação jurídica, existem duas normas incompatíveis: a revogada e a atual. Que significa ‘retroatividade’? Etimologicamente quer dizer ‘atividade para trás’. Juridicamente, dizemos que uma norma retroage quando ela vigora não somente a partir de sua publicação, mas, ainda, regula certas situações jurídicas que vêm do passado.

Via de regra, uma nova lei irá projetar seus efeitos sobre os fatos novos e os fatos pendentes sob regime de lei anterior, respeitado o período de *vacatio legis*. Tal efeito decorre da aplicação do princípio “*lex posterior derogat legi priori*” (isto é, a lei posterior revoga a lei anterior de mesma matéria).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942, ou “LINDB”) afirma, em seu art. 2º, § 1º, que a “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Todavia, essa extensão da aplicação de efeitos de uma nova lei encontra limites constitucionais. Mais precisamente, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, afirma que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em apertada síntese, portanto, ao arremate das disposições da LINDB, é possível compreender direito adquirido como aquele que “contém todos os elementos necessários para a sua constituição de acordo com o direito vigente no momento, chegando, pois a integrar-se no patrimônio do seu titular” (Wald, 1981, p. 124). O ato jurídico perfeito, por sua vez, é aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, na forma do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942). Já a coisa julgada é a qualidade de definitividade do pronunciamento judicial com a sua impossibilidade de modificação – “a decisão judicial de que já não caiba recurso”, nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1942).

Cabe ressaltar, no entanto, que a vigência e os efeitos de uma nova lei não se confundem. Uma lei poderá ser vigente e, ao mesmo tempo, não projetar efeitos sobre um determinado fato, diante dos limites dispostos pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim,

[...] tais fatos continuarão a ser regidos pelos efeitos remanescentes da lei antiga, muito embora revogada. Ou seja, os efeitos da lei revogada ultrapassarão seu marco final de vigência, atuando de maneira ultrativa - isto é, além do período de vigência. Não quer dizer que a lei antiga tenha continuado a vigor, mas sim que os seus efeitos continuaram a reger uma determinada categoria de fatos, projetando-se para um tempo ulterior à sua revogação [...] o que se dá em razão da proteção constitucional (Levada, 2009, p. 46).

O que a retroatividade das normas produz é ultrapassar a regra de extensão de efeitos da nova lei apenas a fatos novos e fatos pendentes sob o regime jurídico anterior. Vai além, uma vez que, pela retroatividade, “a lei age sobre fatos anteriores ao seu advento, ou seja, quando alterar consequência já produzida de acordo com hipótese da lei anterior” (Levada, 2009, p. 46). Para compreensão sobre a correta possibilidade de aplicação deste efeito, faz-se necessário considerar o quadro concreto que motiva a eventual retroação (Montoro, 2020, n.p):

O principal argumento favorável à “irretroatividade” das leis é a garantia dos direitos individuais e a segurança das relações jurídicas, diante da incerteza e dos riscos de alterações futuras. De outro lado, em favor do princípio da “retroatividade”, existe uma ponderável razão de ordem social: a lei nova deve representar a melhor maneira de regular determinada situação; é razoável, por isso, que ela se aplique a todos os casos, inclusive retroativamente. Na ordem prática, as diversas teorias se aproximam para defender as exceções ou a relatividade de ambos os princípios. Como observaram Aftalion, Olano e Vila Nova, apesar da aparente oposição entre a teoria clássica e as modernas sobre a retroatividade das leis, na prática elas se aproximam e quase se superpõem harmonicamente. A retroatividade ou irretroatividade, como princípios absolutos, são inaceitáveis diante do direito moderno. Na realidade, o princípio fundamental que rege a matéria pode ser com relativa simplicidade assim formulado: a lei pode retroagir em alguns casos e não pode retroagir em outros.

Ou seja, em contraponto à regra *lex posterior derogat legi priori*, a retroatividade benéfica, ou retroatividade benigna, confere efeitos de nova norma mais benéfica a situações já concretizadas sob o regime de lei anterior de maior rigor.

No Direito Penal brasileiro, a exemplo, a retroatividade benigna se encontra especialmente privilegiada sob a regra de que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime” (conforme o art. 2º do Código Penal). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também prevê que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, CF/88). Em semelhante uso, o Código Tributário Nacional também prevê hipótese de retroatividade benéfica, ao afirmar que a lei se aplica a ato ou fato pretérito quando “lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática” (artigo 106, III, “c”, CTN).

Percebe-se, portanto, que a aplicação da retroatividade benigna busca, em linhas gerais, adequar a situação do indivíduo à novel compreensão jurídica, com vistas a protegê-lo de malefícios e rigores que já não são aplicáveis a casos símiles da atualidade. Trata-se, assim, de um contrapeso a regimes restritivos de direitos do particular, cuja atenuação ou supressão se faz necessária diante da edição de uma nova norma mais benéfica.

2.1 A RETROATIVIDADE BENIGNA E SUA RELAÇÃO COM OS FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O Direito Administrativo sancionador pode ser compreendido como “a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado” (Gonçalves; Grillo, 2021, p. 468).

A emergência do Direito Administrativo sancionador contemporâneo está associada, com maior peso, à ascensão do ordenamento jurídico alemão do “pós-guerra”. Neste momento se tomam “contornos [...] como reação à hipertrofia do Direito Penal acessório, ocasião em que uma significativa parcela dos crimes de menor potencial ofensivo é levada ao âmbito do recém-inaugurado Direito de ordenação social” (Guardia, 2014, p. 775).

Apesar disso, “em essência qualitativa, não há diferença alguma da punição administrativa para a sanção penal: em ambos os casos o Estado expressa, por meio dos órgãos públicos competentes, o seu poder de punir condutas antijurídicas” (Gonçalves; Grillo, 2021, p. 469). Um mesmo evento é capaz de ensejar um fato antijurídico de naturezas diversas podendo representar, concomitantemente, um ilícito administrativo, penal e até mesmo civil.

Fundamentalmente, o que irá distinguir o raio de incidência do Direito Administrativo sancionador em relação às demais esferas punitivas do direito é a caracterização do fato jurídico pela subsunção à ótica do Direito Administrativo. Para Fábio Medina Osório, a caracterização do raio de incidência do Direito Administrativo decorre da verificação de critérios que demonstram a regulação pela soberania administrativa do Estado, a saber (2019, n.p):

a) presença formal, direta ou indireta, da Administração Pública *lato sensu* na relação jurídica, ainda que essa relação venha a ser tutelada originariamente pelo Judiciário; b) presença de uma atividade administrativa, permeada por aparente interesse público que a justifique aprioristicamente, vale dizer, de um serviço de interesse geral ou público, de polícia, de regulação ou de fomento, não importa a entidade originariamente competente para tutelar essa relação; c) previsão de regime jurídico publicista a essa relação, dotando a Administração Pública de poderes públicos, direta ou indiretamente, na tutela dos valores em jogo, e o Poder Judiciário de prerrogativas públicas de controle das relações e, em decorrência desse conjunto de fatores, aplicação das normas de Direito Administrativo.

Portanto, o Direito Administrativo sancionador possui um enfoque especialmente direcionado a conferir eficácia às normas de Direito Administrativo. Para tanto, atribui sanção administrativa (punição) aos indivíduos que pratiquem condutas contrárias às ordens e normas emanadas pela Administração Pública, o que representa “um mal infringido pela Administração a um administrado em consequência de uma conduta ilegal” (Cerveira, 2005, p. 41) no âmbito do regime administrativista (também chamado “publicista”).

Não obstante, mesmo que um mesmo fato possa se enquadrar como um ilícito em diversas esferas do Direito, é preciso destacar que “o ato reprimido pelo Direito Administrativo Sancionador não se confunde, necessariamente, com o ilícito criminal” (Osório, 2019, n.p). Existe uma independência dos âmbitos de sancionamento penal e administrativo, de modo que não há uma correspondência necessária de tipicidade e de proporcionalidade entre as áreas.

Logo, o poder punitivo do Estado é uno, mas a aplicação das sanções ocorre distintamente diante das regras e procedimentos setoriais. Um ilícito administrativo pode não ser considerado um ilícito penal, e vice-versa. Também existem situações em que uma sanção penal é menos severa do que uma sanção não penal (Gonçalves; Grilo, 2021, p. 469).

Considerando as peculiaridades setoriais, Fábio Medina Osório subdivide os fundamentos (condições) para adoção do Direito Administrativo sancionador em duas teorias de base: a da responsabilidade do agente e a do processo sancionador.

Sob a teoria da responsabilidade do agente, Osório compreende que é necessário “verificar se o agente é um sujeito ativo legalmente apto a cometer o ilícito administrativo” (2019, n.p),

face ao princípio da capacidade infratora.

Já quanto ao processo administrativo sancionador, aplicam-se a este os direitos e garantias conferidos aos acusados em demais ações movidas pelo poder punitivo do Estado. Isso porque, como já tratado anteriormente, o *jus puniendi* estatal se funda na posição de superioridade do Estado sobre o particular, o que, ao mesmo passo, demanda a proteção do particular diante da ausência de paridade de armas face ao Estado. Então,

[...] destaca-se como principal garantia do acusado a observância do devido processo legal, bem como de seus principais consectários – contraditório e ampla defesa – igualmente nos processos administrativos, assim como nos processos judiciais, tendo em vista a expressa previsão constitucional do artigo 5º, incisos LIV e LV, garantindo-se, assim, um resultado (mais) justo sempre que se instaurar um litígio entre o Estado e o particular, principalmente quando esse litígio importar na imposição de sanções de qualquer natureza ao administrado (Luzzi, 2014, p. 8).

Nesse sentido, a incidência do princípio do devido processo legal na esfera do Direito Administrativo sancionador deverá garantir: “(i) proteção de direitos (inclusive os de defesa); (ii) interpretações que assegurem essa proteção; e (iii) evitar regras que sejam incompatíveis com esse ideal” (Pinto, 2022, p. 90).

Logo, a aplicação dos direitos e garantias fundamentais do acusado no Direito Administrativo sancionador, como o princípio do devido processo legal (isto é, um devido processo administrativo), atrai ao âmbito sancionador administrativo a necessidade da aplicação da retroatividade benigna de normas. Tal perspectiva encontra sustento no Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2018, grifo nosso):

[...] as condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41 e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III - Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto **o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador.** Precedente. IV – Destarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenidos os demais atos processuais.

Por outro lado, não é cabível que haja retroatividade maligna de normas e interpretações no Direito Administrativo sancionador. Segundo Elival da Silva Ramos, tal proibição busca coibir a aplicação dos novos padrões interpretativos “a efeitos jurídicos passados de atos pretéritos, praticados em consonância com interpretação administrativa assente ao tempo de sua edição e que se revelem viciados à luz da inteligência superveniente do texto base” (2000, p. 91).

A doutrina administrativista também tem se mostrado majoritariamente favorável à retroatividade benéfica no âmbito do Direito Administrativo sancionador. Nesta senda, Fábio Medina Osório entende que não há uma correspondência direta entre a retroatividade da lei penal mais benéfica e a retroatividade da norma benigna de Direito Administrativo, conquanto “a ausência de equiparação apenas demonstra que eventual retroatividade poderia ocorrer em níveis diferenciados, com intensidade variada” (2019, n.p).

Para Edilson Pereira Nobre Júnior, a retroatividade de norma mais favorável se aplica ao Direito Administrativo sancionador, salvo nos casos de leis excepcionais ou de vigência temporária, ou para integração de situações oscilantes quando, então, haverá irretroatividade (2001, p. 123). Ressalva ainda que “a retroatividade admitida é a favorável ao agente, no caso o

administrado. Inaceitável a aplicação retrooperante de dispositivo legal que comine pena a fato verificado anteriormente à sua vigência” (Nobre Júnior, 2001, p. 123).

Por sua vez, Fábio Di Lallo e Laura Guzzo defendem que a retroatividade benéfica deve ocorrer no âmbito administrativo sancionador, uma vez que esta já é aplicada ao âmbito penal, razão pela qual “não aplicar retroativamente normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador, sendo mais severo que o Direito Penal nesse aspecto, pode causar situações que ferem a isonomia sobre uma mesma conduta” (2020, p. 2). Semelhante perspectiva é defendida por Rebbeca Féo de Oliveira (2020, p. 97):

[...] o fundamento da retroatividade benéfica está na segurança jurídica e na compreensão de que a mera ação do tempo (sem peculiaridades que diferenciem as circunstâncias) não serve para justificar a aplicação da pena em um momento e em outro não. Trata-se, portanto, de argumento republicano, que alcança o Direito Penal e também o Direito Administrativo Sancionador.

A autora salienta ainda que a retroatividade benéfica, “prevista como direito fundamental no art. 5º, XL, da Constituição de 1988, aplica-se, portanto, como regra ao Direito Administrativo Sancionador no caso de silêncio da norma posterior mais benéfica” (Oliveira, 2020, p. 103), haja vista que “no usual silêncio normativo por parte da norma administrativa sancionadora posterior mais benéfica, a interpretação deve ser mais favorável ao administrado” (Oliveira, 2020, p. 103), diante da previsão expressa do texto constitucional.

Pelos fundamentos acima expostos, é possível compreender que existe hoje uma doutrina pelo reconhecimento da retroatividade benéfica “como preceito intrínseco ao plexo de normas do Direito Sancionador (não apenas penal)” (Cavalcante Filho, 2021, p. 13), sob a égide de proteção e irradiação dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS INOVAÇÕES ABARCADAS PELA LEI FEDERAL N.º 14.230/2021

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu que os atos de improbidade administrativa importariam na suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 37, § 4º, CF/88). Nessa senda, a improbidade administrativa “constitui uma violação ao princípio constitucional da moralidade” (Gajardoni *et al.*, 2020, n.p), sendo espécie de “imoralidade qualificada pela desonestidade do agente público” (Hager, 2020, n.p) tutelada constitucionalmente em sua base.

Para Fábio Medina Osório, a improbidade é mais do que uma mera imoralidade, tratando-se verdadeiramente de uma imoralidade qualificada pelo Direito Administrativo. Na perspectiva do autor, há uma distinção entre o dever de probidade administrativa e a percepção de senso comum quanto a um dever de probidade moral, cabendo observar que:

[...] determinadas condutas ilícitas, praticadas por agentes públicos em suas vidas privadas, não têm por que integrar necessariamente o núcleo da falta de probidade administrativa. A proporcionalidade exige que se analisem as condutas sob perspectivas distintas, valoradas gradualmente a partir da ideia de que existem múltiplos mecanismos institucionais de reação contra os atos ilícitos.

O problema da falta de probidade administrativa tem que ser visto no universo da ética pública, no contexto de normas jurídicas especificamente protetoras das funções públicas, dos valores imanentes às Administrações Públicas e aos serviços públicos (Osório, 2020, n.p).

A concepção jurídica de improbidade administrativa apresenta uma distinção de fim

específico prevista na Constituição, que estabeleceu uma norma jurídica de eficácia limitada especialmente direcionada a regulamentar o dever do agente público em “servir à ‘coisa pública’, à Administração, com honestidade, com boa-fé, exercendo suas funções de modo lícito, sem aproveitar-se do Estado, ou das facilidades do cargo, quer para si, quer para terceiros” (Gajardoni *et al.*, 2020, n.p).

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro abarca a fundamentalidade do direito ao bom governo (Alves; Leal, 2020, p. 36). Ou seja, deve haver uma normatização que garanta a prevenção e repressão aos atos de malversação do patrimônio público, o que “constitui-se uma das ações que integram as políticas públicas que devem ser implementadas, a fim de que esse direito tenha a sua máxima efetividade” (Alves; Leal, 2020, p. 36).

Dado, portanto, que a improbidade é uma imoralidade qualificada pelo Direito Administrativo, inserida no âmbito do direito fundamental ao bom governo, restava pendente à época, a partir de 1988, a sua regulamentação por norma específica. Com a abertura conferida pelo art. 37, § 4º, da Constituição, foi então editada, quatro anos depois, a Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992 (“LIA”).

O objetivo da LIA, previsto em sua ementa original, era o de dispor sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

Nesse sentido, percebe-se que a redação original da LIA abarcava um rol abrangente de sujeitos passivos, dentre estes, inclusive, aqueles que transitoriamente ou sem remuneração, por qualquer forma de investidura ou vínculo, tenham exercido mandato, cargo, emprego ou função em quaisquer das entidades mencionadas pela Lei. Destarte, a Lei de Improbidade Administrativa (“LIA”) nasce com um viés absolutamente punitivo” (Ziesemer, 2022, p. 191), tendo sua origem associada à pauta do combate à corrupção e da preservação da probidade.

A Lei n.º 8.429/92 definia (e mantém ainda hoje) três espécies distintas de improbidade administrativa: os atos que comportam enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam danos ao erário (art. 10); e os que violam os princípios da Administração Pública (art. 11). Para tanto, o diploma cuidou de estabelecer preceitos como as sanções cominadas para cada espécie de ato ímprobo, a obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens e valores por agentes públicos à Administração, os ritos para procedimento administrativo e processo judicial, as disposições penais e as regras de prescrição aplicáveis.

Contudo, com o decorrer da aplicação da LIA, surgiram diversas críticas quanto à interpretação e aplicação de suas normas, como a de que haveria “um crescente voluntarismo decisório que visa sedimentar entendimentos desproporcionais na aplicação das sanções, incluindo a caracterização [...] de julgados baseados em verdadeira responsabilidade objetiva” (Mazzei; Geraige Neto, 2020, p. 140).

Isto porque os tipos sancionatórios da LIA eram considerados, por parcela da comunidade jurídica, como conceitos jurídicos abertos e cujo alcance normativo se distorceria em favor de abusos de autoridade (Mazzei; Geraige Neto, 2020, p. 153).

Logo, ainda que a Lei de Improbidade Administrativa estivesse pautada em valores protegidos constitucionalmente, existiriam, sob a perspectiva crítica, distorções quanto à aplicação e ao sancionamento dado em face de condutas subsumidas à lei. Nesse sentido, esclarece Marçal Justen Filho (2021, p. 8):

A Lei Federal 8.429 foi editada em 1992 e promoveu novas perspectivas no combate à corrupção e na moralização do desempenho das funções públicas. No entanto, a experiência concreta na aplicação da Lei evidenciou ao longo dos anos algumas distorções na repressão à improbidade.

Um problema fundamental foi a banalização de ações de improbidade. Muitos processos foram instaurados sem elementos probatórios consistentes, com a perspectiva de investigação no bojo da fase de instrução. Era usual a ausência de es-

pecificação na petição inicial de fatos determinados. Tornou-se usual o pedido de condenação com fundamento indiscriminado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. Isso conduzia à eternização dos litígios, usualmente envolvendo disputas políticas (mais do que jurídicas). Essa situação propiciou a proliferação de julgamentos em primeiro grau sem a produção de prova, fundados em presunções de diversa ordem.

Fundando-se nessas e outras razões, em 25 de outubro de 2021, foi sancionada a Lei Federal n.º 14.230/2021, sem vetos ao projeto aprovado no Congresso Nacional. A novel legislação passou a ser conhecida como a “Nova Lei de Improbidade Administrativa”, conquanto não haja revogado a legislação anterior *in totum*, mas tenha promovido alterações substanciais sobre a Lei n.º 8.429/92, dentre estas, em breve síntese:

A exigência do dolo, devidamente comprovado, para a punição por improbidade;
 O sancionamento por improbidade a entidades privadas que tenham recebido benefício, incentivo ou vantagem de origem estatal;
 A eliminação da sanção de perda do cargo ou mandato nas infrações do art. 11;
 A restrição ao sancionamento por improbidade do terceiro à comprovação de ter induzido ou concorrido para prática da improbidade;
 A instituição de uma ação judicial típica, envolvendo a punição por improbidade, com o afastamento da aplicação do regime da ação civil pública;
 A atribuição ao Ministério Público da legitimidade ativa privativa para a ação de improbidade;
 A ampliação do rigor no tocante aos requisitos de ajuizamento da ação de improbidade, com a expressa exigência de qualificação dos fatos em face dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429;
 A vedação ao julgamento antecipado da lide nas hipóteses de condenação do réu;
 A fixação de prazo prescricional de oito anos, computado a partir da data de consumação do ilícito;
 A previsão da prescrição intercorrente, computada a partir do ajuizamento da ação de improbidade, com prazo de oito anos (Justen Filho, 2021, p. 9).

Vê-se que as novas previsões legislativas trouxeram mudanças como a necessidade de comprovação de dolo para caracterização da improbidade administrativa, bem como o início da contagem do prazo prescricional para pretensão punitiva a partir da consumação do ilícito. Ou seja, existem previsões normativas que podem ser consideradas mais benéficas aos acusados, se comparadas a outras disposições anteriormente previstas na lei.

Tomando-se por exemplo a comprovação do dolo, passou-se “a exigir em diversos pontos da LIA a comprovação do dolo específico, imprimindo nova feição à sistemática de responsabilização, uma vez que eram admitidos atos culposos no regime anterior” (Lourenço, 2022, p. 21).

Muitas das críticas tecidas contra a legislação revogada partiam justamente da abertura conferida aos tipos legislativos quanto às modalidades culposas, dando-se margem para uma ampla subsunção de condutas à categoria de atos de improbidade administrativa. Assim sendo, a reforma buscou reequilibrar o âmbito de sancionamento extrapenal abarcado pela ação de improbidade administrativa (Barcelos, 2022, p. 1):

[...] Deixou-se claro, por força de lei, que a ação de improbidade administrativa, a mesma que não se confunde com ação civil pública ou com ação de ressarcimento, tem feição acusatória e sancionatória, aplicando-se, na espécie, todos os princípios de direito sancionador. A ação de improbidade administrativa não é um processo civil comum, portanto, sendo que o seu caráter acusatório e sancionador traz à tona uma série de garantias tipicamente processuais penais, como, dentre outras, a vedação à inversão do ônus da prova. A prova é de quem acusa. E não deve ser admitida a inversão, que representaria, grosso modo, a imposição (inconstitucional) de uma

presunção de culpa, por um lado, e, por outro, a violação do direito que o acusado possui no sentido de não produzir provas contra si.

Em semelhança se pode dizer quanto à prescrição intercorrente: não havia, à luz da legislação anterior, qualquer previsão quanto à existência de um prazo prescricional pela inércia no curso do processo, ausência esta que destoava de outros procedimentos estatais sancionadores. É possível compreender, portanto, que os atos de improbidade administrativa passaram a ser “tratados de forma mais flexível” (Ziesemer, 2022, p. 204), sob um regime jurídico vertiginosamente distinto.

Com efeito, cabe questionar se o princípio da retroatividade benéfica de normas, aplicável ao Direito Administrativo sancionador, de acordo com a perspectiva majoritária do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina pátria, como já explorado no capítulo inicial desta pesquisa, também deve se aplicar ao âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. A seguir serão apresentadas algumas das perspectivas doutrinárias sobre o tema.

3.1 TRATAMENTO DOUTRINÁRIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA DA LEI N.º 14.230/2021

Diante da entrada em vigor das alterações promovidas pela “Nova Lei de Improbidade Administrativa”, a doutrina brasileira cingiu-se, fundamentalmente, em três posições sobre a retroatividade benéfica das novas disposições: impossibilidade da retroação, fundada, dentre outros argumentos, na segurança jurídica e no princípio da proibição da vedação de proteção deficiente; retroação parcial das disposições da lei, especificamente quanto às disposições materiais; e retroação absoluta da nova lei, sob o bojo de direitos e garantias já reconhecidamente aplicados ao sistema de Direito Administrativo sancionador.

Em relação à primeira corrente, Fabiana Prado assevera que “a retroatividade da lei 14.230 conflita com o princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação da proteção insuficiente, o que também é vedado no sistema constitucional brasileiro” (2021, p. 14).

Para a autora, a adoção da retroatividade das disposições da Lei Federal n.º 14.230/2021 acarretaria prejuízo de ordem constitucional, à medida em que estaria reduzida “desproporcionalmente a proteção ao direito fundamental à probidade na Administração, em desacordo com o que impõe o art. 37, § 4º, da CF/88” (Prado, 2021, p. 12). Quanto ao tema, Alexandre Castro Coura e Gustavo Senna esclarecem que (2012, p. 192-193):

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal não deixa dúvida acerca do dever fundamental de proteção suficiente da probidade administrativa, identifica-se um verdadeiro mandado constitucional de penalização para os agentes ímprobos. Daí se poder extrair da Constituição a exigência de efetividade no combate aos atos que caracterizam atos de improbidade administrativa, sendo inconstitucional qualquer tentativa – legislativa ou judicial – de diminuir a eficiência da tutela do patrimônio público, do que depende a concretização das prestações sociais assumidas pelo Estado.

Nesta linha, Alexander de Souza e Renata Cossatis compreendem que se aplica, no âmbito da reforma da Lei de Improbidade, o princípio geral de *tempus regit actum* – mantém-se o regime jurídico adotado pela lei em vigor ao tempo de sua prática (2021, p. 3). Isso porque, somada à proibição da vedação deficiente, o Brasil é signatário e compromissário da Convenção de Mérida, cujo art. 29 determina que deverão ser estabelecidos prazos prescricionais amplos e a maior para persecução penal. Na visão dos autores,

[...] se para o Direito Penal, ultima ratio, cujas sanções são penas prisionais, convencionou-se internacionalmente que os prazos prescricionais para o combate à corrupção devem ser mais amplos, seria inconcebível que, no âmbito extrapenal,

repita-se, cível, os prazos da tutela da coisa pública fossem mais exíguos (Souza; Cossatis, 2022, p. 3).

Para Henrique Ziesemer, “houve, sem sombras de dúvidas, uma guinada na visão sobre improbidade administrativa, restringindo seu alcance” (2022, p. 200). Não haveria sentido lógico em um indivíduo ser condenado na Justiça Criminal por um fato e, ao mesmo tempo, “ter sua ação/investigação de improbidade administrativa correlata extinta exatamente pela aplicação irrestrita da ‘retroação mais benéfica da lei penal’” (Ziesemer, 2022, p. 234).

Todavia, encabeçando uma corrente intermediária de interpretação, o autor afirma que a nova lei deve retroagir em favor da extinção dos atos culposos, já que também não existiria nexos jurídico em “alguém ser desonesto/corrupto no campo penal somente por meio do dolo e, no campo cível da improbidade administrativa, poder ostentar aquela qualificação por meio da culpa, ainda que grave” (Ziesemer, 2022, p. 238). Deste modo,

Nessa hipótese restrita (dos atos de improbidade administrativa culposos), há de prevalecer a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, CF/88) e o direito humano à retroação benéfica (previsto no artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica) daqueles que são ou foram processados/investigados por atos de improbidade administrativa na modalidade culposa, pois se representam indiferentes na área de corrupção não é justo que prevaleçam na área cível (Ziesemer, 2022, p. 239).

Em semelhante sentido, Marçal Justen Filho compreende que as alterações introduzidas pela Lei Federal n.º 14.230/2021, em todas as passagens que “configurem tratamento mais benéfico relativamente à configuração ou ao sancionamento por improbidade administrativa, aplicam-se a todas as condutas consumadas em data anterior à sua vigência” (2022, p. 293). Todavia, o autor sustenta que os dispositivos de natureza processual não se aplicam retroativamente, mas incidem de modo imediato, de modo que os eventuais processos “consumados em data anterior ao ajuizamento não são afetados pela superveniência da nova Lei” (Justen Filho, 2022, p. 294).

Por fim, uma terceira corrente doutrinária defende a retroação absoluta da Nova Lei de Improbidade Administrativa. Com isso, todas as suas disposições que se mostrarem mais favoráveis em relação ao regime jurídico anterior deverão retroagir beneficentemente.

Para João Trindade Cavalcante Filho, a “aplicação retroativa pode ser feita em qualquer etapa do processo e em qualquer grau de jurisdição, devendo mesmo ser declarada de ofício pelo juízo, por se tratar de norma de ordem pública” (2021, p. 22), vedada a desconstituição da obrigação de reparar o dano. Isso porque,

À luz das experiências estrangeiras – especialmente de Portugal, Espanha e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da doutrina brasileira majoritária e da jurisprudência predominante do STJ, verifica-se o **amplo reconhecimento de princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador semelhantes, em linhas gerais, àqueles positivados no âmbito do Direito Penal**. Não estranha que assim seja dada a abordagem unitária segundo a qual Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal são expressões de um mesmo fenômeno, o Direito Sancionador, cujas regras e princípios são especificamente aplicáveis ao microsistema da Lei de Improbidade Administrativa. Já o eram antes, e agora o são de forma explícita, em virtude do novo art. 1º, § 4º, inserido pela Lei n.º 14.230, de 2021 (Cavalcante Filho, 2021, p. 17-18, grifo nosso).

Para Fábio Medina Osório, a prescrição da pretensão sancionatória no Direito Administrativo Sancionador “atinge o direito de punir do Estado, sendo, por isso, causa de extinção da punibilidade, daí porque lei que regule os prazos prescricionais deve retroagir quando mais

benigna, nos termos do comando constitucional” (2021, p. 1). Tal raciocínio se equivale para as demais disposições da nova Lei de Improbidade Administrativa, já que esta seria “lei posterior mais benéfica, o que implica em sua retroatividade, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, pois as garantias penais, por simetria, se aplicam ao Direito Administrativo sancionador” (Osório, 2021, p. 1).

De análise destas vertentes, é possível afirmar que não existe, ainda hoje, uma posição de ampla predominância na doutrina pátria sobre a retroatividade benéfica da Nova Lei de Improbidade Administrativa.

Vale destacar, no entanto, que a corrente pela irretroatividade total das disposições da Lei Federal n.º 14.230/2021 se afigurou a de caráter minoritário, cuja profusão se restringiu a um âmbito doutrinário setorial.

Isso porque o argumento de que existe uma proteção deficiente, a partir da edição das alterações da Lei Federal n.º 14.230/2021, demonstrou-se de frágil sustento. À vista da realidade, é um argumento que ignora a legitimidade conferida pelo devido processo legislativo e pelas mudanças sociojurídicas que, em muito maior peso, urgiam por uma readequação do regime de responsabilização por improbidade administrativa. Quanto ao tema, o Ministro Ricardo Lewandowski, em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.421, apresentou razões empíricas e estatísticas pelas quais a reforma da Lei de Improbidade se afigurava necessária (Brasil, 2020):

[...] Uma pesquisa recentemente realizada por docentes do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e apresentada na Confederação Nacional dos Municípios (CNM) analisou 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, publicados entre 2005 e 2018, contra prefeitos. De acordo com a pesquisa, menos de 10% das ações de improbidade contra prefeitos que chegam ao STJ estão relacionadas a situações de enriquecimento ilícito, previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992. Mais da metade dos casos no STJ envolvem tão somente a modalidade de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública contemplada no art. 11. Além disso, há uma intensa discussão sobre a proporcionalidade das sanções aplicadas pelos atos de improbidade. Da experiência institucional acumulada, fica claro que precisamos pensar com urgência em uma reforma da Lei de Improbidade.

Percebe-se, portanto, que a reforma legislativa parte de um cenário de agigantamento dos órgãos de persecução, sem sustento de proporcionalidade e segurança jurídica necessários à uma legislação pautada no sistema de Direito Administrativo sancionador (e seus direitos e garantias correlatos).

De outra sorte, o argumento de que os prazos prescricionais penais devem ser ampliados, como prevê a Convenção de Mérida, e que, com isso, também deveriam ser ampliados os prazos das demais legislações sancionadoras, encontra um entrave direto de ordem sistêmica: o Direito Penal é *ultima ratio* e se distingue das outras esferas de punição.

Logo, se cabe ao Direito Penal cuidar dos bens jurídicos mais relevantes, como a vida e a integridade física, há margem para que o seu regime prescricional seja mais rígido em relação ao das legislações sancionadoras de natureza extrapenal. Não há como inverter a ordem de punição, sob pena de se esvaziar o Direito Penal. Portanto, torna-se frágil a extensão do dispositivo da Convenção de Mérida ao âmbito da improbidade administrativa, haja vista que haveria a interpretação extensiva de norma de Direito Internacional para criar prejuízo não compatível à natureza da legislação extrapenal nacional de defesa da probidade.

Considerando o exposto, será apresentada adiante a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que admitiu a retroatividade parcial das disposições da Lei Federal n.º 14.230/2021, e, em seguida, será tecida uma análise crítica a respeito da posição adotada pela corte em relação à sua jurisprudência e aos preceitos de Direito Administrativo sancionador.

4 OS DIREITOS E GARANTIAS DO ACUSADO NO DIREITO PENAL SOB O VIÉS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O Supremo Tribunal Federal (“STF”) possui uma jurisprudência já consolidada no sentido de que se aplicam ao Direito Administrativo sancionador, com as devidas adaptações hermenêuticas, os direitos e garantias fundamentais do acusado adotados em âmbito penal.

Desde 1992, o STF já havia determinado, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 21.321, que “a defesa do indiciado em processo administrativo, como ocorre no processo penal, se faz com relação aos fatos que lhe são imputados, e não quanto ao enquadramento legal” (Brasil, 1992, p. 1). Tratou-se, desde ali, de uma transposição clara de regras de âmbito penal ao âmbito administrativo. Nessa mesma linha, cabe citar que seguiram os entendimentos firmados no Mandado de Segurança n.º 22.866, de 1998, sob relatoria do Ministro Luiz Octavio Gallotti, e nos Mandados de Segurança n.º 23.299, de 2002, e n.º 24.013, de 2004, ambos de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

Caso paradigmático ocorreu sob o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 154.134/SP, publicado em 1999, sob relatoria do Ministro Sydney Sanches. O STF decidiu pela impossibilidade do caráter permanente da pena de inabilitação ao exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras, utilizando-se do princípio da vedação à pena perpétua, aplicável ao âmbito penal.

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5º, XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, E § 2º, DA C.F. REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. [...] 2. No mérito, **é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5º, XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, e § 2 da C.F.** 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido (Brasil, 1999, grifo nosso).

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que “[...] a vedação constitucional de determinadas sanções – entre elas, a de caráter perpétuo – não pode restringir-se a sanções penais aplicadas jurisdicionalmente, mas, com mais razão, há de aplicar-se às penas administrativas” (Brasil, 1999).

Semelhante compreensão foi adotada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2975/DF, com decisão plenária sobre a inconstitucionalidade de disposição do regime dos servidores públicos:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/1990. 3. Direito Administrativo Disciplinar. **Sanção perpétua. Impossibilidade de retorno ao serviço público. 4. Inconstitucionalidade material. Afronta ao artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição da República.** Norma impugnada que, ao impedir o retorno ao serviço público, impõe sanção de caráter perpétuo. 5. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da norma questionada, sem pronúncia de nulidade. 6. Comunicação ao Congresso Nacional, para que eventualmente delibere sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público a ser aplicável nas hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei 8.112/1990 (Brasil, 2021, grifo nosso).

No mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento que também contou com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu pela aplicação da vedação ao “*bis in idem*” (dupla punição sobre um mesmo fato) no âmbito do Direito Administrativo sancionador, sede de julgamento sobre a Reclamação Constitucional n.º 41557:

Reclamação constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao *bis in idem*. 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens (Brasil, 2021).

O Ministro Gilmar Mendes consignou, no voto sobre a Reclamação n.º 41.557/SP, que em se tratando da transposição de normas de Direito Penal ao âmbito do Direito Administrativo sancionador, há uma limitação “do *jus puniendi* estatal por meio do reconhecimento (1) da proximidade entre as diferentes esferas normativas e (2) da extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador” (Brasil, 2021). Concluiu o Ministro que, sob estas razões, deveria ser reconhecido o direito do reclamante:

Ainda que no caso citado a punição administrativa tenha ocorrido antes da criminal, disposição fática reversa do que ocorre no caso em apreço, trata-se de um importante sinal da necessidade de se respeitar, na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, importantes vetores axiológicos construídos historicamente na direção de proteção das garantias individuais em face do *jus puniendi* do Estado. Com base nesses fundamentos, verificando-se, como se demonstrou, a identidade entre sujeito, conjunto fático-probatório e sanções de natureza punitiva, reconhece-se o direito do reclamante (Brasil, 2021).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, portanto, tem se mostrado há tempos amplamente favorável à adoção de regras e princípios de Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo sancionador, perfazendo-se, assim, um sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado perante o poder punitivo estatal.

4.1 A RETROATIVIDADE DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE ACORDO COM O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com a publicação da Lei Federal n.º 14.230/2021, os tribunais pátrios passaram a ser provocados quanto à aplicação da retroatividade benigna de normas, seus limites e efeitos no âmbito das ações de improbidade administrativa.

A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já havia firmado, desde o início de 2022, tendência pela aplicação da retroatividade benigna da Nova Lei de Improbidade Administrativa, “por incidência dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador” (Viapiana, 2022, p. 1). Em julgado paradigmático do tribunal paulista, o ex-prefeito da cidade da Mauá foi absolvido por conta da extinção da modalidade culposa de ato de improbidade administrativa pela qual foi condenado, com a aplicação de efeitos retroativos nos autos do processo n.º 0002714-15.2007.8.26.0348.

Contudo, desde a publicação da nova lei, pairava uma incerteza sobre como o STF re-

cepcionaria os entendimentos que estavam sendo aplicados pelos tribunais inferiores. Não havia ainda uma uniformidade na jurisprudência pátria, o que gerava um risco de ruptura à segurança jurídica e à isonomia das decisões. Isto é, parte dos acusados obteve a anulação de suas sentenças e absolvição em seus respectivos processos, enquanto outra enfrentou a manutenção de condenações proferidas à égide da lei anterior.

A possibilidade da retroatividade das disposições da Lei n.º 14.230/21 gerou especial contraste quanto ao tema da prescrição. Isso porque, desde 2016, o STF possui entendimento, fixado em tese por repercussão geral (Tema n.º 666), pela prescritibilidade da ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. O Relator do caso paradigma para tese, Ministro Teori Zavascki, fez ressalva expressa quanto aos ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais, conforme o excerto abaixo:

O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais (Brasil, 2016).

De acordo com o art. 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, lei específica deveria estabelecer “os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (Brasil, 1988).

À interpretação desse dispositivo e sob os moldes do Tema 666, o STF firmou, em 2019, a tese de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, conforme decidido pelo Tema 897. Dois anos depois, a corte fixou, em sede do tema 899, a tese de que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas.

A abertura conferida por essas teses de repercussão geral trouxe à baila o julgamento sobre a retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que, dentre as disposições da Lei, foram estabelecidos também novos prazos prescricionais para o exercício das pretensões punitiva e executória.

Ocorre que a nova Lei de Improbidade Administrativa trouxe outras previsões mais benéficas em comparação ao regime anterior, que não dizem respeito apenas ao tema da prescrição. Com efeito, o STF reconheceu, em sede do Tema 1199, a repercussão geral para julgamento de tese sobre a retroatividade da nova LIA, sob dois recortes principais de delimitação do tema, a saber:

Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente (Brasil, 2022, p. 1).

Dada a sensibilidade da matéria, que acabou, como visto, por superar uma análise apenas do tema da prescrição, o Ministro Alexandre de Moraes decidiu, em 3 de março de 2022, por suspender o processamento de todos os Recursos Especiais que postulavam a aplicação retroativa da Lei n.º 14.230/2021. Um mês após, em 22 de abril, o ministro acolheu embargos infringentes para determinar que a suspensão do prazo prescricional se estendesse a todos os processos com repercussão geral reconhecida no tema 1199.

O julgamento sobre o Recurso Extraordinário com Agravo n.º 834989, caso paradigma

para fixação da tese sobre a retroatividade da nova LIA, foi finalizado no dia 18 de agosto de 2022. O STF realizou quatro feixes de distinção sobre a retroatividade, conforme o extrato da decisão destacado a seguir:

[...] foi fixada a seguinte tese: "1) **É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva** para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) **A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA**, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) **A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado**, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) **O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO**, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei". Redigirá o acórdão o Relator. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 18.8.2022 (Brasil, 2022, grifo nosso).

Assim, em sede do Tema 1199, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é possível a aplicação da retroatividade da Lei n.º 14.230/21 apenas para os casos de condenações por atos culposos que não tenham condenações transitadas em julgado – ressalve-se, mais além, que a corte ainda ordenou que os juízos competentes avaliem a presença de eventual dolo por parte do agente nessas situações. A esse respeito, passar-se-á a discutir o mérito da decisão.

4.2 UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A DECISÃO PARADIGMÁTICA E SEUS FEITOS PROSPECTIVOS

Ao entender que a retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa se estenderia apenas aos casos sem trânsito em julgado, em que houve a condenação por modalidade culposa – com a ressalva, ainda, de que o juízo competente deveria promover nova avaliação sobre a presença de dolo por parte do agente nestes casos –, o Supremo Tribunal Federal rompeu com os preceitos de Direito Administrativo sancionador e a jurisprudência consolidada pela própria corte.

Como já apresentado nesta pesquisa, o STF possui jurisprudência pacífica no sentido de reconhecer, com as devidas adaptações, a aplicação dos direitos e garantias fundamentais de natureza penal em matéria de Direito Administrativo sancionador.

Tal extensão decorre, dentre outras razões, do fato de que o Direito Penal é a *ultima ratio*, isto é, a esfera mais gravosa de exercício do poder punitivo estatal e, portanto, é também a esfera subsidiária deste:

De fato, o Direito Penal nasceu com o propósito de deixar de lado as vinganças privadas, de forma que somente o que fosse mais gravoso e pudesse custar ao cidadão a sua liberdade deveria ser objeto de interesse, limitando também esse poder punitivo ao Estado, retirando-os de particulares. Tal finalidade é conhecida como *ultima ratio*, da forma que somente em último caso deve ser aplicado o Direito Penal, visando garantir a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da necessidade (França; Lima, 2022, p. 14).

Por extensão lógica, não é possível que o Direito Administrativo sancionador seja transformado em uma esfera punitiva mais gravosa do que o Direito Penal – *ultima ratio* –, razão pela qual merece crítica a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a retroatividade da Nova

Lei de Improbidade Administrativa, que afastou a aplicação das prerrogativas do acusado.

A começar porque, em relação à prescrição, é de se recordar que assim como no âmbito penal, a prescrição da pretensão punitiva em Direito Administrativo sancionador “atinge o direito de punir do Estado, sendo, por isso, causa de extinção da punibilidade, daí porque lei que regule os prazos prescricionais deve retroagir quando mais benigna” (Osório, 2021, p. 1).

A prescrição é um instituto de direito material, ainda que detenha repercussão em esfera processual. Logo, eventual fixação de prazo prescricional mais benéfica deveria retroagir favoravelmente ao acusado também em Direito Administrativo sancionador, por força da aplicação analógica do art. 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (Brasil, 1988).

Ao contraponto, o Supremo Tribunal Federal contradiz a sua própria jurisprudência ao criar uma exceção para aplicação da garantia fundamental da retroatividade de norma mais benigna, sem apresentar, à primeira vista, amparo jurídico ou distinção capaz de justificar um tratamento mais maléfico em esfera administrativa do que o conferido em âmbito penal.

Deve-se destacar ainda que a retroatividade benigna ocorre mesmo para os casos transitados em julgado, dado que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (conforme art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).

Também por isso, o STF rompe com sua jurisprudência e com os preceitos de Direito Administrativo sancionador ao decidir que as condenações transitadas em julgado por atos de improbidade administrativa culposos não se submetem aos efeitos da retroatividade benigna.

Trata-se de um entendimento que torna a improbidade administrativa, à essa perspectiva, mais gravosa do que uma condenação penal, visto que eventual *abolitio criminis* (abolição de tipo penal) acarretaria uma causa extintiva da punibilidade em favor do condenado (art. 107, III, do Código Penal):

A abolição do crime, por suprimir a figura criminosa representa uma repactuação do contrato social até então vigente: o legislador, em nome da sociedade e de determinado tempo social, entende não haver mais razão para incriminar determinada conduta, retirando-a do ordenamento jurídico-penal, fazendo ainda cessar todos os efeitos e consequências penais até então existentes e decorrentes (Moraes, 2020, p. 2).

Não há dúvidas de que a abolição do tipo penal não atinge as esferas reparadoras do dano (mantém-se os efeitos tanto cíveis, como administrativos). Todavia, comparando-se os efeitos punitivos do tipo penal e da improbidade administrativa – ou seja, a esfera sancionadora –, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal criou situação em que a abolição da modalidade culposa da improbidade administrativa (fosse tipo penal, a *abolitio criminis*) não deve retroagir em favor do condenado, quando há trânsito em julgado. Há, assim, novamente, uma situação mais gravosa na esfera administrativa do que na esfera penal.

O STF foi além, fazendo incluir no comando decisório que, na hipótese de julgamento da retroação da Lei Federal n.º 14.230/21 em processos em curso, diante da extinção da modalidade culposa de improbidade administrativa, deve “o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente” (Brasil, 2022).

Não há que se compreender, contudo, que exista uma permissão da Corte Suprema para reavaliação do tipo subjetivo, com objetivo de enquadrar em ato doloso aquilo que já foi considerado (e condenado) como ato culposos. Caso assim procedesse, o juízo competente promoveria *reformatio in pejus* (reforma de decisão para condenação mais gravosa), o que, embora seja cabível no âmbito do processo administrativo (por força do poder de autotutela da Administração), não se afigura possível em processo judicial cível e penal:

No processo civil, embora sem previsão expressa, em virtude de sua regência pelo princípio dispositivo (segundo o qual a demanda deve ser decidida no formato em que foi proposta, sem atuação oficiosa), se fosse lícito ao julgador dar provimento desfavorável ao recorrente, que pretende melhora de situação, haveria julgamento ultra petita, o que não se concebe na sistemática processual.

Ademais, [...] o recurso que pudesse gerar tal situação careceria de requisito de admissibilidade (interesse). No processo penal, ao seu turno, a previsão encontra-se expressa no artigo 617 do Código de Processo Penal: 'Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença' (Aguiar, 2015, p. 182).

Assim, o juízo competente apenas pode manter as condenações já proferidas por condutas dolosas, mas não poderia realizar a conversão de condenações anteriores por atos culposos em condenações por atos dolosos, por força do princípio da *non reformatio in pejus*.

Pelos motivos acima sintetizados, com a decisão sobre a retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa, o Supremo Tribunal Federal promoveu quebras às razões de decidir de sua jurisprudência e aos preceitos de Direito Administrativo sancionador. Limitou a aplicação de direitos e garantias fundamentais do acusado extensíveis a todas as esferas de ações do poder punitivo estatal, o que, em uma análise prospectiva, pode ocasionar uma ruptura sobre a conformação do poder punitivo estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou promover uma análise crítica sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843989, tomando por base a jurisprudência da Suprema Corte brasileira e os preceitos de Direito Administrativo sancionador.

A publicação da Lei n.º 14.230/21, denominada "Nova Lei de Improbidade Administrativa" trouxe um conjunto de alterações promovidas sobre a Lei n.º 8.429/92, que trouxeram à tona previsões legislativas consideradas mais benéficas do que as abarcadas pelo regime anterior, em especial em matéria de tipificação e de prazos prescricionais.

Com isso, foi-se aventada a possibilidade da retroatividade benéfica de normas da Nova Lei de Improbidade Administrativa, seja para processos em curso, ou para condenações já transitadas em julgado, o que foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843989.

Em primeiro lugar, apresentou-se o conceito de retroatividade benigna de normas e seus limites constitucionais. De acordo o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Todavia, em casos excepcionais, é possível conferir efeitos de nova norma mais benéfica a situações já concretizadas sob o regime de lei anterior de maior rigor, à vista de proteção do particular em sistemas limitantes de direitos.

Expôs-se a seguir que, ao processo administrativo sancionador, aplicam-se os direitos e garantias conferidos às demais ações movidas pelo poder punitivo do Estado, feitas as devidas adaptações ao âmbito de incidência. À consideração deste sistema protetivo dos acusados e dos princípios setoriais, a doutrina administrativista tem se mostrado majoritariamente favorável à retroatividade benéfica de normas no âmbito do Direito Administrativo sancionador.

Adiante, demonstrou-se que o legislador constituinte de 1988 previu que os atos de improbidade administrativa importariam na suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 37, § 4º, CF/88). Com essa abertura conferida pela norma constitucional, foi editada a

Lei n.º 8.429/92 para o combate à improbidade administrativa, enquanto espécie de imoralidade qualificada.

Ao longo dos anos, contudo, a Lei n.º 8.429/92 passou a sofrer críticas, em especial quanto à ampla possibilidade do exercício punitivo do Estado por meio da interpretação das normas sancionadoras de conteúdo aberto. Em contraponto, foi editada a Lei n.º 14.230/21, que, dentre outras alterações, abarcou a necessidade de comprovação de dolo para caracterização de ato de improbidade administrativa, bem como o início da contagem de prazo prescricional da pretensão punitiva a partir da consumação do ilícito.

A respeito da Lei n.º 14.230/21, surgiram três correntes doutrinárias sobre a retroatividade benigna das novas normas: i. impossibilidade da retroação, diante do princípio da vedação à proteção insuficiente; ii. retroação condicionada, para abarcar apenas a extinção dos atos culposos; iii. retroação absoluta, fundada nos princípios de Direito Administrativo sancionador. Demonstrou-se que a impossibilidade de retroação se afigura hoje a corrente doutrinária minoritária, sendo a retroação absoluta a tendência de maior aceitação.

Em última análise, foi apresentada, de início, a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal no sentido de que se aplicam ao âmbito do Direito Administrativo sancionador, com as devidas adaptações hermenêuticas, os direitos e garantias fundamentais do acusado adotados em âmbito penal. Em síntese, o STF considera que existem proximidades entre as esferas normativas e que, para tanto, devem ser estendidos os limites ao poder punitivo estatal.

A seguir, apresentou-se a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843989. Em breve síntese, é possível dizer que a Suprema Corte decidiu que a retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa aplica-se apenas aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior.

A decisão do STF, no entanto, rompeu com a jurisprudência da própria corte e com os preceitos de Direito Administrativo sancionador. Principalmente, é preciso notar que a retroatividade de norma mais benigna é extensível ao âmbito do Direito Administrativo sancionador, diante de aplicação analógica do art. 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com a não extensão desta e de outras garantias aplicáveis ao direito penal (e ao sistema punitivo estatal como um todo), o STF acabou por gerar interpretação mais gravosa ao âmbito da improbidade administrativa.

Como resultado, compreende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, por suas razões de decidir, pode oferecer espaço para um rearranjo do sistema punitivo estatal brasileiro, uma vez que conferiu gravidade maior à interpretação de normas de Direito Administrativo (em específico, do sistema de improbidade administrativa) do que à interpretação que se conferiria a novas normas de Direito Penal, *ultima ratio*. Por esse motivo, a decisão merece crítica ao se demonstrar contraditória e incompatível com outras decisões proferidas pela corte e com os demais fundamentos de limitação ao poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Thiago Moreira Feitosa de. Reformatio in pejus no processo administrativo brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 172-189, jun. 2015.

ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. O direito fundamental ao bom governo e o dever de proteção estatal: uma análise das competências federativas à implementação de políticas de prevenção e repressão aos atos de malversação do patrimônio público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 21, n. 2, p. 11-46, maio/ago. 2020.

BARCELOS, Guilherme. A Nova Lei de Improbidade e a “doutrina Teori”. **Consultor Jurídico**

co, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-05/guilherme-barcelos-lia-doutrina-teori>>. Acesso em: 4 dez. 2022.

BARRETO, Simone Rodrigues Costa. Retroatividade. **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, Tomo de Direito Tributário, Edição 1, mai. 2019. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/288/edicao-1/retroatividade>>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, Distrito Federal, 5 out. 1988.

_____. **Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, Distrito Federal, 3 jun. 1992.

_____. **Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, Distrito Federal, 26 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.975/DF**. Requerente: Procurador Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Plenário, Julgado em: 7 dez. 2020, Publicado em: 4 fev. 2021.

_____. _____. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n.º 669.069/MG**. Embargante: Procurador-Geral da República. Embargado: Viação Três Corações Ltda e outros. Relator: Ministro Teori Zavascki, Plenário, Julgado em: 16 jun. 2016.

_____. _____. **Mandado de Segurança n.º 21.321/DF**. Relator: Ministro Moreira Alves, Plenário, Publicado em: 18 set. 1992.

_____. _____. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.421/DF**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Interessado: Presidente da República. Relator: Ministro Roberto Barroso, Plenário, Julgado em: 21 maio. 2020, Publicado em: 12 nov. 2020.

_____. _____. **Reclamação Constitucional n.º 41.557/SP**. Reclamante: Fernando Capez. Reclamado: Juiz Federal da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15 dez. 2020, Publicado em: 10 mar. 2021.

_____. _____. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843989**. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, Julgado em: 18 ago. 2022.

_____. _____. **Recurso Extraordinário n.º 154.134/SP**. Recorrente: União Federal. Recorrido: José Roberto Lamacchia e outro. Relator: Ministro Sidney Sanches, Primeira Turma, Julgado em: 15 dez. 1998, Publicado em: 29 out. 1999.

_____. _____. Tema 1199 - Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?inciden>>

te=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>. Acesso em: 3 dez. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 37.031/SP**. Recorrente: Antônio de Pádua Gatto. Recorrido: Município de São Paulo. Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, Julgado em: 08 fev. 2018, Publicado em: 20 fev. 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Retroatividade da Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021)**. Brasília, Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td305>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

CERVEIRA, Fernanda Pessoa. **FUNDAMENTOS DO PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: o exame de culpabilidade na infração administrativa**. 2005. 133f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.

COURA, Alexandre de Castro; Miranda, Gustavo Senna. Extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa: limites constitucionais para o redimensionamento da competência originária dos tribunais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p. 161-202, jun./dez. 2012.

FRANÇA, Vladimir da Rocha; LIMA, Marcela Cardoso Linhares de Oliveira. A liberdade e o Direito Penal como última ratio no cenário do populismo penal midiático: contraponto com a visão de Hayek. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC**, vol. 10, n. 1, p. 7-20, jun. 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fcodigos%2F100959444%2Fv4.5&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=0&eid=73467d090cb1fc8ee46189f5bbcca086&eat=%5Bbid%3D%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato Cesár Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. **Revistas de Estudos Institucionais**, v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021.

GUARDIA, Gregório Edoardo R. S. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 109, p. 773-793, dez. 2014.

HAGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa – Lei n.º 8.429/1992**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F215542614%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=0&eid=f8ac0bc11efdbecbead-4d7724471b511&eat=%5Bbid%3D%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>>. Acesso em: 4 dez. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada**: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense: 2022.

LALLO, Fábio Di; GUZZO, Laura. **Direito Administrativo Sancionador**: o princípio da retroatividade da norma mais benéfica e a posição da ANEEL. Agência CanalEnergia. Rio de Janeiro, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/16_lallo_2020_05_19.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido**. 2009. 264f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LOURENÇO, Álvaro Braga. Repercussões da reforma da lei de improbidade administrativa na lei de conflito de interesses. **Caderno Jurídico do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 18-29, jun. 2022.

LUZZI, Jéssica Tonial. **A REFORMATIO IN PEJUS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES**: uma análise das garantias do administrado face às prerrogativas da Administração pública. 2014. 85f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo à probidade administrativa: punitivismo e conduta na caracterização do ato de improbidade administrativa. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 8, n. 2, p. 139-154, jul./dez. 2020.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativa e princípios de direito penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP, p. 103-128, abr./jun. 2001.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/rtpreview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F78399342%2Fv34.1&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=0&eid=cb5bfe904d414974e42873ceb-27fe397&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>>. Acesso em: 3 dez. 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Lei penal no tempo. **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, São Paulo, Tomo Direito Penal, Edição 1, 2020. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/420/edicao-1/lei-penal-no-tempo>>. Acesso em: 3 dez. 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar/abr. 2020.

OLIVEIRA, Rebecca Féo de. **APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR – ANÁLISE DOS PROCESSOS DA ANP**. 2020. 173f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. E-book (não paginado). Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F107536121%2Fv6.8&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=0&eid=4a3fad971ca85d2da512f9a1c9b71c0d&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&ppl=e&nvgS=false>>. Acesso em: 3 dez. 2022.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F101686518%2Fv5.4&titleStage=F&titleAcct=ia744d779000001593d53a067c09b01c5#sl=0&eid=162117f3d916fc41a4e374eb23e9308f&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&ppl=e&nvgS=false>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

_____. **A prescrição na nova Lei de Improbidade Administrativa: efeitos retroativos**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-05/fabio-osorio-prescricao-lia-efeitos-retroativos#_ftn4>. Acesso em: 3 dez. 2022.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. **A IRRETROATIVIDADE DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. Ministério Público do Estado de Goiás, Arquivo de Artigos Jurídicos, 2021. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2021/11/29/13_43_19_209_A_IRRETROATIVIDADE_DA_NOVA_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA_1_.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2022.

PINTO, Marcos Vinícius. **Ação de Improbidade Administrativa – Presunção de Inocência e ne bis in idem**. São Paulo: Editora JusPodvim, 2022.

RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo: o poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In: SUNDFLED, Carlos Ari; MUÑOS, Guillermo Andrés (Coords.). **As Leis de Processo Administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75-93.

SCHWAB, Klaus (Org.). **The global competitiveness report**. World Economic Forum, 2019. Disponível em: <https://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

_____. **The global competitiveness report**. World Economic Forum, 2016. Disponível em: <https://www3.weforum.org/docs/GCR2016-2017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017_FINAL.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

SOUZA, Alexander Araujo; COSSATIS, Renata Christino. **Corruptissima republica plurimae leges: Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 14.230/2021)?** Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Arquivo de Artigos Jurídicos, 2022. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/publicacoes/artigos-juridicos/8714-corruptissima-republica-plurimae-leges-retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa-lei-n-14-230-2021.html#>>. Acesso em: 3 dez. 2022.

VIAPINA, Tábata. Tendência no TJ-SP tem sido aplicar retroatividade à nova Lei de Improbidade. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-17/tendencia-tj-sp-sido-aplicar-retroatividade-lia>>. Acesso em: 3 dez. 2022.

WALD, Arnaldo. Da doutrina brasileira do direito adquirido e a projeção dos efeitos dos con-

tratos contra a incidência da nova lei. In: **Revista de Infraestrutura Legislativa**, Brasília, v. 18, n. 70, abr./jun. 1981.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. **Nova lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Mizuno, 2022.

UMA ANÁLISE SOBRE A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL E IMPLICAÇÕES NA FAMÍLIA

AN ANALYSIS OF THE PARENTAL ALIENATION LAW AND IMPLICATIONS FOR THE FAMILY

Laryssa Dias da Costa Cardoso

Graduanda em Direito pela Faculdade Três Marias (FTM).

Lucas Eduardo Simplício Mariano Silva

Graduanda em Direito pela Faculdade Três Marias (FTM).

Resumo: No aspecto do Direito de Família, o fim de um casamento ou união estável não afasta a responsabilidade de trazer a proteção aos descendentes que ainda não atingiram o desenvolvimento psicológico e capacidade civil. Com o referido trabalho, busca-se analisar o que a alienação parental pode acarretar à família, bem como verificar as formas de atuação de cada pessoa envolvida na situação, a fim de visualizar formas que possam auxiliar a identificar se existe essa interferência psicológica no núcleo que o incapaz pertence, pois é imprescindível a preservação dos laços afetivos, comunhão e respeito. No âmbito da discussão, pretende-se apresentar a lei e seus impactos na sociedade, além de destacar os debates doutrinários existentes que podem influenciar diretamente na sua aplicação e vigência. Tais fatores corroboram para que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente seja respeitado, com a ajuda interdisciplinar do Direito e da Psicologia. Os principais resultados da pesquisa consistem que se não houver uma revisão jurídica e social sobre a lei referida, esta corre risco de ser revogada. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, devendo ser utilizadas consultas à legislação, doutrinas e literatura acerca da temática, além de dados obtidos por órgãos oficiais como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Tribunal da Justiça de São Paulo (TJSP) e Organização Mundial da Saúde (OMS).

Palavras-chave: Direito. Família. Alienação Parental. Direito de Família. Lei.

Abstract: In the aspect of Family Law, the end of a marriage or stable union does not remove the responsibility for providing protection to descendants who have not yet reached psychological development and civil capacity. With this work, we seek to analyze what parental alienation can do to the family, as well as verify the ways in which each person involved in the situation acts, in order to visualize ways that can help identify whether there is this psychological interference in the nucleus that the incapable belongs, as it is essential to preserve emotional bonds, communion and respect. As part of the discussion, the aim is to present the law and its impacts on society, in addition to highlighting existing doctrinal debates that can directly influence its application and validity. These factors help ensure that the Principle of the Best Interest of Children and Adolescents is respected, with the interdisciplinary help of Law and Psychology. The main results of the research are that if there is no legal and social review of the aforementioned law, it is at risk of being repealed. The methodology used was bibliographical research, using consultations with legislation, doctrines and literature on the subject, in addition to data obtained by official bodies such as the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), São Paulo Court of Justice (TJSP) and World Health Organization (WHO).

Keywords: Right. Family. Parental Alienation. Family Right. Law.

Sumário: 1 Introdução – 2 Dos princípios do Direito de Família; 2.1 Da composição e conceito

familiar – 3 Da Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental (SAP) – 4 Importância da Psicologia para tratar a Alienação Parental – 5 Contrapontos doutrinários à teoria de Gardner: riscos na aplicabilidade da Lei e impactos nos Princípios dos Menores – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família é um dos ramos que estuda o fenômeno da alienação parental. Este surge normalmente devido ao processo de divórcio ou separação conjugal, em que a existência de ressentimentos entre os representantes legais pode atingir seus descendentes, de modo a causar nocividade no desenvolvimento psicológico do envolvido no litígio, pois para alguns doutrinadores a prática dessa conduta é tida como uma espécie de vingança.

De acordo com Berenice Dias (2010), o uso dos filhos como instrumento de vingança pelo fim do amor eterno não é um fato novo. Quando não há mais a vida conjugal e superação do luto devido à separação, há o surgimento de rejeição ou raiva pela traição. Assim, inicia-se um processo de desmoralização do ex-parceiro perante os filhos, por meio de uma verdadeira lavagem cerebral para comprometer a imagem do outro genitor, narrando fatos que não ocorreram ou que não aconteceram da forma apresentada, permitindo que o filho crie falsas memórias. Essa ação também pode ocorrer frente a avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos.

Seguindo essa linha de pensamento, há diversas possibilidades de efetuar a prática descrita. Entretanto, definir exatamente os números de lares que sofrem desse ato em nosso país é delicado, pois a identificação geralmente ocorre após um acompanhamento com um profissional da área. A ênfase que pode ser feita é por dados obtidos pelo Tribunal da Justiça de São Paulo, demonstrando o aumento de 47% em relação ao número de processos acerca do assunto durante a pandemia. Isso quer dizer que, entre março de 2020 e fevereiro de 2021, foram registrados por volta de 226 casos no estado de São Paulo em comparação ao terceiro mês em 2019 a fevereiro de 2021, que era de 154 casos.

A alienação parental é uma prática que interfere no âmbito psicológico da criança ou do adolescente. O conceito teve origem norte-americana, por volta da década de 1980, e logo serviu de inspiração para o nosso sistema, sendo criada a Lei n.º 12380/2010, que trata especificamente do assunto.

Nessa conjectura, esse estudo busca apontar uma análise sobre a interferência psicológica e comportamental que cada indivíduo envolvido na situação pode apresentar. Para tanto, foi utilizada a metodologia de pesquisa doutrinária, a busca em *sites* e nas obras acadêmicas. Também, tem-se por objetivo trazer as implicações acerca da temática para o âmbito do Direito, mais especificamente para a área de família, com o auxílio interdisciplinar da Psicologia.

2 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A importância de verificar os princípios elencados no Direito de Família permite que todos tenham uma percepção das diretrizes que formam o valor humano, auxiliando o convívio harmônico entre os seus integrantes, tendo em vista que, para deter melhor qualidade de vida, é necessário compreender e respeitar quem está próximo. De acordo com Maria Helena Diniz (2007), os filhos têm os pais como um espelho e podem ter por base os comportamentos obtidos pelos genitores, transmitindo-os para as próximas gerações.

Cabe destacar, ainda, que os princípios são bases imprescindíveis a serem seguidas para garantir respeito e segurança jurídica ao vulnerável. Celso Antônio Bandeira de Mello descreve tamanha importância de seguir os princípios e destaca as consequências de não os observar:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um

sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (Mello, 2000, p. 747-748).

Sob essa vertente, em prol da manutenção familiar e pacífica, principalmente dos membros menores de idade, deve-se verificar os seguintes princípios: Igualdade Jurídica dos Cônjuges/Companheiros; Pluralismo Familiar; Princípio da Liberdade; Dignidade da Pessoa Humana; Melhor Interesse da Criança/Adolescente e Princípio da Afetividade.

A) Princípio da Liberdade: a organização familiar pertence aos integrantes responsáveis pelo núcleo. Por isso, ao Estado compete fornecer meios necessários para a perpetuação desse direito. Maria Helena Diniz (2012, p. 1197) descreve o Poder familiar sobre a existência em conjunto de direitos e obrigações, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.

B) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. É reconhecido como um direito fundamental em conjunto com a previsão dos direitos sociais, previsto no art. 6º da Carta Magna, no que concerne à moradia, mais precisamente no bem imóvel de família, como um exemplo a ser destacado. Dessa forma, podemos trazer o compromisso estatal em efetivar medidas sociais públicas para trazer o decoro.

C) Melhor Interesse da Criança/Adolescente: previsto no art. 227 da CF e no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, possui disposições que visam garantir a melhor qualidade de vida ao menor. Não cabe uma análise subjetiva, porque consiste naquilo que garanta o progresso físico e mental sadio do incapaz. Gama (2003) demonstra a importância desse princípio quando afirma que altera a relação paterno-materno-filiais, no qual possibilita ao tutelado jurisdicional a prioridade pelos poderes do Estado em comparação aos outros integrantes da família a qual pertence. Nesse sentido, o dispositivo trazido é importante para afirmar que, assim como os adultos, os menores também são detentores de direito e não devem ser tratados como objeto. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a responsabilidade compartilhada, envolvendo o Estado, a Sociedade e a Família. O princípio da Prioridade Absoluta, por exemplo, está interligado ao que prevê o art. 227 do texto constitucional, destacando o direito à vida, saúde, educação, cultura, dignidade, respeito e convivência familiar.

D) Princípio da Afetividade: concerne na relação amorosa com a criança/adolescente, seja por vínculo biológico ou por adoção. Hironaka (2005) traz a teoria do desamor ou teoria do abandono afetivo, na qual questiona a possibilidade de indenização pelo abandono, indo além de questões econômicas, pois perpassa um aspecto social

E) Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges/Companheiros: estabelecido no art. 1511 do Código Civil, traz em seu bojo a isonomia dos direitos e deveres, evidenciando a equivalência das funções desempenhadas e a responsabilidade da família, incluindo as decisões, que passam a ser divididas.

F) Pluralismo Familiar: a ideia consiste na diversificação das espécies que são conhecidas como famílias. Tem em seu escopo o art. 226 da CF, no qual destaca a proteção estatal. Na atual conjuntura, os modelos de família não se limitam apenas na classificação tradicional,

mas também nas homoafetivas, mosaicas, monoparentais, anaparentais e diferentes outras que surgem a cada dia.

A autora afirma:

O assunto refere-se exatamente a esta difícil e delicada questão: podem um pai ou uma mãe ser responsabilizados civilmente – e por isso, condenados à indenização – pelo abandono afetivo perpetrado contra o filho? A procura pelo fundamento da resposta a essa pergunta levaria à seguinte indagação: a denominada responsabilidade paterno-filial resume-se ao dever de sustento, ao provimento material do necessário ou do imprescindível para manter a prole, ou vai além dessa singela fronteira, por situar-se no campo do dever de convívio, a significar uma participação mais integral na vida e na criação dos filhos, de forma a contribuir em sua formação e subsistência emocionais (Hironaka, 2005, p. 4).

Muitos lares brasileiros seguem sem pelo menos um dos responsáveis presentes na vida daqueles que possuem menoridade. Apesar da falta de assistência ao menor ser crime e estar tipificado no art. 135 do Código Penal, essa realidade se faz presente em nosso país.

Seguindo essa linha de raciocínio, ao observar dados trazidos pela Fundação Getúlio Vargas, houve um significativo aumento de mães solo para 17,8% entre 2012 e 2022. A estimativa girava em torno de 9,6 milhões, mas durante o intervalo de 10 anos, cresceu para 11,3 milhões. Em relação aos pais solos, não foi possível encontrar informações precisas atualizadas devido à falta de pesquisas focadas nesse grupo, pois predominantemente o número de mulheres cuidadoras de menores é maior em relação aos homens, mesmo que estes possuam as mesmas dificuldades para criação dos filhos. Sob esse viés, a construção social delegou os desafios de modo geral para a maternidade.

Apesar disso, as pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, entre 2005 e 2015, mostram um aumento de 4% no percentual de pais solos. Essa realidade ocasiona inúmeras dificuldades, não só para aquele que cria, mas para a formação da criança ou do adolescente.

2.1 COMPOSIÇÃO E CONCEITO FAMILIAR

Apesar dos muitos desafios enfrentados pelas famílias modernas, nem sempre houve igualdade entre os representantes legais. No modelo do patriarcado, por exemplo, somente o homem possuía a responsabilidade decisória, sustento e segurança providos aos filhos e esposa. O poder da figura masculina existente na sociedade antiga naturalizava o comportamento de obediência que todos os integrantes do núcleo familiar deveriam ter com o patriarca, não sendo destrinchado o aspecto de possíveis más condutas pelo genitor, mas apenas possibilidades que poderiam ser mal vistas às mulheres da época se não houvesse o cumprimento de suas funções como mãe, esposa e dona de casa. Sem contar que, durante boa parte da história humana, o casamento entre pessoas do mesmo sexo nem mesmo era objeto de debate na maioria dos países, pois tinha-se a visão de ser uma prática pecaminosa.

Com o avanço do tempo, principalmente durante a Revolução Industrial do século XVIII, algumas mudanças colocaram fim ao modelo patriarcal, por meio da inserção pequena, mas significativa, da mulher no mercado de trabalho. Desde então, a divisão de atribuições no casamento pôde ser notada gradativamente e este instituto familiar passou a ganhar diferentes estruturas em sua composição. Porém, ainda no nosso antigo Código Civil, de 1916, a mulher era tratada como relativamente incapaz e, em consequência disso, fenômenos como a alienação parental não eram facilmente identificados. Esses debates começaram a ganhar espaço entre meados do século XX e XXI.

O art. 1723 do Código de Processo Civil diz ser reconhecida como entidade familiar a

união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Apesar dessa definição, sabe-se que a estrutura familiar contemporânea vem sendo modificada constantemente. Tecnicamente, podemos sintetizar essa definição em uma associação de pessoas composta por pais, filhos e parentes que convivem, como também possuem afeto entre si.

Antes da Constituição Federal de 1988, as características mais notórias em uma família eram o patriarcado, hierarquia, vínculo biológico, patrimônio e heterossexualidade. Seguindo essa linha de raciocínio, a realidade atual permite identificar as espécies de família destacadas por Kosnow (2001), citadas em pelo menos nove tipos: família nuclear de duas gerações, com filhos biológicos; famílias extensas, sendo três ou quatro gerações; família adotiva temporária; família adotiva birracial ou multicultural; casais; famílias monoparentais, chefiadas por pai ou mãe; casais homossexuais, com ou sem crianças; famílias reconstituídas após o divórcio; várias pessoas vivendo juntas, sem laços legais, mas com forte compromisso mútuo.

Nesse sentido, o desenvolvimento do fenômeno conhecido como alienação parental pode ocorrer em qualquer um desses núcleos, nos quais houver a presença de pelo menos uma criança e/ou adolescente, pois, ao contrário do que muitos podem pensar, essa interferência psicológica não ocorre somente em lares compostos pelos genitores e seus respectivos descendentes, mas pode ser também realizada por outros familiares que detém a guarda do alienado.

3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

O surgimento desse termo ocorreu por meio do psiquiatra norte-americano Richard Gardner, na década de 1980. O pesquisador explica que um dos primeiros sinais da alienação sofrida pela criança ou adolescente é evitar a comunicação com um dos genitores. Tal conceito chegou em nosso sistema com o intuito de evitar o uso dos menores de idade em relação às disputas sentimentais no núcleo familiar.

De acordo com a definição trazida pela Lei n.º 12.318/2010, art. 2º:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Outrossim, o art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 12.318/2010 cita as seguintes condutas:

- I - Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - Dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Depois que ocorre o divórcio ou a separação, as dificuldades para se manter um bom relacionamento em prol dos cuidados e qualidade de vida dos descendentes não é uma tarefa fácil, tendo em vista a existência de ressentimentos daqueles que um dia tiveram um sentimento amoroso, seja ele afetivo ou apenas atração sexual. A separação implica dizer que será o fim de

uma única família, que pode ser modificada em novos núcleos.

De acordo com o advogado Rodrigo Cunha Pereira (2023), existe uma modalidade de família conhecida como binuclear, formada por dois núcleos decorrentes de um núcleo originário. Assim, um casal com filho(s) que se separa, dissolvendo o antigo núcleo familiar, constituiu dois núcleos daquela mesma família. Baseado nesse conceito, os responsáveis legais devem buscar fazer com que sua descendência compreenda a nova realidade que os cercará a partir da formação de novas convivências com outras pessoas em razão da formação de outro ciclo interativo, e não iniciar uma competição definindo unilateralmente o que é melhor. É imprescindível essa análise conjunta para que os princípios citados de fato possam ser efetivados.

Muitos indivíduos, contudo, não aceitam o fim da separação por ainda terem sentimentos pelo(a) companheiro(a), o que pode tornar a situação complicada. Desse modo, um deles pode trazer discursos que não necessariamente condizem com a realidade coletiva, mas sim com um sentimento individual, às vezes de modo inconsciente ou até mesmo proposital, a fim de prejudicar a percepção tida do outro genitor pelo menor.

Berenice (2009) afirma que, com o passar do tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre a verdade e a mentira. O filho passa a ter falsos personagens baseados no que foi dito subjetivamente por um dos pais ou responsáveis e, conseqüentemente, adquire falsas memórias. Isso pode colocar em risco o lado psíquico, bem como o desenvolvimento do menor, devido à alienação feita pelo genitor. Esse fator traz uma certa lealdade e culpa ao incapaz em outra fase da vida. O sentimento de arrependimento pelo menor vem na fase adulta, quando nota que participou de algo injusto. Dessa forma, essa espécie de vingança permite que o incapaz não tenha a percepção de boas vivências com o(a) genitor(a).

Outrossim, esse fenômeno também pode ser praticado por avós, tios ou qualquer outra pessoa que detenha a guarda do menor. Um(a) avô(ó) pode constantemente criticar o(a) genitor(a) da criança, fazendo com que esta tenha uma imagem negativa. Ao usar, por exemplo, determinadas frases como “sua mãe (ou pai) te abandonou”, “você tem um péssimo pai (ou mãe)”, a fim de desqualificar ou dificultar a autoridade e exercício da atividade parental.

Já a Síndrome da Alienação Parental (SAP) se difere da Alienação Parental no sentido de que a SAP é consequência ou malefício ocasionado pela ação do alienador e que pode acarretar comportamentos de raiva, revolta e outras emoções negativas sobre um determinado responsável ou representante legal.

Ademais, ao observar as consequências do SAP, o precursor da ideia trazida, Gardner (2013, p. 98), define:

Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Para o autor, quem sofre a alienação é capaz de estar socialmente bem, sem nenhuma dificuldade em realizar atividades do cotidiano, mas o problema advém na presença ou comunicação com o genitor alienado. Nesse sentido, o autor diz que, para identificar a situação da vítima, é necessária a análise de três características: Alienação do Genitor, Exacerbação de Comportamentos Normais e Falsas Memórias.

1. Alienação do Genitor: ocorre quando o genitor vai encontrar a criança, mas esta não demonstra gostar da companhia e mostra pouca simpatia durante a recepção, muito menos parece agradá-la a ideia de proximidade por um intervalo de tempo longo.

2. Exacerbação de Comportamentos Normais: consiste no sentimento de raiva, na percepção de estar lidando com um vilão que pode fazer mal ao menor;

3. Falsas Memórias: elaboração de pensamentos imaginários que nunca aconteceram de fato, dificuldades em equilibrar as emoções.

No que concerne às características do alienador, estas são descritas pelo autor por serem exposições completas das experiências não agradáveis que teve com o companheiro(a), o que permite que o alienado “tome as dores” de um momento pelo qual nunca chegou a vivenciar. Ocorre também a decisão unilateral sem a presença do outro responsável, afirmações de que o filho não deseja encontrá-lo ou a recusa de regalos sem que o descendente tenha tido ciência do ocorrido, dentre outras medidas nocivas ao desenvolvimento da criança/adolescente. Caso haja indícios da alienação parental, o juiz poderá determinar a perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme art. 5º da Lei n.º 12.318/2010.

4 IMPORTÂNCIA DA PSICOLOGIA PARA TRATAR A ALIENAÇÃO PARENTAL

Na terapia sugerida pelo Magistrado durante as audiências de conciliação e mediação ou por outras iniciativas do Judiciário, o psiquiatra Gardner recomenda que não seja recusado o pedido feito pelo juiz e que vá além disso: o alienador deve seguir um tratamento em conjunto com o que já faz com o psicólogo particular, se for o caso. Assim, sendo um profissional da área pública, tende a evitar parcialidades que vierem ocorrer durante as consultas. O tratamento é imprescindível para que haja mudanças na vida dos familiares no núcleo do filho.

Moura e Venturelli (2004) demonstram a importância da terapia para os envolvidos como uma sequência lógica e organizada, capaz de produzir modificações graduais no paciente. Os novos mecanismos elaborados pelo terapeuta têm como objetivo a melhora do cliente. Tem-se o processo terapêutico a partir das ações feitas pelo profissional em relação ao que procura por ajuda.

Seguindo essa linha de raciocínio, é necessário que o profissional também busque auxílio de outros familiares para que o alienador possa compreender melhor o quanto as ações praticadas podem ser nocivas ao desenvolvimento social e educacional do descendente. Por meio disso, essas atividades permitem que o praticante da alienação possa seguir sua vida sob outra ótica, a fim de buscar novos significados para a vida.

Em relação ao alienado, o trabalho a ser realizado pelo terapeuta é a desconstrução da imagem negativa criada por um dos genitores, além de buscar nas memórias afetivas boas lembranças do que já foi vivenciado em seu lar. Uma análise individual feita pelo paciente auxilia na avaliação comportamental que o genitor alienado costumava trazer para essa relação materna ou paterna.

Ao analisar esse aspecto, a terapia comportamental auxilia na redução do dano que foi gerado, dentre os quais os sentimentos de medo, ansiedade, revolta, a fim de equilibrar o misto de emoções ali existentes e nunca trabalhadas. Segundo Skinner (1991), “a psicoterapia é, comumente, um espaço para aumentar a auto-observação, para “trazer à consciência” uma parcela menor daquilo que é feito e das razões pelas quais as coisas são feitas”.

Por último, Gardner traz o modelo terapêutico ao genitor alienado para que ele entenda que todo o processo de alienação não partiu do menor e que, numa conjectura ampla, a opinião da rejeição não era de forma integral do filho. É necessário que os encontros ainda aconteçam por mais que sejam complicadas no início, mas podem gerar bons frutos e novas vivências divertidas.

Silvio Neves Baptista (2000) traz uma reflexão sobre o direito de visita, pois afirma que é a faculdade de alguém em ser visitado, e não de ir visitar o outro. Não deve ser visto como uma extensão do poder parental, mas sim ser voltado para o filho que tenha a convivência de quem lhe interessa. Partindo dessa ótica, a função dos encontros tem por objetivo atender ao Prin-

cípio do Melhor Interesse da Criança e deve ser atendido para que haja harmonia e um melhor entendimento da situação e do papel que cada integrante deve ter na vida do incapaz.

5 CONTRAPONTO À TEORIA DE GARDNER: RISCOS NA APLICABILIDADE DA LEI E IMPACTOS NOS PRINCÍPIOS DE FAMÍLIA

A identificação do fenômeno da Alienação Parental não é uma tarefa fácil no sistema jurídico brasileiro, pois exige uma análise minuciosa da situação em que a família se encontra. Nosso país é o único detentor de uma lei que trata sobre a temática, a qual passa por constantes modificações.

Diante dessa afirmação, ao destacar esse feito nacional acerca da temática, não se sabe ao certo se é motivo de comemoração, pois as obras do precursor Gardner foram auto publicadas sem que um órgão da área estudada pudesse conceituá-lo. De consoante modo, a Organização Mundial da Saúde incluiu, em 2018, a Alienação Parental na Estatística Internacional de Doenças Relacionadas à Saúde, mas fez sua remoção da lista em 2020, não sendo encontrado no *site* oficial da agência especializada, justificando que esse termo envolve litígios judiciais e sua inclusão no CID-11 não contribuiria para estatísticas de saúde válidas. Já no Brasil, o Ministério da Saúde, por meio Conselho Nacional da Saúde, emitiu uma recomendação n.º 003/2022 para que houvesse o banimento do termo “Síndrome da Alienação Parental”, “Alienação Parental” e revogação da Lei de Alienação Parental:

Recomenda *ad referendum* do Pleno do Conselho Nacional de Saúde

Ao Congresso Nacional:

I – A rejeição do PL n.º 7.352/2017, que altera a Lei n.º 12.318/2010 e a Lei n.º 13.105/2015, para determinar a prioridade na tramitação de processos relativos a atos de alienação parental;

II – A revogação da Lei n.º 12.318/2010, que dispõe sobre alienação parental. Ao Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Psicologia e Conselho Federal de Serviço Social: O banimento, em âmbito nacional, do uso dos termos síndrome de alienação parental, atos de alienação parental, alienação parental e quaisquer derivações sem reconhecimento científico em suas práticas profissionais.

Ao Conselho Nacional de Justiça:

I – A revisão e retificação das recomendações, cartilhas e cursos onde são utilizados os termos sem reconhecimento científico como síndrome de alienação parental, atos de alienação parental, alienação parental e quaisquer derivações; e

II – A promoção de formações e debates para as(os) magistradas(os) abordando a retirada dos respectivos termos sem reconhecimento científico do ordenamento jurídico (Ministério da Saúde, 2022).

Essa recomendação foi justificada pela falta de comprovação científica, além de observar também a recomendação da OMS, pois pode ensejar diretamente nas argumentações trazidas pelas partes envolvidas em um conflito judicial. Lencarelli (2018) afirma que inúmeros casos determinados como alienação parental possibilitam a ocultação de abuso e violência contra menores, em que até mesmo o sistema judiciário tem um potencial em enxergar circunstâncias tidas como paranoicas e vingativas, possibilitando uma perspectiva discriminatória sobre um único gênero. Dessa forma, Sottomayor (2011) diz que a Alienação Parental (AP) e Síndrome da Alienação Parental (SAP) podem ser utilizadas como técnica de defesa por muitos advogados, no que concerne à guarda da criança, inclusive ainda que apresentados pareceres médicos que confirmem os abusos sofridos.

Deve-se destacar, ainda, o entendimento que Gardner tem acerca da temática. Suas teorias violam, inclusive, muitas determinações do Código Penal, como o art. 215-A e 217-A. No

livro “*True and False Allegations of Child Sexual Abuse*” (1992), o psicólogo diz que o incesto não é danoso para as crianças e que a sociedade ocidental assumiu uma concepção de punição voltada aos encontros sexuais adultos-criança. Segundo o autor, a prática não seria nociva às crianças, sustentando a possibilidade que os menores teriam impulsos sexuais manifestados desde cedo, além de trazer benefícios para a reprodução e evolução, visto que os abusos sexuais não causam traumas.

Gardner (1992) afirma:

“Pertinente à minha teoria aqui é que a pedofilia também serve para um propósito procriativo” (p. 24).

“As crianças são naturalmente sexuais e podem iniciar encontros sexuais e podem iniciar encontros sexuais “seduzindo” o adulto” (p. 93).

“Em tais discussões, a criança precisa ser ajudada a perceber que temos em nossa sociedade uma atitude exageradamente punitiva e moralista sobre encontros sexuais entre adultos e crianças” (p. 572).

A partir dessa afirmação, Gardner destaca que as mães (principal alvo de críticas pelo escritor) realizavam falsas acusações, a fim de proporcionar ao(à) filho(a) a alienação parental, principalmente quando a afirmação é alegada em âmbito judicial. Com tais premissas trazidas pelo pesquisador, muitos genitores podem deturpar o uso da norma para que a guarda acabe voltando a um possível abusador, pois a inversão da guarda ocorre quando os maus tratos não podem ser comprovados na denúncia realizada. Nesse sentido, os abusos realizados por um dos genitores tendem a ser silenciosos, com ameaças à vítima, sendo quase imperceptíveis. Se o(a) genitor(a) sabe que o outro responsável comete abusos e não denuncia, torna-se cúmplice e pode ser condenado(a) por alienação parental.

Em relação à doutrina estrangeira, a autora norte-americana de obras sobre a SAP, Carol S. Bruch (2001) destaca que as obras de Gardner não constam em boa parte do acervo bibliográfico nos Estados Unidos e, na opinião dos pesquisadores do país, a pesquisa de Richard envolve afirmações dramáticas, hiperbólicas e sem fundamento científico. Outrossim, no Brasil, doutrinadores começam a indagar sobre a necessidade da existência dessa normativa.

Hummelger (2018) descreve a existência dos conflitos criados pela norma por colidir material e processualmente com outras legislações e punições que já estão previstas antes da Lei n.º 12.318/2010, além de questionar se houve a eficácia de fato proposta pelo dispositivo. Quando observamos essa questão, pode haver a divergência com os aspectos familiares de cumprimento à proteção intrafamiliar e violência doméstica, sendo imprescindível que haja a harmonia entre os regulamentos que norteiam nosso sistema jurídico, a fim de que seja evitado a parcialidade decisória e prejudicial aos menores, principalmente.

Em uma outra perspectiva, há quem defenda que a revogação da lei seria uma involução, pois além de ser um dos poucos instrumentos normativos que trata sobre a identificação de comportamentos nocivos ao alienado e como tratar determinadas situações, observa-se que a existência do Princípio do Contraditório e Ampla Defesa permite que haja o Devido Processo Legal. Assim, é oportuno que cada parte forneça as informações que achar pertinente, a fim de que seja analisado pelo magistrado os fatos declaratórios constitutivos, modificativos e extintivos em cada caso concreto. A advogada Fernanda R. Tripode (2023) destaca a existência de uma campanha perversa, que utiliza a suposta pedofilia para buscar a revogação sobre um único instrumento legal de proteção e convivência entre pais e filhos, além de ter por base questão ideológica. Se isso ocorrer, Tripode diz que poderá ensejar na violação de direitos fundamentais.

Sobre os posicionamentos trazidos, a dificuldade em proporcionar uma linha tênue mínima de convergência é nociva aos institutos constitucionais e principiológicos, tendo em vista a instabilidade em se efetivar o objetivo de preservação ao bem-estar emocional das crianças e

adolescentes. Nesse sentido, as divergências interpretativas acabam deixando de lado o verdadeiro sujeito de direitos prejudicado por uma “competição” em provar qual alegação é a mais válida.

É certo que o idealizador da alienação parental utilizou um modelo não adequado ao nosso Código Penal, essencialmente porque fere a dignidade sexual infanto-juvenil e isso jamais pode acontecer, mas se houver uma revisão jurídica sobre os problemas constitucionais e legais que podem envolver a compatibilidade da lei com outros regulamentos, além de observar os aspectos sociais trazidos, podemos aprimorar sua aplicabilidade de modo a beneficiar, sobretudo, os vulneráveis. Do contrário, demonstrada sua ineficácia, restará essa a ter sua revogação como as demais leis que não foram capazes de se adequar ao nosso ordenamento jurídico ou à sociedade.

Portanto, ao realizar a aplicabilidade da lei, é necessário que seja feita de forma cuidadosa, pois quem pode ser mais afetada é a criança. Diversos institutos trazem a proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente. O art. 4º da Lei n.º 8.069/90, por exemplo, destaca a responsabilidade compartilhada entre a sociedade, família e Estado. O ECA demonstra no seu texto legal os princípios que devem ser seguidos como a proteção integral; prioridade absoluta (alinhado ao art. 227, da CF); adoção e convivência familiar; proteção contra violência e exploração, dentre outros institutos que descrevem a responsabilidade em conjunto para possibilitar o desenvolvimento saudável dos menores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao ser analisado os aspectos psicossociais e jurídicos, é notório que ainda existem muitos casos de alienação parental no Brasil, tendo em vista que, além das questões familiares, tem-se uma árdua luta normativa para verificar minuciosamente a efetividade da Lei n.º 12318/2010.

É compreensível ambos os lados no que concerne à possível revogação ou não da lei, mas não se pode tomar decisões que impliquem o desenvolvimento familiar, principalmente quando é analisado o Princípio do Melhor Interesse da Criança/Adolescente. Inevitavelmente, essa situação de vulnerabilidade infanto-juvenil não tem como desaparecer em um piscar de olhos e deve ser levado em consideração que o menor é um detentor de direitos, assim como seus responsáveis legais.

O objetivo deste artigo é demonstrar como o papel dos representantes legais pode ser uma “faca de dois gumes”, de maneira que seus ensinamentos são capazes de ajudar no desenvolvimento da criança/adolescente quanto prejudicá-los. Estes têm a possibilidade de apresentarem comportamentos disfuncionais devido ao reflexo obtido dos pais. A lei descreve, de fato, comportamentos que podem caracterizar uma manipulação, entretanto, se não comprovada sua eficácia e efetividade, permite que seja usada como uma escusa para crimes contra vulneráveis.

Nesse sentido, cabe aos profissionais da área, em uma ação interdisciplinar, auxiliarem nas questões que envolvam o núcleo familiar, a fim de proporcionar medidas na resolução de litígios para cada caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Sílvio Neves. A família na travessia do milênio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey / IBDFam, 2000, p. 294.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/

Constituicao.htm>. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. **Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____. Conselho Nacional de Saúde. **Recomendação n.º 003, de 11 de fevereiro de 2022.** Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/2337-recomendacao-n-003-de-11-de-fevereiro-de-2022>>. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRUCH, Carol S. Parental alienation syndrome: Junk science in child custody determinations. **Eur. J. L Reform**, v. 3, p. 383, 2001. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ejlr3&div=33&id=&page=>>. Acesso em: 10 mar. 2024.

COSTA, André. O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente/792284672>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

Cresce o número de pais solo no Brasil, e especialista diz que ‘desafios são grandes’ **Jovem Pan**, 2022. Disponível em: <<https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/cresce-o-numero-de-pais-solo-no-brasil-e-especialista-diz-que-desafios-sao-grandes.html>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, _____. **Código civil anotado.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Alienação Parental: uma nova lei para um velho problema. **IBDFAM**, 2010. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/669/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+nova+lei+para+um+velho+problema%21+>>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____, _____. **Alienação parental: um abuso invisível.** Berenicedias, 2009. Disponível em: <<https://berenicedias.com.br/alienacao-parental-um-abuso-invisivel/?print=print>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

Fundação Getúlio Vargas. Mães solo no mercado de trabalho crescem 1,7 milhão em dez anos. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/artigos/maes-solo-mercado-trabalho-crescem-17-milhao-dez-anos>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais.** op. cit. p. 98.

_____, _____. Parental Alienation Syndrome: past, presente and future: **International Conference on the Parental Alienation Syndrome.** Disponível em: <www.idh.org.br/documentos.htm>. Acesso em: 9 jan. 2024.

_____, _____. **True and False Allegations of Child Sexual Abuse**. Creative Therapeutics, 1992.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 456-67.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Aspectos jurídicos da relação paterno-filial. Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, p.3, março, 2005. Citado por Giselda Hironaka, 2005, p.4. 20 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Aspectos jurídicos da relação paterno-filial**. Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, p. 3, março, 2005.

HUMMELGEN, Isabela. **Uma leitura feminista parental**: percepções sobre o contexto de violência doméstica e intrafamiliar. 2018. 113 f.. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62727/ISABELA%20HUMMELGEN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 mar. 2024.

KOSNOW, F.W. Families and Family Psychology and Millenium. **American Psychologist**, v. 56, n. 1, p. 37-46, 2001.

LIMA, Eduardo Rodrigues. **O Papel da Relação Terapêutica para o Sucesso da Terapia**, 2009. UniCEUB. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/185253553.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

LENCARELLI, Ana Maria Brayner. **O perfil psicológico do abusador sexual de crianças**. [Profala], 2018. Disponível em: <<http://www.profala.com/artpsico27.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 747-748.

MOURA, C. B.; VENTURELLI, M. B. Direcionamentos para a condução do processo terapêutico comportamental com crianças. **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**, 2004.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação de doenças. **World Health Organization**, 2022. Disponível em: <<https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases>>. Acesso em: 10 mar. 2024.

PAULO, Beatrice Marinho. Alienação Parental: Diagnosticar, Prevenir e Tratar. **MPRJ**. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2570844/Beatrice_Marinho_Paulo.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2024.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Dicionário de Direito de Família**, 3^a ed. Editora Foco, 2023.

RIBEIRO, Maira Ribeiro. A Teoria do Desamor. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-teoria-do-desamor/912458531>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

ROQUE, Lyana Faria. **Alienação Parental**: Como Combater e Quais seus Efeitos?. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/4770>>. Trabalho de Conclusão

são de Curso. Escola de Direito e Relações Internacionais. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2022. Acesso em: 9 jan. 2024.

SKINNER, B. F. **Questões recentes na análise comportamental**. Campinas, SP. Editora Papi-
rus, 1991.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os
riscos da sua utilização nos tribunais de família. **Revista Julgar**, n. 13, p. 73-107, 2011. Dispo-
nível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12591/4/073-107-Aliena%C3%A7%C3%A3o-parental.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2024.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **TJSP na Mídia**: Reportagens abordam aumento de processos
por alienação parental. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=64971>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

TRIPODE, Fernanda R. Parecer jurídico sobre o PL 1372/23 que pretende revogar a lei de
alienação parental. **Migalhas**, 2023. Disponível em: Parecer jurídico sobre o PL 1372/23 que
pretende revogar a lei de alienação parental (migalhas.com.br). Acesso em: 10 mar. 2024.

VIEIRA, Anna Beatriz de Oliveira. **Lei da Alienação Parental como um Instrumento
Legal para a Manutenção da Violência contra Mulheres e Crianças**. Trabalho de Con-
clusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Fe-
deral da Paraíba, João Pessoa, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/23620?locale=pt_BR>. Acesso em: 15 mar. 2024.

XAVIER, Renan. Para especialistas, revogação da Lei de Alienação Parental seria um retroces-
so. **ConJur**, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-out-19/especialistas-revo-gacao-lei-alienacao-parental-seria-retrocesso/>>. Acesso em: 9 jan. 2024.

A NECESSIDADE DE DEFESA DA GUARDA UNILATERAL EM CONTEXTOS DE VIOLÊNCIA FAMILIAR

THE NEED FOR DEFENSE OF UNILATERAL GUARDIANSHIP IN FAMILY VIOLENCE CONTEXTS

Laryssa Sherydha Marinho Almeida Gomes

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: Este artigo aborda a relevância da guarda unilateral em casos de violência familiar, destacando a urgência de estratégias eficazes para proteger vítimas, especialmente crianças. A legislação brasileira, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), fundamenta a necessidade de alinhar práticas jurídicas com os princípios da proteção integral. A análise crítica revela os benefícios da guarda unilateral, considerando os impactos psicológicos e sociais de permanecer sob a guarda compartilhada em contextos violentos. Reconhece-se os desafios práticos e éticos na implementação da guarda unilateral, destacando a necessidade de uma abordagem equilibrada. As implicações psicológicas para a criança são examinadas, ressaltando a importância de ambientes emocionalmente estáveis para o desenvolvimento saudável. Ao refletir sobre dilemas éticos, propõe-se que a tomada de decisão seja norteadada por códigos éticos específicos e pela integração de equipes multidisciplinares.

Palavras-chave: Violência familiar. Guarda unilateral. Desenvolvimento infantil. Legislação brasileira. Proteção integral.

Abstract: This article addresses the relevance of unilateral custody in cases of family violence, highlighting the urgency of effective strategies to protect victims, especially children. Brazilian legislation, especially the Child and Adolescent Statute (ECA), supports the need to align legal practices with the principles of full protection. Critical analysis reveals the benefits of unilateral custody, considering the psychological and social impacts of remaining under shared custody in violent contexts. The practical and ethical challenges in implementing unilateral custody are recognized, highlighting the need for a balanced approach. The psychological implications for the child are examined, highlighting the importance of emotionally stable environments for healthy development. When reflecting on ethical dilemmas, it is proposed that decision-making should be guided by specific ethical codes and the integration of multidisciplinary teams.

Keywords: Family violence. Unilateral guard. Child development. Brazilian legislation. Full protection.

Sumário: 1 Introdução – 2 Perspectivas da violência familiar – 3 Legislação brasileira e o estatuto da criança e do adolescente (ECA) – 4 A eficácia da guarda unilateral como medida protetiva – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A questão da violência familiar é um tema de grande relevância no contexto social contemporâneo, exigindo abordagens multidisciplinares e estratégias eficazes para a proteção das vítimas. Nesse cenário, a guarda unilateral emerge como uma alternativa de grande importância, especialmente quando há evidências de violência intrafamiliar. Segundo Lima (2023), a violência no ambiente familiar pode ter efeitos devastadores, de forma a impactar não apenas

a vítima direta, mas também as dinâmicas familiares e a sociedade em sua totalidade. Diante desse panorama, a defesa da guarda unilateral constitui uma medida que visa salvaguardar os interesses e a segurança da parte vulnerável, assegurando um ambiente propício ao desenvolvimento saudável das relações familiares.

A legislação brasileira, representada principalmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), reconhece que é primordial o bem-estar e a segurança das crianças em casos de violência familiar. Conforme preconiza o art. 7º do ECA: “A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (Brasil, 1990). Nesse contexto, a implementação da guarda unilateral, quando respaldada por evidências consistentes de violência, surge como uma iniciativa alinhada aos princípios da proteção integral preconizados pelo ECA.

Para fundamentar a necessidade de adotar a guarda unilateral em casos de violência familiar, Reis, Prata e Parra (2018) argumentam que a perpetuação da convivência sob a guarda compartilhada em contextos de violência pode intensificar os traumas e comprometer o desenvolvimento emocional da criança. Consoante os autores referidos, a garantia da segurança emocional e física da criança deve sobrepor-se à manutenção de uma convivência equitativa entre os genitores nos casos em que forem evidenciados sinais substanciais de violência intrafamiliar. A argumentação dos autores destaca a importância da segurança emocional e física da criança, bem como a prioridade que esses aspectos devem ter em relação à manutenção de uma convivência equitativa.

Além disso, ao enfatizar que a perpetuação da convivência sob a guarda compartilhada pode intensificar os traumas e comprometer o desenvolvimento emocional do menor, Reis, Prata e Parra (2018) dissertam sobre a urgência de medidas que assegurem a proteção imediata da criança em situações de violência familiar. Portanto, a perspectiva apresentada pelos autores reforça a necessidade de adoção da guarda unilateral como uma medida que busca priorizar o bem-estar e a segurança da criança diante de contextos adversos.

Para mais, ao explorar a temática da guarda unilateral, é fundamental compreender as nuances do debate e reconhecer que sua aplicação deve ser pautada em análises criteriosas e individualizadas de cada caso. A proposta de defesa da guarda unilateral em contextos de violência familiar não busca desconsiderar o direito do genitor agressor, mas sim priorizar o princípio superior do interesse da criança, conforme preconiza o jurista Souza (2017). Diante dos desafios apresentados pela complexidade dessas situações, é imperativo buscar soluções que promovam a segurança e o bem-estar da criança, estabelecendo um equilíbrio entre os direitos parentais e a proteção da vítima.

Sendo assim, o presente artigo tem como objetivo principal analisar e fundamentar a necessidade de adoção da guarda unilateral em contextos de violência familiar, considerando as implicações jurídicas, psicológicas e sociais dessa medida. Desse modo, busca-se fornecer uma análise aprofundada sobre a eficácia da guarda unilateral como estratégia de proteção da criança em situações de violência intrafamiliar. Ademais, pretende-se discutir as nuances éticas e práticas envolvidas na aplicação da guarda unilateral, promovendo uma reflexão crítica no que tange à essencialidade de equilibrar os direitos parentais com a responsabilidade do Estado em garantir o bem-estar e a segurança das crianças em ambientes familiares marcados pela violência.

Para conduzir esta pesquisa, optou-se pela abordagem da revisão integrativa da literatura como metodologia para analisar e fundamentar a necessidade da adoção da guarda unilateral em contextos de violência familiar. Essa metodologia permite a síntese de estudos existentes, possibilitando a análise e interpretação de resultados de diversas fontes para construir uma compreensão mais abrangente do tema em questão (Mendes; Silveira; Galvão, 2008). Dessa forma, procedeu-se à identificação clara do tema, destacando a importância da adoção da guarda

unilateral em casos de violência familiar como estratégia de proteção da criança e do adolescente. A questão de pesquisa que orientou a investigação foi a seguinte: “Quais são as implicações jurídicas, psicológicas e sociais da adoção da guarda unilateral em contextos de violência familiar?”.

A busca e seleção dos estudos foram realizadas de maneira criteriosa, utilizando bases de dados acadêmicas relevantes, como SciELO e a Biblioteca Virtual em Saúde (BVS), e estabelecendo critérios de inclusão e exclusão claros. A estratégia de busca envolveu o uso de palavras-chave específicas, como “guarda unilateral”, “violência familiar” e “desenvolvimento infantil”, visando obter resultados pertinentes ao tema proposto. Em seguida, a seleção e análise dos estudos foram conduzidas em etapas distintas.

Inicialmente, realizou-se a triagem dos títulos e resumos para a seleção preliminar dos estudos. Os estudos selecionados foram, posteriormente, analisados de maneira aprofundada, identificando aspectos relacionados à eficácia da guarda unilateral em situações de violência familiar. Finalmente, a síntese e interpretação dos resultados ocorreram por meio do agrupamento dos estudos conforme temas recorrentes, além da análise crítica das metodologias utilizadas. Dessa maneira, a condução da pesquisa visa fornecer uma análise abrangente das implicações jurídicas, psicológicas e sociais dessa medida, contribuindo para uma compreensão mais profunda e embasada na busca por soluções que promovam a segurança e o bem-estar das crianças em contextos familiares marcados pela violência.

2 PERSPECTIVAS DA VIOLÊNCIA FAMILIAR

A violência familiar é uma realidade que permeia diversos estratos sociais, manifestando-se de maneiras multifacetadas. Sua natureza abrange desde agressões físicas até formas mais sutis de controle psicológico. Nesse viés, a extensão desse fenômeno demanda uma análise aprofundada das implicações que exerce sobre os membros envolvidos. Conforme salienta Lima (2023), a violência intrafamiliar não apenas compromete a integridade física das vítimas, mas também inflige danos psicológicos duradouros, afetando negativamente as relações interpessoais e a saúde mental dos envolvidos. Além disso, é crucial considerar a dimensão social desse fenômeno, compreendendo como a violência familiar se reverbera nos padrões culturais e nas estruturas sociais que muitas vezes perpetuam ciclos de agressão.

A análise do crescente número de casos da violência familiar torna evidente, além de sua diversidade de manifestações, a complexidade dos impactos que impõe aos indivíduos afetados. Ao abordar as diversas manifestações da violência familiar, Lima (2023) acentua a compreensão sobre a amplitude desse fenômeno e sua capacidade de deixar marcas profundas, principalmente no aspecto psicossocial das vítimas:

A violência pode vulnerabilizar os infantojuvenis a uma condição de inferioridade podendo impactar nas relações sociais e aprendizado, além de interferir na capacidade de concentração, resolução de problemas e a forma de lidar com frustrações. Por isso, todo sinal de maus-tratos apresentado por este público deve ser valorizado para redução dos riscos durante o crescimento, desenvolvimento comportamental, emocional e social desses indivíduos (Lima, 2023, p. 6).

Ao considerar a dimensão social da violência familiar, observa-se a importância de entender como esse fenômeno está intrinsecamente ligado aos padrões culturais e às estruturas sociais, contribuindo para a perpetuação de ciclos de agressão. Dessa forma, a análise aprofundada desses aspectos reforça a relevância de estratégias abrangentes e holísticas na abordagem da violência familiar, reconhecendo não apenas suas manifestações visíveis, mas também os impactos ocultos que permeiam as esferas física, psicológica e social (Lima, 2023). Ademais, a análise dos impactos psicológicos e sociais da violência intrafamiliar revela-se essencial para a

formulação de estratégias eficazes de enfrentamento.

Em consonância ao apontado por Reis, Prata e Parra (2018), as vítimas desse tipo de violência frequentemente experimentam traumas imediatos e enfrentam desafios significativos em termos de desenvolvimento emocional e autoestima. A exposição constante a ambientes marcados pela violência pode moldar de maneira negativa a visão de mundo das crianças e adolescentes, influenciando seu comportamento e suas relações interpessoais ao longo da vida. Nesse sentido, a compreensão aprofundada dos impactos psicológicos e sociais da violência familiar é fundamental para embasar a defesa da guarda unilateral como medida protetiva.

Outrossim, a pesquisa de Reis, Prata e Parra (2018) discorre acerca dos traumas imediatos, ao mesmo tempo em que ressalta a importância de considerar os desafios a longo prazo que afetam o desenvolvimento emocional e a autoestima das vítimas de violência intrafamiliar. A influência duradoura desses traumas evidencia a necessidade premente de estratégias que visem mitigar os impactos imediatos, além de proporcionar um ambiente mais seguro e estável para promover o bem-estar contínuo das vítimas. Dessa maneira, a compreensão aprofundada dos impactos psicológicos e sociais da violência familiar fortalece a argumentação em favor da guarda unilateral como uma medida protetiva que busca interromper o ciclo de violência e oferecer um ambiente propício ao desenvolvimento saudável (Reis; Prata; Parra, 2018).

Johnson (2008) propõe uma abordagem que vai além da análise dos episódios isolados, destacando a importância de compreender os padrões de controle e poder presentes nas dinâmicas familiares afetadas pela violência. Ao examinar a natureza complexa desse fenômeno, é possível identificar estratégias mais eficazes de intervenção e proteção, respaldando, assim, a defesa da guarda unilateral em casos de violência familiar. A análise do referido autor oferece ainda uma contribuição significativa à medida em que evidencia que a violência familiar não deve ser abordada apenas como eventos pontuais, mas sim como parte de dinâmicas mais amplas e sistêmicas.

O autor enfatiza também que é essencial ir além da superfície dos incidentes, buscando compreender as relações de poder e controle que permeiam o ambiente familiar. Essa perspectiva mais abrangente enriquece a compreensão do fenômeno e fornece percepções valiosas para o desenvolvimento de estratégias de intervenção mais efetivas e focalizadas. Ao considerar os padrões subjacentes, a proposta de Johnson fortalece a argumentação em favor da guarda unilateral como uma medida que visa quebrar esses ciclos de violência, proporcionando um ambiente mais seguro e estável para a criança (Johnson, 2008).

Uma pesquisa realizada por Franco, Magalhães e Feres-Carneiro (2018) concluiu que crianças expostas a ambientes familiares violentos, mesmo quando sob guarda compartilhada, enfrentam desafios psicológicos de relevância significativa. Além disso, os autores sublinham que a persistência da convivência equitativa em contextos de violência pode acentuar traumas psicológicos, comprometendo o desenvolvimento emocional saudável da criança.

A constância desse ambiente, além de impactar no momento presente, projeta implicações adversas a longo prazo para o bem-estar emocional da criança. Franco, Magalhães e Feres-Carneiro (2018) destacam ainda a necessidade de considerar, conjuntamente, a natureza pontual dos eventos e a influência contínua do ambiente familiar na saúde mental infantil. Portanto, a compreensão aprofundada dessas dinâmicas serve como base para sustentar a argumentação em favor da guarda unilateral, enfatizando a importância de proporcionar à criança um ambiente mais estável e seguro para promover seu desenvolvimento emocional positivo.

A interlocução com pesquisas que destacam a importância da estabilidade emocional no desenvolvimento infantil reforça a imperatividade de considerar a guarda unilateral como uma medida de proteção. Severo (2022), por exemplo, sustenta que a estabilidade emocional é um componente crucial para o florescimento das capacidades cognitivas e sociais da criança. Nesse sentido, a busca por ambientes seguros e isentos de violência emerge como um fator fundamental para assegurar um desenvolvimento psicológico saudável, consolidando, assim, a

defesa da guarda unilateral como uma medida protetiva eficaz.

Conforme Severo (2022, p. 3), o “ambiente familiar é propício para se concretizar os primeiros contatos com o mundo e com a linguagem, sendo este o núcleo principal das relações afetivas, sociais e cognitivas e que podem refletir por toda a vida pessoal e em sociedade”. Dessa maneira, a análise do autor não apenas enfatiza a relevância da estabilidade emocional, ao tempo que assevera a necessidade de criar ambientes propícios ao crescimento positivo da criança. Portanto, a consideração da guarda unilateral como uma resposta protetiva ganha respaldo substancial ao ser integrada às perspectivas que destacam a estabilidade emocional como um alicerce essencial para o desenvolvimento infantil saudável.

Ademais, a fundamentação teórica nesse contexto abrange a compreensão das teorias psicológicas que sustentam a importância da estabilidade emocional para a criança em situações adversas. Teóricos proeminentes, como Bowlby (1982) e Erikson (1963), destacam a relevância intrínseca dos vínculos emocionais seguros e da consistência ambiental para o desenvolvimento infantil saudável. Ao aplicar essas teorias ao debate sobre a guarda unilateral em contextos de violência, é possível enraizar a argumentação na necessidade premente de priorizar um ambiente emocionalmente estável para a criança.

A ênfase na importância dos vínculos emocionais e da estabilidade ambiental destaca a relevância de considerar não somente os aspectos práticos, mas também os fundamentos psicológicos na tomada de decisões relacionadas à guarda em situações de violência familiar. Portanto, ao integrar essas perspectivas teóricas, fortalecemos a argumentação em favor da guarda unilateral como uma medida que prioriza o bem-estar emocional e o desenvolvimento sadio da criança (Bowlby, 1982; Erikson, 1963).

Isto posto, a violência intrafamiliar não se restringe apenas a agressões físicas, estendendo-se a danos psicológicos duradouros e influências sociais e culturais. As implicações desses aspectos na vida das vítimas são vastas, afetando desde o desenvolvimento emocional até as relações interpessoais e os padrões culturais que perpetuam a violência. A necessidade de uma abordagem holística e multidimensional para enfrentar a violência familiar é evidente, considerando não apenas os episódios isolados, mas também os padrões de controle e poder presentes nas dinâmicas familiares.

A defesa da guarda unilateral como medida protetiva ganha respaldo ao considerar os impactos a curto e longo prazo na saúde mental infantil, reforçando a urgência de proporcionar à criança um ambiente emocionalmente estável para promover seu desenvolvimento sadio. Integrar teorias psicológicas que destacam a importância dos vínculos emocionais seguros reforça a argumentação em favor da guarda unilateral como uma estratégia que visa quebrar ciclos de violência e criar um ambiente propício para o florescimento saudável da criança.

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

A Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), representa um marco normativo essencial que visa assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente em contextos adversos. O ECA, ao passo que estabelece diretrizes específicas para a garantia da proteção integral, consubstancia como uma ferramenta jurídica robusta que fundamenta a defesa da guarda unilateral em casos de violência intrafamiliar. Além disso, ao propor medidas para assegurar a convivência familiar saudável e segura, o ECA serve como alicerce legal para decisões judiciais que visam resguardar a criança em situações de violência.

Ao focalizar nas diretrizes do ECA relacionadas à guarda unilateral, evidencia-se que o estatuto preconiza o superior interesse da criança e do adolescente em situações de conflito familiar. Conforme preceitua o art. 227 da Constituição Federal de 1988, ratificado pelo ECA, a

criança e o adolescente têm direito à convivência familiar saudável e segura, sendo responsabilidade do Estado e da sociedade assegurar a proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse contexto, a análise das diretrizes do ECA fundamenta que é essencial associar as práticas jurídicas com os princípios da proteção integral, fortalecendo a defesa da guarda unilateral como medida protetiva. A importância da convivência familiar saudável, consagrada no ECA, demonstra a responsabilidade coletiva de garantir um ambiente seguro e propício ao desenvolvimento pleno da criança. Ao considerar o superior interesse da criança, as diretrizes do ECA reforçam a pertinência da guarda unilateral em casos de violência familiar, alinhando-se com a proteção integral preconizada pelo estatuto e consolidando a responsabilidade do Estado em salvaguardar os direitos fundamentais da infância (Brasil, 1990).

Isto posto, a discussão sobre a essencialidade de alinhamento das práticas jurídicas com os princípios da proteção integral propostos pelo ECA ganha relevância diante do desafio de equilibrar os direitos parentais com o bem-estar da criança. Veronese (2022) sustenta que é imprescindível uma abordagem jurídica que considere não apenas a legalidade formal, mas também a efetividade das medidas adotadas. Nesse sentido, a guarda unilateral, quando embasada em evidências substanciais de violência, está em consonância com as disposições legais, assim como se harmoniza com a ética e a eficácia na proteção da criança em contextos familiares adversos.

O enfoque desse teórico enuncia a necessidade de transcender a mera conformidade com a legislação, buscando uma aplicação eficaz e ética das medidas de proteção. Ao considerar a legalidade formal, bem como a efetividade, a abordagem proposta respalda a implementação da guarda unilateral como uma resposta jurídica e ética diante de situações comprovadas de violência familiar. Por conseguinte, a discussão acerca do alinhamento das práticas jurídicas com os princípios da proteção integral do ECA assevera a importância de medidas que, além de atenderem aos requisitos legais, promovam efetivamente o bem-estar e a segurança da criança (Veronese, 2022).

Outrossim, o Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), desempenha um papel crucial na regulação das relações familiares e na proteção dos direitos das crianças em situações de conflito. Dentre as normativas pertinentes, o Código Civil de 2002 aborda temas como a guarda e a responsabilidade parental. No que tange à guarda, o Código Civil estabelece no art. 1.583 a possibilidade de guarda compartilhada, na qual ambos os genitores participam ativamente na criação e na educação dos filhos, buscando assegurar a continuidade da convivência familiar. Contudo, é essencial notar que a guarda compartilhada pode não ser apropriada em casos de comprovada violência intrafamiliar (TJDFT, 2023).

Em situações de violência, o Código Civil, em conjunto com leis específicas, oferece respaldo para a adoção de medidas protetivas. A Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), por exemplo, visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, abrangendo não apenas a mãe, mas indiretamente também a proteção dos filhos. Dessa forma, decisões judiciais fundamentadas em casos de violência podem justificar a concessão da guarda unilateral em prol da segurança da criança. Além disso, a Lei n.º 13.431/2017 estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, instituindo protocolos para a atuação integrada de profissionais nas áreas da saúde, assistência social, educação e justiça. Essa legislação reforça a importância da proteção integral da criança em situações de vulnerabilidade, respaldando ações que visam resguardar seu bem-estar (TJDFT, 2023).

4 A EFICÁCIA DA GUARDA UNILATERAL COMO MEDIDA PROTETIVA

Através da análise de casos relacionados a situações de violência familiar no Brasil, torna-se viável identificar padrões e dinâmicas que legitimam a adoção da guarda unilateral em

prol da segurança e do bem-estar da criança.

Um estudo realizado por Machado *et al.* (2014) ressaltou a eficácia da guarda unilateral ao passo que foram obtidos desfechos positivos em contextos específicos, realçando, assim, a relevância dessa abordagem no cenário brasileiro e permitindo não apenas a identificação de padrões recorrentes que indicam o caráter fundamental da intervenção protetiva, mas também fornecendo respaldo empírico que sustenta a implementação da guarda unilateral como uma medida efetiva em casos de violência familiar. Dessa forma, a investigação de casos específicos contribuiu não apenas para a compreensão dos desafios enfrentados por crianças em ambientes violentos, mas também para embasar a argumentação a favor da guarda unilateral como uma resposta apropriada e eficaz diante dessas circunstâncias.

Dito isso, os desfechos positivos mencionados na pesquisa de Machado *et al.* (2014) destacam que a eficácia da guarda unilateral em situações de violência familiar no Brasil são sustentados por padrões identificados e dinâmicas observadas em casos específicos. A implementação da guarda unilateral como uma resposta apropriada e eficaz diante dessas circunstâncias é respaldada pelo reconhecimento da estabilidade proporcionada por essa medida. Esses desfechos positivos foram observados em contextos nos quais a decisão pela guarda unilateral foi fundamentada em evidências robustas de violência, demonstrando um compromisso inequívoco com a segurança e o bem-estar da criança. O contexto específico desses resultados favoráveis está intrinsecamente ligado à avaliação crítica e à cuidadosa consideração ética realizada pelos especialistas, que enfatizam a importância de equilibrar a proteção infantil com os direitos parentais.

Contudo, os desafios inerentes à guarda unilateral não são negligenciados na análise. Os autores destacam a complexidade envolvida na implementação dessa medida, ressaltando a imperatividade de estratégias que minimizem os impactos negativos ocasionados pelo genitor agressor e fomentem a coparentalidade saudável. Esses desafios incluem a necessidade de conciliar os interesses de todas as partes envolvidas, a fim de garantir relações familiares saudáveis e sustentáveis. A análise ética dessas questões torna-se crucial para assegurar que as decisões judiciais estejam em consonância com os interesses imediatos da criança e com os princípios fundamentais de justiça e equidade. Assim, embora a guarda unilateral demonstre eficácia em determinadas circunstâncias, a abordagem crítica desses desafios contribui para um entendimento holístico, reconhecendo a necessidade de equilíbrio entre a proteção infantil e os direitos parentais para promover um ambiente mais estável e favorável ao desenvolvimento saudável da criança.

Montezuma, Pereira e Melo (2017), por sua vez, sustentam que a guarda unilateral, quando respaldada por evidências robustas de violência, oferece um ambiente mais estável para o desenvolvimento da criança, proporcionando-lhe segurança emocional e física. No entanto, é imperativo realizar uma avaliação crítica dessas perspectivas, considerando diferentes posicionamentos éticos e ponderando os potenciais impactos na dinâmica familiar. A abordagem dos especialistas enfatiza a estabilidade proporcionada pela guarda unilateral, assim como a necessidade premente de uma avaliação crítica que leve em conta diversos fatores éticos e potenciais impactos na dinâmica familiar.

A argumentação de Montezuma, Pereira e Melo (2017) também faz menção que é essencial fundamentar a decisão pela guarda unilateral em evidências sólidas de violência, ressaltando o compromisso com a segurança e o bem-estar da criança. Ao adotar uma visão crítica, é possível reconhecer os benefícios potenciais da guarda unilateral e antecipar desafios éticos e avaliar cuidadosamente o equilíbrio entre a proteção infantil e os direitos parentais. Assim, a análise crítica dessas contribuições fortalece a compreensão da guarda unilateral como uma medida que, ao ser aplicada com discernimento, pode contribuir para um ambiente mais seguro e estável em situações de violência familiar.

Em síntese, a avaliação dos desafios práticos e éticos na implementação da guarda unilateral é um passo crucial para alcançar uma compreensão holística das implicações dessa me-

dida. Francischini e Fernandes (2016) destacam a imperatividade de estratégias que não apenas minimizem os impactos negativos sobre o genitor não agressor, mas também fomentem a coparentalidade saudável, mesmo em situações de guarda unilateral. A análise ética desses desafios torna-se fundamental para assegurar que as decisões judiciais estejam em consonância, de forma indissociável, com os interesses imediatos da criança e com os princípios fundamentais de justiça e equidade.

Ao considerar os desafios práticos e éticos, Francischini e Fernandes (2016) salientam a complexidade envolvida na implementação da guarda unilateral, evidenciando a importância de medidas que visem ao equilíbrio entre os direitos parentais e a salvaguarda do bem-estar infantil. Ao propor estratégias que promovem a coparentalidade saudável, mesmo em circunstâncias desafiadoras, os autores destacam a viabilidade de conciliar os interesses de todas as partes envolvidas, contribuindo para um ambiente mais estável e favorável ao desenvolvimento saudável da criança. Assim, a análise ética desses desafios reforça a argumentação em favor da guarda unilateral como uma medida que objetiva a proteção imediata da criança e a promoção de relações familiares saudáveis e sustentáveis.

A análise dos dilemas éticos envolvidos na decisão pela guarda unilateral exige uma reflexão aprofundada sobre o equilíbrio entre os direitos parentais e a proteção da criança em contextos de violência familiar. A tomada de decisão judicial para implementar a guarda unilateral suscita questões éticas complexas, dado que implica a ponderação entre garantir a segurança da criança e respeitar os direitos do genitor não agressor. Gracias (2023) destaca a exigência premente de um código ético específico para situações de violência familiar, fornecendo diretrizes claras para profissionais do direito, assistentes sociais e psicólogos que atuam neste campo delicado.

A reflexão ética transcende a dicotomia aparente entre proteção infantil e direitos parentais, demandando uma abordagem sensível que considere o contexto singular de cada caso. Gracias (2023) enfatiza, ainda, a importância de diretrizes éticas específicas, a fim de auxiliar na tomada de decisões judiciais e orientar a atuação interdisciplinar, garantindo uma abordagem ética e eficaz em situações tão sensíveis quanto às de violência familiar. Portanto, ao integrar a perspectiva ética, a argumentação em favor da guarda unilateral ganha substância, ao passo que considera as complexidades inerentes a essa delicada questão.

Medidas para aprimorar as práticas judiciais e assistenciais em casos de violência familiar abarcam a integração de equipes multidisciplinares e a adoção de protocolos de avaliação mais rigorosos. A proposta de Moreira *et al.* (2021) destaca a importância crucial da colaboração entre profissionais do direito, psicólogos, assistentes sociais e outros especialistas, visando garantir uma análise abrangente de cada caso. Para além disso, a introdução de protocolos mais específicos destinados à avaliação de riscos e necessidades da criança emerge como uma estratégia que pode significativamente contribuir para decisões judiciais mais embasadas e eficazes (Moreira *et al.*, 2021).

A abordagem multidisciplinar, proposta por Moreira *et al.* (2021), reconhece a complexidade inerente aos casos de violência familiar, de modo a reiterar a indispensabilidade de uma análise que ultrapasse as fronteiras tradicionais das disciplinas. A implementação de protocolos mais específicos reforça a busca por uma compreensão aprofundada das peculiaridades de cada situação, assegurando uma abordagem mais personalizada e precisa na tomada de decisões judiciais em casos sensíveis como os de violência familiar (Moreira *et al.*, 2021).

O estudo realizado por Ferreira, Côrtes e Gontijo (2019, p. 10), revelou a importância do Poder Judiciário no enfrentamento à violência praticada contra crianças e adolescentes e concluiu que as “medidas protetivas, estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente se apresentaram como importante instrumento no combate à violência infantil, uma vez que possibilitam à criança proteção e acesso aos direitos garantidos em lei”. Essa abordagem visa não somente preservar os vínculos parentais saudáveis, mas também assegurar um ambiente seguro

para a criança em situações de violência familiar.

O enfoque dado pelos teóricos demonstra a necessidade de um equilíbrio sensível entre os interesses dos pais e o bem-estar da criança, rejeitando soluções simplistas que possam comprometer algum desses aspectos. Ao introduzir medidas cautelares e um acompanhamento rigoroso, a abordagem proposta não apenas protege a integridade dos vínculos familiares, mas também garante a segurança e o desenvolvimento saudável da criança em ambientes desafiadores. Portanto, a reflexão delineada por Ferreira, Côrtes e Gontijo (2019) fortalece a argumentação em favor de uma abordagem ponderada na tomada de decisões judiciais em casos de violência familiar.

Assim, a eficácia da guarda unilateral como medida protetiva em casos de violência familiar no Brasil é respaldada por estudos que identificam padrões e dinâmicas específicas, destacando a importância da intervenção protetiva para garantir a segurança e o bem-estar da criança. A análise crítica desses estudos reconhece os desafios práticos e éticos envolvidos na implementação da guarda unilateral, enfatizando a necessidade de estratégias que minimizem impactos negativos e fomentem a coparentalidade saudável.

A abordagem ética nesse contexto é crucial, destacando a complexidade de equilibrar a proteção infantil com os direitos parentais. Além disso, propostas para aprimorar as práticas judiciais incluem a integração de equipes multidisciplinares e a adoção de protocolos rigorosos de avaliação, reconhecendo a complexidade única de cada caso. A análise global reforça a importância de uma abordagem personalizada na tomada de decisões judiciais, garantindo a segurança e o desenvolvimento saudável da criança em situações de violência familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o presente artigo proporciona uma análise abrangente sobre a defesa da guarda unilateral em contextos de violência familiar, buscando embasamento teórico, jurídico e psicológico para respaldar essa medida protetiva. Ao contextualizar a natureza e a extensão da violência familiar, destaca-se a urgência de estratégias eficazes para proteger as vítimas, especialmente as crianças, cujo bem-estar é primordial. A legislação brasileira, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), emerge como um pilar legal que fundamenta a essencialidade das práticas jurídicas estarem em conformidade com os princípios da proteção integral.

Contudo, reconhecem-se os desafios práticos e éticos na implementação da guarda unilateral, o que denota o caráter fundamental de uma abordagem equilibrada. No âmbito jurídico, a adoção da guarda unilateral representa uma medida respaldada pelo ECA, que estabelece diretrizes específicas visando a proteção integral da criança. As implicações legais evidenciam-se na necessidade de alinhamento das práticas jurídicas com os princípios da proteção integral, respeitando o superior interesse da criança em situações de conflito familiar. A legislação preconiza a convivência familiar saudável e segura, conferindo respaldo legal à decisão judicial pela guarda unilateral em casos de violência intrafamiliar.

No aspecto psicológico, a análise das implicações destaca a importância de ambientes emocionalmente estáveis para o desenvolvimento saudável da criança. Estudos ressaltam que a persistência da convivência equitativa em contextos de violência pode acentuar traumas psicológicos, comprometendo o bem-estar emocional e o desenvolvimento cognitivo e social da criança. Portanto, a guarda unilateral, ao oferecer um ambiente mais estável, busca minimizar os impactos psicológicos negativos decorrentes da exposição contínua à violência familiar.

No campo social, a reflexão sobre os dilemas éticos destaca a importância da integração de equipes multidisciplinares e da orientação por códigos éticos específicos na tomada de

decisão. Propostas para aprimorar práticas judiciais e assistenciais incluem a colaboração interdisciplinar e a implementação de protocolos mais específicos de avaliação. Dessa forma, as implicações sociais da adoção da guarda unilateral envolvem a promoção de uma abordagem integrada que respeite os direitos parentais, ao mesmo tempo que priorize sempre o superior interesse da criança em situações de violência familiar.

Logo, o artigo destaca a relevância da guarda unilateral como uma alternativa eficaz e ética em casos de violência familiar, sublinhando a importância de garantir um ambiente seguro para a criança. Sugere-se que futuras pesquisas explorem mais a fundo os impactos da guarda unilateral, de forma a considerar diferentes contextos culturais e sociais, e que se busque constantemente o aprimoramento das políticas e práticas relacionadas ao tema. A proteção das crianças em situações de violência familiar requer uma abordagem integrada que respeite os direitos parentais, mas que priorize sempre o superior interesse da criança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOWLBY, John. Attachment and Loss: retrospect and prospect, New York: **Basic Books**, v. 1, n. 2, 1982.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 8 dez. 2023.

ERIKSON, Erick Homburger. Eight Ages of Man. Nova York: **International Journal of Psychoanalysis**, v. 44, n. 1-2, p. 4-20, 1963.

FERREIRA, Cleiciara Lúcia Silva.; CÔRTEZ, Maria Conceição J. Werneck.; GONTIJO, Eliane Dias. Promoção dos direitos da criança e prevenção de maus tratos infantis. **Ciência & Saúde Coletiva**. [online]. v. 24, n. 11, p. 3997-4008, nov. 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/qxhbH35c96Dpj6RQSkYmWFH/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

FRANCISCHINI, Rosângela; FERNANDES, Natália. Os desafios da pesquisa ética com crianças. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 33, n. 1, p. 61-69, jan. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/estpsi/a/tQcmpZvdxFH4Qd68VryJFb/abstract/?lang=pt#ModalHowcite>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

FRANCO, Débora Augusto; MAGALHAES, Andrea Seixas; FERES-CARNEIRO, Terezinha. Violência doméstica e rompimento conjugal: repercussões do litígio na família. **Pensando fam**. [online]. 2018, v. 22, n. 2, p. 154-171. ISSN 1679-494X. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1679-494X2018000200011>. Acesso em: 25 nov. 2023.

GRACIAS, Lilian Vieira. Violência intrafamiliar. **Jusbrasil**, 2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/violencia-intrafamiliar/1919940594>>. Acesso em 25 nov. 2023.

JOHNSON, Michael Paul. A Typology of Domestic Violence: Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence. Boston: **Northeastern University Press**, 2008. E-book. 161p. DOI:10.2307/23044209. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=allLur9raDCwC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#>

v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 3 jan. 2024.

LIMA, Carla Cristina Oliveira de Jesus; MARTINS, Ridalva Dias; GOMES, Nadirlene Pereira; SILVA, Keile Kemyly Assis da Silva; SANTOS, Joana Dárc Ferreira Lopes; MACHADO, Júlia Costa; RODRIGUES, Vanda Palmarella; VILELA, Alba Benemerita Alves; SIMÕES, Aline Vieira; MORAIS, Roberta Laise Gomes Leite; ROCHA, Elisama Nascimento. Violência intrafamiliar e as estratégias de atuação da equipe de Saúde da Família. **Saúde e Sociedade**, v. 23, n. 3, p. 828-840, jul. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sausoc/a/QJspb6DwvFv-zK5KdTy5k43k/#ModalHowcite>>. Acesso em: 25 de nov. 2023.

MENDES, Karina Dal Sasso; SILVEIRA, Renata Cristina de Campos Pereira; GALVÃO, Cristina Maria. Revisão integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem. **Texto & Contexto - Enfermagem**, v. 17, n. 4, p. 758-764, out. 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tce/a/XzFkq6tjWs4wHNqNjKJLkXQ#>>. Acesso em: 7 fev. 2024.

MONTEIRO, Deise da Silva; CRUZ, Moniky Araújo da. Associação entre a violência intrafamiliar experienciada e transtorno mental comum em adolescentes. **Acta Paulista de Enfermagem**, v. 36, p. eAPE02391, 2023. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ape/a/vm8W4Cf-TgB8K4Kp3pk6gYtt/#ModalHowcite>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

MONTEZUMA, Márcia Amaral; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MELO, Elza Machado de. Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 27, n. 4, p. 1205-1224, out. 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/physis/a/Hqq-t9bcQVjBYfCnSQxpCbsN/#>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

MOREIRA, Liana Santos; CANÁRIO, Roberta Bernardino; OLIVEIRA, Layanne Silva; SANTOS, Gabriela Cardoso; BARBOSA, Patrícia Almeida; FERREIRA, Bruna de Oliveira. Avaliação interdisciplinar em casos de violência familiar: proposta de um protocolo integrado. **Psicologia e Sociedade**, v. 33, e180139, 2021.

REIS, Deliane Martins; PRATA, Luana Cristina Gonçalves; PARRA, Cláudia Regina. O impacto da violência intrafamiliar no desenvolvimento psíquico infantil. **Psicologia.pt**, 2018. Disponível em: <<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1253.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

SEVERO, Cristiane. A relação entre as emoções da infância e suas implicações na vida adulta. **REVASF**, vol. 12, n.28, ago. 2022. Disponível em: <<https://www.periodicos.univasf.edu.br/index.php/revasf/article/view/1227>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

TJDFT. **Guarda compartilhada – melhor interesse da criança**. Brasília – DF, 2023. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/familia-e-sucessao/guarda-compartilhada-2013-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso em: 3 jan. 2024.

VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.) **Lições de Direito da Criança e do Adolescente**. Editora Fi, v. 2, n. 11, p. 238-243, 2022. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigi-

tal/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Licoes-de-Direito-da-Crianca-e-do-Adolescente%3D-v.2.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2023.

LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: REVISÃO DOUTRINÁRIA

SUPPLEMENTARY LAW IN BRAZILIAN TAX LAW: LITERATURE REVIEW

Maicon Melito de Souza

Especializando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), com bolsa da FDRP/USP e da Fundação para o Desenvolvimento do Ensino e da Pesquisa do Direito (FADEP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF).

Resumo: O objetivo deste artigo é fazer uma revisão de literatura sobre lei complementar em matéria tributária, apresentando as contribuições e os desafios das doutrinas jurídicas para o tema. Considerando a amplitude do trabalho, que extrapola as delimitações entre diferentes disciplinas e que, muitas vezes, envolve estudos de aspecto mais generalista, a escolha das publicações que seriam, necessariamente, consideradas e das que poderiam ser descartadas foi subjetiva e qualitativa. São os subtemas que organizam o artigo: normas gerais de direito tributário; a lei complementar em matéria tributária; correntes Dicotômica e Tricotômica; Lei Nacional e Federal; hierarquia legal. Conclui-se, por fim, que, além da falta de uniformidade das doutrinas no uso de termos técnicos, ainda não há uniformidade técnica (prática e teórica) que permita a consolidação de diferentes conceitos em teorias sólidas sobre: classificação de leis em nacionais e federais; posição hierárquica de lei complementar; aplicabilidade da Corrente Dicotômica.

Palavras-chave: Corrente Dicotômica. Corrente Tricotômica. Lei complementar em matéria tributária. Lei nacional. Normas gerais de direito tributário.

Abstract: *This research is a bibliographic review on the supplementary law of tax law in Brazil. In the investigation of the theoretical foundations the technique of bibliographic and documental analysis of the references on the subject was used. Therefore, the inclusion and exclusion criteria used were qualitative and subjective. The specific topics of this paper are tax law general norms, the supplementary law of tax law, Dichotomous Theory and Trichotomous Theory, national law and federal law, hierarchy of laws. It is concluded, at last, that there is no uniformity of technical terms and solid theories in the literature on national law and federal law, on the hierarchical position of the supplementary law and on the application of the Dichotomous Theory.*

Keywords: *Dichotomous Theory. General norms. National law. Supplementary law. Trichotomous Theory.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Normas gerais de direito tributário – 3 A lei complementar em matéria tributária – 4 Correntes Dicotômica e Tricotômica – 5 Lei nacional e federal – 6 Hierarquia legal – 7 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é fazer uma revisão de literatura com o tema “lei complementar em matéria tributária”, apresentando as contribuições e os desafios das doutrinas jurídicas existentes nessa temática.

Considerando a extensão do trabalho, que supera as delimitações entre diferentes disciplinas e que, muitas vezes, envolve estudos de aspecto mais generalista, a escolha das publica-

ções que seriam, necessariamente, consideradas e das que poderiam ser descartadas foi subjetiva e qualitativa. Assim, foram incluídas amostras que tratam e representam substancialmente as correntes doutrinárias relacionadas aos tópicos discutidos neste artigo.

Assim, a exposição está estruturada em subtemas, não classificada por autores ou por correntes doutrinárias, em razão da diversidade de entendimentos e de épocas, em que o estado da arte das diferentes matérias são frequentemente díspares. Dessa forma, determinados autores e publicações aparecem, eventualmente, na análise de diferentes subtemas, pois, em primeira análise, parece não existir, ainda, considerável uniformidade técnica e doutrinária sobre elementos hipoteticamente comuns. Em razão da natureza da pesquisa, são apresentadas as ideias centrais dos argumentos defendidos nas publicações analisadas.

São os subtemas que organizam o artigo: normas gerais de direito tributário; a lei complementar em matéria tributária; correntes Dicotômica e Tricotômica; lei nacional e federal; hierarquia legal. Nas conclusões, serão feitos apontamentos acerca das amostras analisadas.

2 NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Conforme já destacado em estudos de direito tributário, as discussões doutrinárias sobre os objetivos deste artigo englobam desde a possibilidade de a lei complementar tratar de normas gerais de direito tributário até as questões de possíveis ordens sucessiva e taxativa das matérias arroladas no artigo 146 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) (Andrade, 2006, p. 230-231).

Já neste caso, ao menos para os tributaristas, torna-se quase que inevitável não lembrar das proposições de Ruy Barbosa Nogueira, de que as fontes do direito tributário seriam, em uma ordem real, o conjunto de fatos, e, em uma ordem ideal, o conjunto de atos; ou seja, a divisão das fontes do direito em reais e formais. Portanto, o conhecimento dessas fontes seria importante ao se considerar que o trabalho do jurista se desdobraria em três operações: “averiguar o estado de fato que é objeto da dúvida ou controvérsia (fontes reais); determinar a norma jurídica aplicável (fontes formais); pronunciar o resultado jurídico que deriva da subsunção do estado de fato aos princípios jurídicos” (Nogueira, 1955, p. 493).

Outrossim, ao se observar a legislação tributária, evidentemente, não existe definição normativa de um suposto conceito de norma geral. Aliás, décadas antes da atual Constituição federal brasileira – períodos em que os ramos de direito financeiro e de direito tributário frequentemente se confundiam –, uma parcela significativa da doutrina apontava que a fixação de um conceito de norma geral parecia teoricamente impossível e praticamente inconveniente. Dessa maneira, parte da doutrina propôs uma tentativa de enumeração de princípios que deveriam orientar o legislador federal no exame, em cada caso, da necessidade ou da conveniência, da viabilidade e do alcance da formulação de uma norma geral de direito financeiro.

Nessa linha, Rubens Gomes de Sousa reconhecia dois pressupostos/princípios orientadores para esse tipo de norma: normas decorrentes da Constituição (não necessariamente com previsão expressa) e aplicáveis à União, aos Estados-membros e aos Municípios (ou aplicáveis só aos Estados-membros ou só aos Municípios, ou a ambos). Sousa, ainda, ressaltava que a competência federal somente deveria ser exercida quando a uniformidade legislativa fosse inerente à atuação do preceito constitucional. Nesses termos, seriam normas gerais de direito financeiro todas “quanto regulamentem preceitos constitucionais, expressos ou implícitos em matéria financeira” (Sousa, 1954, p. 17).

Ademais, o professor Humberto Ávila afirma que a edição de normas gerais de direito tributário constitui o tema mais difícil na descrição do regime jurídico das leis complementares, acrescentando que as funções mencionadas no referido artigo 146 da CRFB/1988 possuem caráter exemplificativo, já que a Constituição utilizou a expressão “especialmente”. Para Ávila,

a dificuldade reside, sobretudo, na definição e na função das normas gerais no que concerne ao princípio federativo. O professor, ainda, questiona: considerando que a Constituição Federal brasileira instituiu uma República Federativa (artigo 1º, CRFB/1988) que abrange três “esferas políticas e normativamente autônomas” (artigo 18, CRFB/1988), como seria possível a União editar lei complementar que determine as hipóteses de incidência, as bases de cálculo e os contribuintes dos impostos dos Estados-membros e dos Municípios (artigo 146, III, a, CRFB/1988) (Ávila, 2010, p. 136-137).

Em relação a essa questão, a doutrina tributarista tem se dividido, essencialmente, em duas correntes, as quais serão examinadas em capítulo próprio deste artigo: a corrente que atribui duas funções à lei complementar – chamada de Corrente Dicotômica –, e a que atribui três funções à lei complementar – chamada de Corrente Tricotômica. São exemplos das duas correntes doutrinárias, respectivamente, os dois parágrafos a seguir.

Em primeiro plano, para Paulo de Barros Carvalho, normas gerais de direito tributário são aquelas que dispõem sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes e, também, aquelas que regulam as limitações constitucionais ao poder de tributar. Segundo Carvalho, com tal interpretação se dará sentido à expressão “normas gerais de direito tributário”, prestigiando a federação, a autonomia dos Municípios e o princípio da isonomia das “pessoas políticas de direito constitucional interno” (Carvalho, 2019, p. 276-277).

Já em segundo plano, para Luís Eduardo Schoueri, é da própria leitura do texto constitucional que se observa a existência de função distinta das normas gerais de direito tributário, que não se confunde com os temas “de conflito de competência ou de regular limitações ao poder de tributar” (Schoueri, 2019, p. 152). De acordo com Schoueri, o conceito de normas gerais é de difícil determinação, por isso, teria agido bem o legislador constituinte brasileiro ao arrolar uma série de temas que, por decisão constitucional, estão presentes no artigo 146 da CRFB/1988: e sua expressão “especialmente sobre” indica que aqueles temas, embora integrando o conceito de normas gerais, não o esgotam (Schoueri, 2019, p. 152).

3 A LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

No sentido do que foi dito em estudo de Carvalho e Aquino, este tema – lei complementar em matéria tributária – também já foi objeto de análise por estudiosos do direito tributário brasileiro: “o que, se por um lado minimiza os esforços investigativos do pesquisador, por outro o submete a uma profusão de argumentos nem sempre convergentes” (Carvalho; Aquino, 2020, p. 82).

Em estudo individual, Carvalho indica que, para suplantarmos situações desse tipo, não devemos esperar do legislador a formação de um sistema logicamente bem construído, harmônico e repleto de sentido integrativo, na medida em que a composição do Legislativo é profundamente heterogênea (Carvalho, 2019, p. 262). Indica, ainda, que os assuntos reservados pelo constituinte para o campo da lei complementar estão quase sempre expressos, embora possamos encontrar meras alusões à lei, desacompanhadas do qualificativo complementar. Assim, a análise do comando constitucional apontaria que determinados assuntos somente poderiam ser objeto de lei complementar, ao se considerar que estariam em pauta regulações diretas de preceitos da Constituição federal, que por outros instrumentos não poderiam ser reguladas (Carvalho, 2019, p. 271).

Outro aspecto do tema é a hierarquia, que poderia dar-se nos aspectos formal e material, levando em conta que a lei complementar subordinada à lei ordinária em certos casos, enquanto noutros, não existiria supremacia nos níveis do ordenamento, ao se assumir que, tanto as leis complementares quanto às leis ordinárias retiram seu conteúdo diretamente da Constituição Federal (Carvalho, 2019, p. 272-273).

Helena Taveira Torres diz que as leis complementares se diferenciariam dos demais atos

legislativos tanto pela matéria (competência), quanto pelo processo de formação (quórum qualificado de maioria absoluta, segundo o artigo 69 da CRFB/1988) – distinção “ontológico-formal”, no dizer dele e fazendo referência a parte da doutrina –, ou seja, as leis complementares têm, no sistema constitucional, campo material predefinido (competência), matérias sujeitas ao princípio de reserva de lei complementar (pressuposto material) e são aprovadas por maioria absoluta (pressuposto formal). Torres (2012, p. 487-488) acrescenta que, no exercício das ditas competências, a lei complementar é exigida pela Constituição da República não somente para o legislador federal (efetivando funções de competências da União) mas também para o chamado legislador nacional, na função de criar as normas gerais; também fazendo parte da demarcação das competências a função de definição das matérias. Em tese, as hipóteses de cabimento de lei complementar em matéria tributária existentes no ordenamento constitucional brasileiro poderiam ser repartidas conforme essas funções legislativas do Congresso Nacional (Torres, 2012, p. 487-488).

Ives Gandra da Silva Martins (2000, p. 330-331) observa que a lei complementar, em matéria tributária, não é normalmente instituidora de tributos – como possível de ocorrer no caso dos empréstimos compulsórios ou dos impostos instituídos por competência residual, casos previstos na Constituição federal brasileira –, no entendimento dele, ela (a lei complementar) apenas objetiva, essencialmente, elencar normas gerais que esclareceriam o conteúdo das disposições constitucionais para orientação dos entes federados com competência outorgada, constitucionalmente, para instituir tributos. De acordo com Martins, tríplice é a função desse tipo de lei complementar: “dirimir conflitos de competência, regular a limitação constitucional ao poder de tributar e estabelecer normas gerais de direito tributário” (Martins, 2000, p. 330-331).

4 CORRENTES DICOTÔMICA E TRICOTÔMICA

Schoueri (2019, p. 150) lembra que as matérias que estariam reservadas à lei complementar suscitaram – e ainda suscitam, conforme é possível observar neste artigo – debates entre os tributaristas por muito tempo, surgindo as correntes Dicotômica e Tricotômica. Segundo ele, a origem da discussão já existia desde a aplicação do § 1º do artigo 18 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Para a Corrente Dicotômica, não haveria espaço para normas gerais que não se limitassem aos conflitos de competência e à regulação das limitações constitucionais ao poder de tributar. Para a Corrente Tricotômica, outrossim, a legislação supramencionada comportaria três funções que não se confundiriam: estabelecer normas gerais; dispor sobre conflitos de competência; e regular as limitações ao poder de tributar. A controvérsia era – e ainda parece ser – importante quando discutidas as funções do Código Tributário Nacional (CTN), já que esse foi aprovado na forma de lei ordinária. Quando a atual Constituição Federal impôs a necessidade de lei complementar em matéria tributária, tornou-se primordial saber se seria necessário editar nova lei complementar ou se o CTN, materialmente, já era suficiente para cumprir esse papel. Ao menos por ora, prevalece o entendimento de que o CTN foi recepcionado como lei complementar (Schoueri, 2019, p. 150).

Roque Antonio Carrazza, que diz perfilhar a denominada Corrente Dicotômica, reafirma que só será válida a lei complementar, no que se refere a normas gerais, que vier a dispor sobre conflitos de competência tributária ou a regular limitações constitucionais ao poder de tributar. Conforme Carrazza, essa conclusão, mesmo que não “deflue naturalmente da mera leitura” do artigo 146 da Constituição Federal, “é a única possível se levarmos em conta, em sua exegese, dentre outros”, os princípios federativo, “de autonomia municipal e da autonomia distrital” (Carrazza, 2010, p. 967).

Nessa linha, Maria do Rosário Esteves diz não concordar com a Corrente Tricotômica porque dilargar “a função da lei complementar e das normas gerais de direito tributário equivale

a retirar a força dos primados da federação e da isonomia das pessoas constitucionais” (Esteves, 1997, p. 97).

Ainda, Esteves alega não ser permitido considerar lei complementar “espécie de requisito prévio para que as pessoas políticas tributantes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) exerçam suas respectivas competências impositivas”, pois “a norma geral é excepcionalidade, devendo sua interpretação ser restritiva”, e “a regra é a exclusividade legislativa tributária de cada pessoa jurídica de direito público interno na estrita conformidade com suas repartições constitucionais” (Esteves, 1997, p. 105-106).

Em estudo específico, o professor Alcides Jorge Costa menciona que a chamada Corrente Dicotômica continua a defender seu ponto de vista mesmo depois do artigo 146 ter eliminado qualquer dúvida a respeito (Costa, 2011, p. 20). Assumindo que a Corrente Dicotômica se pauta na percepção de que a Tricotômica atingiria o princípio federativo, o professor afirma ser uma inexatidão daquela enunciar que o legislador da União poderia cometer agressões ao sistema federativo, inclusive ao dizerem que o CTN é lei nacional e, depois, que a União poderia ofender a autonomia dos Estados-membros e dos municípios, como se o Congresso não fosse também Nacional (Costa, 2011, p. 22-23).

Novamente, a Corrente Dicotômica invoca a prevalência da autonomia dos Estados-membros e dos Municípios, nos termos do artigo 18 da Constituição Federal, porém, nesta, a autonomia é limitada. Pois, como exemplificado por Costa, a lei complementar, de acordo com o artigo 146, III, “d”, poderá definir tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, “inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do ICMS, das contribuições para a seguridade social e da contribuição a que se refere o artigo 239”. Atualmente, o § 1º e seus incisos, do artigo 146 – antes da Emenda Constitucional n.º 132, de 20 de dezembro de 2023, era disposto no parágrafo único e em seus incisos, do mesmo artigo 146 – dispõem que a referida lei complementar poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições dos entes federados (Costa, 2011, p. 24-25).

Compete ao Senado Federal, entre outras atribuições constitucionalmente estabelecidas: fixar as alíquotas máximas do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação (artigo 155, § 1º, IV, CRFB/1988); estabelecer alíquotas de ICMS aplicável às operações e às prestações interestaduais e de exportação (artigo 155, § 2º, IV, CRFB/1988); ainda quanto ao ICMS, estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas (artigo 155, § 2º, V, a, CRFB/1988); fixar alíquotas máximas nas mesmas operações, para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados-membros (artigo 155, § 2º, V, b, CRFB/1988).

Quanto ao tributo de Municípios: o imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, incide sobre os serviços definidos em lei complementar (artigo 156, III, CRFB/1988); a definição do que é serviço cabe à lei complementar prevista no artigo 146, III, “a”, a qual não abrange a definição de todos os serviços tributáveis, como faz a Lei Complementar n.º 116, de 31 de julho de 2003 (Costa, 2011, p. 24-25).

Logo, ficaria provado que a autonomia dos Estados-membros e dos Municípios declarada na Constituição é também modelada pela própria Constituição (Costa, 2011, p. 26). Carlos Mário da Silva Velloso diz ser certo “que a prevalência da interpretação que conduziu à preponderância da Corrente Tricotômica não causou prejuízo ao princípio federativo” (Velloso, 2004, p. 123).

5 LEI NACIONAL E FEDERAL

Dentro da corrente doutrinária tributarista brasileira que classifica leis em nacionais e federais, são destacáveis as seguintes proposições para este trabalho.

Conforme dito por Torres, uma das funções desempenhadas pelas leis complementares corresponde ao exercício de competência constitucional da União para a criação de seus tri-

butos, como é o caso do empréstimo compulsório (art. 148 da CRFB/1988), do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CRFB/1988), além da competência residual (artigos 154, I; e 195, § 6º, CRFB/1988) para criar novos impostos. A outra função, também fixada pela Constituição Federal, é a de lei complementar de normas gerais, como lei nacional, vinculante para todas os entes federados (artigo 146, III, CRFB/1988), prevalecendo sempre sobre a legislação federal – inclusive, sobre a dita lei complementar federal –, estadual, distrital ou municipal, como fundamento de validade material (Torres, 2012, p. 488-489).

Geraldo Ataliba, por vez, defendeu que são nitidamente distintas a lei nacional e a lei federal, estando o único ponto de contato na origem legislativa. Para ele, defendido em estudo de 1969, a lei federal vincula todo o “aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ela estejam subordinadas ou relacionadas, em grau de sujeição, na qualidade de seus administrados ou jurisdicionados”, assim, não acolhe, e não deveria acolher, “Estados, Municípios, Distrito Federal, e suas autarquias que não são jurisdicionados nem administrados da União” (Ataliba, 1969, p. 49).

Ataliba acrescenta que a lei nacional, contudo, é muito mais ampla, transcendendo “às distinções estabelecidas em razão das circunscrições políticas e administrativas”, a lei nacional “é o produto legislativo do Estado nacional, total, global” (Ataliba, 1969, p. 49). Quer dizer, a União, quando fizer norma geral, deverá fazer lei que seja aplicável a todos os entes federados (Ataliba, 1989, p. 86-87).

Finalmente, José de Mesquita Lara alega que, no caso brasileiro, o termo lei nacional pouco ou nada acrescenta ao conceito de norma geral: “pois o adjetivo nacional tem a conotação de algo pertinente à entidade jurídica República Federativa do Brasil, ou ao seu território, ou a seus cidadãos, pertinência também ínsita à lei federal” (Lara, 1994, p. 175).

6 HIERARQUIA LEGAL

No quesito da hierarquia legal, como será possível observar a seguir, existem variados entendimentos, cada qual com suas diversas especificidades. Sendo assim, não será possível classificá-los como amostras de estudos representativas de correntes doutrinárias. Então, será adotada a exposição de amostras que representem essas especificidades.

Especialmente na área tributária, predomina o entendimento de que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Para Schoueri, somente caberia cogitar hierarquia em caso de antinomia, se duas normas versassem sobre o mesmo tema, e exemplifica: se “a lei ordinária versa sobre assunto de sua seara, então a lei complementar que pretenda regulá-lo é que será afastada, porque ultrapassa sua competência”. O tributarista acrescenta que “as ordens jurídicas parciais devem conformar-se à ordem jurídica nacional” – normas gerais, por meio de lei complementar – “na qual se inserem” (Schoueri, 2019, p. 153-158).

Hugo de Brito Machado, no entanto, argumenta que a hierarquia superior resulta da maior rigidez assumida pela espécie normativa, não pelo fato de ser eventualmente aprovada por determinado quórum. Para Machado, o que caracteriza a espécie normativa é o procedimento da sua apreciação e aprovação, a hierarquia superior resultaria “da maior rigidez no procedimento ao qual se submete a espécie normativa” (Machado, 2010, p. 154-155).

Noutra linha, Regina Helena Costa acredita ser mais adequada a posição de inexistência de hierarquia necessária entre a lei complementar e a lei ordinária, porque, comumente, ambas retiram seu fundamento de validade diretamente da “Lei Maior”. Costa diz falar em “hierarquia necessária porque, eventualmente, ela pode se verificar”, como na hipótese de lei ordinária encontrar seu fundamento de validade também em lei complementar, extraíndo “seu fundamento de validade mediatamente da Constituição e imediatamente da lei complementar” (Costa, 2014, p. 42).

Na compreensão de que a lei complementar de normas gerais é legislação de cunho na-

cional, ao passo que a lei ordinária, também da União, tem cunho federal (Moura, 2007, p. 349), há a conclusão de que somente a lei complementar na função de norma geral poderá revogar outra norma geral, porém, com as leis complementares federais, de criação de tributos, não se exige paralelismo de forma, ao se considerar que a função destas cessa com o ato institutivo (Torres, 2012, p. 488-489).

Com efeito, conclui-se pela existência de duas ordens de lei complementar em matéria tributária: uma como fundamento de validade de outros atos normativos e outra utilizada para o exercício de competências da União enquanto ente federativo (Carvalho; Aquino, 2020, p. 96).

Aliás, Cristiane Pederzolli Rentsch faz os seguintes apontamentos: será inconstitucional por invasão de competência lei complementar que trate de matéria reservada aos Estados-membros e aos Municípios; ao regular matéria da União reservada à lei ordinária, lei complementar incorrerá em queda de *status* à lei ordinária federal (considerando a identidade de órgão legislativo); será inconstitucional lei ordinária que vier a tratar de matéria reservada à lei complementar (Rentsch, 2002, p. 116). Rentsch menciona, ainda, sobre a existência hierárquica “quando o ato subordinado extrai seu fundamento de validade do ato subordinante” (Rentsch, 2002, p. 116-117), ou, como afirma José Souto Maior Borges, quando o subordinante regula a forma de criação do subordinado (Borges, 1975, p. 56).

Em estudo específico, Victor Nunes Leal defende que o conceito ou a “designação de leis complementares não envolve [envolvem], porém, como é intuitivo, nenhuma hierarquia do ponto de vista da eficácia em relação às outras leis declaradas não complementares”, e que “todas as leis, complementares ou não, têm a mesma eficácia jurídica” (Leal, 1947, p. 32). Ademais, Celso Ribeiro Basto diz que a lei ordinária extrai a sua validade da conformidade com a Constituição, não da lei complementar, e que a lei ordinária tem um campo material diferente do da lei complementar (Bastos, 1999, p. 72).

Mais recentemente, ao validar os argumentos defendidos por Leal, Artur Alves da Motta alega que somente o texto constitucional cria e prevê as hipóteses para elaboração de leis ordinária e complementar, e que “o conflito entre a lei ordinária e a lei complementar é resolvido com base na Constituição porque é esta que distribui as competências” (Motta, 2003, p. 4).

Jurisprudências relativas ao posicionamento hierárquico da lei complementar têm sido indicadas pela doutrina: como as que julgam se lei complementar poderia ser alterada ou revogada por lei ordinária (Cassone, 2013, p. 241).

Conforme indicado por Leandro Paulsen, a posição pela existência de hierarquia formal, já acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)^{*}, não teve sucesso no Supremo Tribunal Federal (STF), considerando que foram admitidas a revogação tácita – pela Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996 – da isenção de Cofins concedida pelo artigo 6º, II, da Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991^{**}, bem como a revogação expressa – pelo artigo 9º da Lei n.º 9.876, de 28 de novembro de 1999 – da Lei Complementar n.º 84, de 18 de janeiro de 1996. No primeiro caso, “jamais fora exigida lei complementar para cuidar da matéria”, instituir a Cofins^{***}; no segundo caso, quando da publicação da referida lei ordinária, “já não mais se fazia

*A seguir, a ementa do acórdão: “TRIBUTÁRIO. COFINS. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ISENÇÃO. ART. 56 DA LEI N.º 9.430/96 E ART. 6º, INC. II, DA LC N.º 70/90. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS. A isenção da COFINS, outorgada pelo art. 6º da LC n.º 70/91, não foi revogada pela Lei n.º 9.430/96. Lei ordinária não tem força para revogar dispositivo de lei complementar” (Brasil, 2003).

**A seguir, parte da ementa do acórdão: “PIS/COFINS: revogação pela L. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão pela LC 70/91. 1. A norma revogada - embora inserida formalmente em lei complementar - concedia isenção de tributo federal e, portanto, submetia-se à disposição de lei federal ordinária, que outra lei ordinária da União, validamente, poderia revogar, como efetivamente revogou. 2. Não há violação do princípio da hierarquia das leis - *rectius*, da reserva constitucional de lei complementar - cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares. 3. Nesse sentido, a jurisprudência sedimentada no Tribunal, na trilha da decisão da ADC 1, 01.12.93, Moreira Alves, RTJ 156/721, é também pacificada na doutrina” (Brasil, 2006).

***Nesse sentido, já seguia a jurisprudência do STF: “A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional n.º 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária” (Brasil, 1995, p. 124).

necessária lei complementar para instituir contribuição sobre a remuneração de autônomo, em razão do fundamento material incluído pela alteração do art. 195, I, da CF/1988 pela EC 20/98” (Paulsen, 2021, p. 198).

O STJ, outrossim, confirmou seu posicionamento e aprovou, em 2014, a Súmula n.º 508: “A isenção da Cofins concedida pelo art. 6º, II, da LC n. 70/1991 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais foi revogada pelo art. 56 da Lei n.º 9.430/1996” (Brasil, 2014).

E, no âmbito administrativo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) – por meio da sua 1ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara, da 2ª Seção –, em julgamento de recurso voluntário, já fez relevante manifestação sobre a possibilidade de revogação – pela Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001 – de dispositivo da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991:

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/04/2007 a 31/12/2008 AUTOS DE INFRAÇÃO DEBCAD sob n.º 37.341.911-2, n.º 37.341.912-0 e n.º 37.341.913-9 Consolidado em 30/01/2012 PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - REVOGAÇÃO DE LEI ORDINÁRIA POR LEI COMPLEMENTAR - HIERARQUIA DAS LEIS

Inconstitucionalidade de lei não compete ao CARF o julgamento. Matéria sumulada. Súmula CARF n.º 2: ‘O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.’

Hierarquia das leis. Para a Recorrente a Lei Complementar n.º 109/2001 foi posterior a alínea ‘p’, do § 9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, deve também este Colegiado reconhecer que a LC revogou a LO de 91. Julgamento que também agride a Súmula CARF 02.

Entretanto, quanto à existência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, não há hierarquia entre elas, pois nenhuma delas tem sua origem e seu fundamento de existência na outra.

O legislador originário indicou expressamente na Constituição, os temas a serem postulados, por meio de lei complementar. Tal conjunto de matérias não pode ser objeto de lei extravagante, sob pena de se recair em inconstitucionalidade.

No caso de invasão do campo destinado à legislação ordinária, por meio da edição de lei complementar, não é perceptível a inconstitucionalidade da norma, pois esta foi além do pedido, seguindo um processo legislativo mais dificultoso. O que a ditada norma não teria é a proteção de só ser revogada por uma lei complementar, tendo em vista que no aspecto material nunca deixou de ser norma ordinária (Brasil, 2015).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões, logicamente, deram-se após a pretendida revisão de doutrina. Elas não foram apontadas no desenvolvimento do texto para não desvirtuar a natureza da pesquisa, revisão de literatura, pois, caso contrário, existiria risco substancial de confundir as conclusões das doutrinas com as deste autor. Porém, em inúmeros pontos, foi necessário que este autor desse um mínimo de uniformidade terminológica e técnica ao citar indiretamente as doutrinas, em razão da pluralidade de entendimentos e de épocas, nos quais o estado da arte das diferentes matérias eram frequentemente díspares. Entretanto, quando tudo isso representava risco de desvirtuamento das ideias originais, foi adotada a citação direta.

Assim, foi possível notar inúmeras vezes, nas discussões doutrinárias, a falta de uniformidade no uso de termos técnicos. Por exemplo, muitas vezes sem ser especificado, o termo “competência” – a qual pode ser legislativa, administrativa, tributária, etc. – parece ser compreendido conforme o contexto (Sousa, 1954, p. 17; Torres, 2012, p. 487-488; Schoueri, 2019, p. 150 e 153-158; Esteves, 1997, p. 105-106; Motta, 2003, p. 4). Outro exemplo, para representar o conceito de entes federativos, foram usados os termos: entes (Martins, 2000, p. 330-331); entes federativos (Torres, 2012, p. 487-488); entidades jurídicas (Lara, 1994, p. 171-184); pessoas constitucionais (Esteves, 1997, p. 97); pessoas políticas (Esteves, 1997, p. 105-106; Torres, 2012,

p. 488-489; Carvalho, 2019, p. 276-277).

Também ficaram notórias as dificuldades de sustentação da Corrente Dicotômica frente aos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente no que concerne ao seu artigo 146.

Quanto à classificação doutrinária em leis nacional e federal, observa-se a falta de solidez técnica dessa classificação, pois: sua discussão aparenta estar mais restrita aos limites do direito tributário brasileiro; suas proposições, ditas como factuais, conflitam com fatos (legislação constitucional e infraconstitucional), já que o conceito de lei federal fundamentado na legislação passa a se confundir com o que seriam as espécies doutrinárias de lei nacional e federal; desconsidera a forma de federalismo – desprezando as controvérsias sobre características dos sistemas federativos (Souza, 2005, p. 105) – constitucionalmente estabelecida e que distribui diversos tipos de competência de modo distinto – já que há possibilidade de tipos diversos de federalismo (Tavares, 2021, p. 865), há características do caso brasileiro (Almeida, 2001, p. 28), aperfeiçoadas em diferentes momentos do país (De Souza, 2019, p. 146) –; desconsidera as formas de limitação das autonomias dos entes federados e de busca da unidade federativa adotadas no modelo brasileiro – só o Estado federal tem soberania, os entes preservam autonomia limitada (Dallari, 2011, p. 254-255) –; mesmo sem a classificação entre leis nacionais e leis federais, seria possível dizer, pautado na realidade constitucional e infraconstitucional, que existem leis federais sobre normas gerais (que abarcariam, na medida do possível, o conceito de lei nacional) e leis federais específicas (para a União e para os respectivos entes federados, conforme a delimitação de diversas competências constitucionais).

Percebe-se, também, que a existência ou a inexistência de posição hierárquica de lei complementar parecem ser fortemente questionáveis ao se considerar diferentes critérios de escalonamento da legislação, como: de materialidade constitucional, supralegal e legal; de forma, quanto à rigidez do procedimento de criação de lei; de competência legislativa, quanto ao órgão legislativo e à temática/matéria; de especialidade, sobre normas gerais e específicas; e de outros tanto possíveis.

Conclui-se que, além da falta de uniformidade das doutrinas no uso de termos técnicos, ainda não há uniformidade técnica (prática e teórica) que permita a consolidação de diferentes conceitos em teorias sólidas sobre: classificação de leis em nacionais e federais; posição hierárquica de lei complementar; aplicabilidade da Corrente Dicotômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Federalismo, democracia e governo no Brasil: idéias, hipóteses e evidências. BIB – **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, [S. l.], n. 51, p. 13–34, 2001. ISSN 2317-6644. Disponível em: <<https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/232>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Interpretação da norma tributária**. – São Paulo: MP Ed., 2006.

ATALIBA, Geraldo. Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios. **Revista de Direito Privado**, v. 10, p. 45-80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____, Geraldo. Lei complementar em matéria tributária. **Revista de Direito Tributário**, n. 48, p. 84-106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar**: teoria e comentários. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/EDUC, 1975.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADC 1/DF**. Ação Declaratória de Constitucionalidade 1-1 Distrito Federal. Requerentes: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 1 de dezembro de 1993. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico: 16 de junho de 1995. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105162/false>>. Acesso em: 1 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgRg n.º REsp 437842/DF**. Agravo Regimental no Recurso Especial 437842 Distrito Federal. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis, Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas do DF — SESCON-DF. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 1 de abril de 2003. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico: 22 de abril de 2003. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **RE 419629/DF**. Recurso Extraordinário 419629 Distrito Federal. Recorrentes: Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis, Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas do DF – SESCON-DF; União. Recorridos: os mesmos. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 23 de maio de 2006. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico: 30 de junho de 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91797/false>>. Acesso em: 1 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Súmula 508**, A isenção da Cofins concedida pelo art. 6º, II, da LC n.º 70/1991 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais foi revogada pelo art. 56 da Lei n.º 9.430/1996. Julgado em 26 de março de 2014. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico: 31 de março de 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (2ª Seção. 3ª Câmara. 1ª Turma Ordinária). **Acórdão n.º 2301-004.137**. Recurso Voluntário. Recorrente: Anhanguera Educacional Participações S/A. Recorrido: Fazenda Pública. Relator: Wilson Antonio de Souza Correa, julgado em 10 de setembro de 2014. Publicado: 19 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____, _____; AQUINO, Sérgio Serafim. A natureza da hierarquia entre lei complementar e lei ordinária em matéria tributária. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 65, n. 1, p. 81-99, jan./abr. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/67676>>. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v65i1.67676>. Acesso em: 30 jan. 2023.

CASSONE, Vittorio. **Interpretação do sistema tributário nacional e o STF: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA, Alcides Jorge. Normas gerais de direito tributário: visão dicotômica ou tricotômica. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). **Direito tributário contemporâneo – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**; p. 11-26. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE SOUZA, Maicon Melito. O sentido dos poderes da administração pública brasileira. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 142-157, 2019. ISSN 2318-8650. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1392>>. Acesso em: 28 fev. 2023.

ESTEVES, Maria do Rosário. **Normas gerais de direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

LARA, José de Mesquita. As normas gerais do direito financeiro e do direito tributário, sua natureza e função. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, MG, Brasil, n. 34, p. 1710184, 1994. ISSN 030402340. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1070>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da constituição. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 7, p. 379-394, 1947. ISSN 0034-8007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9765>>. DOI: 10.12660/rda.v7.1947.9765. Acesso em: 27 fev. 2023.

MACHADO, Hugo de Brito. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função da lei complementar tributária – adoção de imposto fixo no direito tributário brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 222, p. 329-348, 2000. ISSN 0034-8007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/49017/0>>. DOI: 10.12660/rda.v222.2000.49017. Acesso em: 17 fev. 2023.

MOTTA, Artur Alves da. A lei complementar em matéria tributária. **Revista Jurídica Virtual**, v. 5, n. 52, p. 3-9, Brasília, DF, Brasil, set. 2003. ISSN 1588-8876. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/70/98>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

MOURA, Frederico Araújo Seabra de. **Lei complementar e normas gerais em matéria tributária**. 2007. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7643>>. Acesso em: 21 fev. 2023.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. As fontes do direito tributário. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 42, p. 493-499, 1955. ISSN 0034-8007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15328>>. DOI: 10.12660/rda.v42.1955.15328. Acesso em: 17 fev. 2023.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RENTZSCH, Cristiane Pederzoli. Lei complementar em matéria tributária – a possibilidade de revogação por lei ordinária. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, RS, Brasil, n. 21, p. 113-121, mar. 2002. ISSN 0104-6594. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.72368>. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/72368>>. Acesso em: 30 jan. 2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUSA, Rubens Gomes de. Normas gerais do direito financeiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 37, p. 12-34, 1954. ISSN 0034-8007. DOI: 10.12660/rda.v37.1954.13996. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13996>>. Acesso em: 21 fev. 2023.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia e Política**, [S. l.], p. 105-121, n. 24, set. 2005. ISSN 1678-9873. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3719>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Lei complementar tributária. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 235, p. 117-138, 2004. ISSN 0034-8007. DOI: 10.12660/rda.v235.2004.45128. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45128>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

ANÁLISE DA GARANTIA AO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

ANALYSIS OF THE GUARANTEE TO THE TAXPAYER'S RIGHT TO DEFENSE IN THE CONTEXT OF THE ADMINISTRATIVE TAX PROCESS

Lucas Eduardo Simplício Mariano Silva

Graduando em Direito pela Faculdade Três Marias (FTM).

Laryssa Dias da Costa Cardoso

Graduando em Direito pela Faculdade Três Marias (FTM).

Fabiana Pereira Carneiro Cassiano

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O presente trabalho se trata de uma análise sobre a impossibilidade de um ente tributante denegar o direito ao Processo Administrativo Tributário, requerido pelo contribuinte, com fundamento na ausência de uma lei regulamentadora específica, que se frise, deve ser editada pelo próprio ente. Para isso, foram analisadas as disposições legais acerca do Processo Administrativo Tributário, sua previsão Constitucional, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Como alternativa a essa ausência, se propõe aplicação, de forma subsidiária, das regras da Lei n.º 9.784/99 e do Decreto n.º 70.235/72. Com base nisso, a pergunta-problema estabelecida para fins dessa pesquisa é se há possibilidade de que um ente tributante obste o acesso do contribuinte ao Processo Administrativo Tributário sob o argumento de ausência de legislação regulamentadora específica. A metodologia utilizada foi a indutiva, que consistiu na aplicação de pesquisas bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Contribuinte. Fisco. Indisponibilidade. Processo. Legislação.

Abstract: *The present work is an analysis of the impossibility of a taxing entity to deny the right to the Administrative Tax Proceeding, requested by the taxpayer, based on the absence of a specific regulatory law, which, it should be emphasized, must be edited by the entity itself. To this end, the legal provisions regarding the Administrative Tax Procedure, its Constitutional provision, as well as the doctrinal and jurisprudential understanding of the Superior Court of Justice on the matter were analyzed. As an alternative to this absence, it is proposed to apply, in a subsidiary manner, the rules of Law n.º 9,784/99 and Decree n.º 70,235/72. Based on this, the problem-question established for the purposes of this research is whether there is a possibility that a taxing entity hinders the taxpayer's access to the Tax Administrative Process under the argument of absence of specific regulatory legislation. The methodology used was inductive, which consisted of the application of bibliographic and documentary research.*

Keywords: *Taxpayer. State treasury. Unavailability. Process. Legislation.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Administração Tributária e o Processo Administrativo Tributário – 3 Distinção entre Processo e Procedimento no Âmbito do Direito Tributário; 3.1 Procedimento Tributário; 3.2 Processo Tributário; 3.3 Inter-Relação e Impacto no Direito de Defesa – 4 Dificuldade de Legislação em Matéria Tributária e Vacância de Leis Regulamentadoras Específicas sobre a Matéria Tributária nos Fiscos Municipais – 5 A Impossibilidade de usar o Argumento de Ausência de Lei para negar o Direito ao Processo Administrativo Tributário – 6 A Possibilidade

de Aplicação de forma Subsidiária das Regras da Lei n.º 9.784/94 e do Decreto n.º 70.235/72 em Virtude de Ausência de Legislação Regulamentadora do Processo Administrativo – 7 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O Processo Administrativo Tributário (PAT) é um conjunto de atos interligados, pelo qual Autoridade Tributária está vinculada a agir de acordo com o que determina a lei regulamentadora e que tem como objetivo a solução de questões relativas ao lançamento de um crédito tributário ainda em instância administrativa, de forma a garantir ao contribuinte o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, e ainda assegura à Administração Pública a possibilidade de revisar seus atos praticados no exercício de suas funções. Esse é o ponto de partida que será utilizado para conhecer essa fase processual, sua previsão legal e sua aplicabilidade material no universo jurídico.

Antes de iniciar esse estudo, porém, é necessário destacar alguns pontos essenciais. Em primeiro lugar, que para uma melhor compreensão do leitor é necessário entender a previsão constitucional acerca do PAT, que está estampada no art. 5º, LV, da Constituição Federal, cujo texto normativo garante aos litigantes que, em processos administrativos ou judiciais, lhes-são assegurados o direito ao contraditório e ampla defesa, bem como seu conceito e características. Em um segundo momento será evidenciado o porquê sua dispensa é indisponível pela Autoridade Tributante, uma vez em que o contribuinte detém o direito de exercer de forma plena o seu direito de defesa, ainda que em uma esfera unicamente administrativa.

O PAT se inicia com o primeiro ato de ofício praticado pela Autoridade Tributária, fazendo a comunicação para o contribuinte acerca da constituição do crédito tributário, que goza de certeza e liquidez. Cumpre ainda destacar que o ato de lançar é um meio utilizado pelo Fisco para tornar material a previsão de cobrança do tributo, que ocorre com a constituição do crédito tributário. É necessário destacar ainda que ele possui uma característica inquisitorial.

O crédito tributário estará devidamente constituído após o lançamento, conforme preceitua o art. 142, *caput*, do Código Tributário Nacional, em seguida, o contribuinte deverá ser notificado para efetuar o pagamento, no qual, caso haja discordância quanto ao lançamento efetuado, poderá impugnar administrativamente o lançamento, ou optar pelo parcelamento do débito, casos em que opera-se a suspensão da exigibilidade do tributo.

O ato de impugnar, por sua vez, está diretamente ligado com os princípios do direito de petição, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ambos referendados pelo art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Quando ocorre o protocolo de uma defesa administrativa o Fisco fica obrigado a dar uma resposta em tempo hábil e fundamentada, dispensando-se respostas genéricas, conforme a previsão constitucional acima mencionada, sendo ainda necessário a menção dos regulamentos trazidos pelo Decreto de n.º 70.235/1972 e da Lei n.º 9.784/1999, ambos dispositivos que regulam o Processo Administrativo Tributário no âmbito da União, e que pode ser usada analogamente pelos Fiscos locais que não dispõem de legislação própria e específica para regulamentação do PAT.

É necessário frisar o entendimento de que o PAT é um direito do contribuinte, e a Autoridade Tributária não pode negar alegando ausência de legislação específica para regulamentar o processo.

Em essência, essa indisponibilidade se torna de um certo modo uma espécie de medida cautelar pró contribuinte, que tem o intuito de garantir o direito de defesa, bem como a proteção de que enquanto perdurar o PAT, o direito de cobrança do Fisco permanecerá suspenso, implicando em dizer em outras palavras que as medidas constritivas ficam impossibilitadas de serem aplicadas, tais como protesto de bens, ou até mesmo uma eventual Execução Fiscal.

Nesse artigo, pretendemos expor a impossibilidade do Fisco denegar o direito do contri-

buinte ao PAT com fundamento na ausência de lei regulamentadora, desse modo será feito um estudo com base na atual legislação tributária em vigência no ordenamento jurídico, bem como na doutrina e os entendimentos jurisprudenciais pertinentes sobre a matéria.

Para isso, dividiremos o artigo em quatro seções que correspondem aos objetivos do texto, além dessa introdução e conclusão. Na primeira seção, será abordado sobre a dificuldade de legislar em matéria tributária, e a vacância de leis específicas sobre a regulamentação do Processo Administrativo Tributário.

Na segunda seção, serão abordados os aspectos legais sobre a administração tributária e o Processo Administrativo Tributário como um todo, destacando sua previsão na Constituição Federal e no Código Tributário Federal.

Na terceira seção, trataremos sobre os aspectos da indisponibilidade do PAT com fundamento na ausência de legislação específica, bem como a visão doutrinária sobre o assunto.

Na quarta seção, será analisada a possibilidade de aplicação subsidiária das normas contidas na Lei n.º 9.784/99 e do Decreto n.º 70.235/72, na ausência de legislação específica, para os Fiscos estaduais e municipais.

A relevância desse tema se justifica pela necessidade de assegurar a efetividade dos direitos de defesa do contribuinte, bem como de se promover a segurança jurídica, isonomia e a racionalidade do PAT, que tem reflexos diretos na arrecadação e na fiscalização dos tributos. A metodologia adotada neste estudo é ancorada no método indutivo, uma abordagem sistemática que parte da análise de instâncias específicas para alcançar generalizações aplicáveis ao ordenamento jurídico como um todo. Este método foi meticulosamente aplicado através da investigação de documentos legislativos e doutrinários, selecionados por sua relevância e influência no âmbito do direito tributário, em especial no Processo Administrativo Tributário.

A pesquisa bibliográfica envolveu o exame de textos jurídicos fundamentais, enquanto a análise legal concentrou-se na interpretação de estudos, regulamentos e conceitos doutrinários. Através desse processo detalhado e reflexivo, emergiu a conclusão robusta de que o direito ao Processo Administrativo Tributário é uma prerrogativa incontestável do contribuinte, sustentada mesmo na ausência de legislação explícita. Esta descoberta é emblemática do poder do método indutivo, que, ao integrar observações detalhadas de fontes primárias e secundárias, permite a formulação de princípios jurídicos sólidos e defensáveis.

2 ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Falar sobre o assunto da Administração Tributária e o Processo Administrativo Tributário (PAT) é algo de extrema importância para o sistema tributário nacional, bem como para o Estado e os sujeitos sociais que são os contribuintes de fato e de direito. Uma vez em que é por meio desses meios que são feitas as arrecadações que servem para o custeio dos serviços públicos.

É necessário entender que a Administração Tributária engloba, em seu exercício, diversas atividades, tais como a fiscalização, arrecadação, cobrança, controle e planejamento da atividade tributária. Seu principal objetivo é garantir que os contribuintes cumpram com as suas obrigações fiscais de acordo com as regras estabelecidas pelas legislações vigentes. Que em teoria evitará a sonegação e garantirá a justa arrecadação dos tributos.

Ao abordar o tema, torna-se necessário, antes de conceituar o que seria o PAT, trazer a sua previsão legal, tanto na Constituição Federal como no Código Tributário Nacional. A Emenda Constitucional n.º 42, de 19/12/2003, incluiu o inciso XXII ao art. 37 da Constituição Federal, que trata em sua determinação de atuação integrada das administrações tributárias.

XXII – as administrações tributárias da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercida por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio (Brasil, 1988).

É imperioso destacar ainda que a eficiência da Administração Tributária e do PAT estão relacionadas diretamente com a transparência, agilidade e segurança jurídica. Dessa forma é possível o desempenho do fundamental papel que é a manutenção da ordem financeira do Estado e dar garantia aos direitos dos contribuintes.

Nesse sentido, torna-se correto afirmar que as entidades que compõem os entes tributários federais possuem uma maior autonomia de atuação no que diz respeito ao PAT, por já haver normas regulamentadoras que regulam esse tipo de trâmite processual.

Nessa mesma, o Código Tributário Nacional em seu Livro IV, art. 194, que traz em seu bojo o arcabouço formal de normas regulamentadoras para a chamada “Administração Tributária”, que traz as regras acerca dos Órgãos e os Agentes Públicos, que são os responsáveis diretos pela concretização da previsão da lei em sentido abstrato e sua aplicação no cotidiano.

O legislador originário tratou em dividir o livro IV do CTN em três principais partes: fiscalização, dívida ativa e certidões negativas. Sobre esse assunto é necessário trazer o conceito de Ricardo Alexandre:

Fiscalização é o estímulo do cumprimento espontâneo/ punição dos infratores. Dívida Ativa trata-se de providências executórias contra os que não cumpriram suas obrigações. Certidões Negativas é a comprovação da regularidade possibilitando acesso aos benefícios legais (Alexandre, 2020, p. 638).

Dito isso, cabe agora trazer as duas formas em que o PAT, sendo a primeira o contencioso unilateral, que é caracterizado pelo lançamento do crédito tributário, e a segunda fase, é o contencioso bilateral, que nada mais é do que a existência do litígio entre o Fisco e o contribuinte.

O litígio na esfera administrativa acontece a partir do momento em que o contribuinte realiza uma impugnação ao lançamento de um determinado crédito, esse ato é um cumprimento ao direito de petição, conforme prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIV, alínea “a”.

O legislador constitucional tratou esse direito como sendo um dos direitos mais caros para a pessoa humana, e ao contribuinte lhe é assegurado, caso queira, peticionar aos órgãos estatais, deve ser levado em consideração que o ato de peticionar está diretamente atrelado ao direito de ter uma resposta, essa por sua vez deve ser feita em tempo hábil e fundamentada.

3 DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

O Direito Tributário, como ramo especializado do Direito, possui uma série de peculiaridades que se manifestam tanto na legislação quanto na doutrina. Uma das distinções fundamentais que a doutrina tributária faz é a entre os conceitos de processo e procedimento tributário, que, embora frequentemente utilizados como sinônimos na linguagem comum, possuem significados distintos e implicações práticas relevantes.

3.1 PROCEDIMENTO TRIBUTÁRIO

O procedimento tributário é o conjunto de atos administrativos sequenciais que são

realizados com o objetivo de verificar a ocorrência de fato gerador da obrigação tributária, determinada a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, se for o caso, aplicar a penalidade administrativa correspondente. O procedimento é, portanto, um fluxo de atos que visa dar concretude à aplicação da lei tributária ao caso concreto.

3.2 PROCESSO TRIBUTÁRIO

Por outro lado, o processo tributário é uma sequência de atos coordenados que visam a resolução de uma lide tributária, seja ela administrativa ou judicial. O processo é o instrumento pelo qual se exercita o direito de defesa do contribuinte frente à Fazenda Pública, permitindo que o litígio seja solucionado de maneira justa e equilibrada. No âmbito administrativo, o processo tributário se desenvolve perante as autoridades fiscais e é regido por princípios como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

3.3 INTER-RELAÇÃO E IMPACTO NO DIREITO DE DEFESA

A distinção entre processo e procedimento é mais do que uma mera formalidade terminológica; ela tem implicações diretas no direito de defesa do contribuinte. Enquanto o procedimento tributário é iniciado pela administração tributária e segue uma lógica predominantemente unilateral, o processo tributário é marcado pela bilateralidade e pela possibilidade de interação e contestação por parte do contribuinte.

A garantia ao direito de defesa no âmbito do Processo Administrativo Tributário é assegurada pela possibilidade de o contribuinte impugnar os atos praticados no procedimento tributário, questionando desde a correta caracterização do fato gerador até a adequação da penalidade aplicada. Assim, o processo tributário serve como um mecanismo de controle da legalidade e da legitimidade dos atos administrativos tributários, reforçando a proteção dos direitos fundamentais do contribuinte.

4 DIFICULDADE DE LEGISLAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E VACÂNCIA DE LEIS REGULAMENTADORAS ESPECÍFICAS SOBRE A MATÉRIA TRIBUTÁRIA NOS FISCOS MUNICIPAIS

Tornou-se um entendimento comum entre os operadores do direito, em especial os que atuam diretamente com a matéria tributária no Brasil, que o nosso ordenamento legislativo possui uma grande dificuldade em elaborar leis específicas para regular matéria tributária.

Nesse aspecto, o processo administrativo TC 030.671/2023-0 deu origem para o desenvolvimento de um relatório realizado pelo Tribunal de Contas da União, em que apontou as maiores dificuldades em legislar sobre direito tributário, nesse estudo foram analisados os principais problemas na gestão tributária federal entre os exercícios de 2015 a 2021.

Segundo o relatório, o Brasil possui um dos sistemas tributários mais complexos e burocráticos do mundo. Tendo sido editadas mais de 377 (trezentas e setenta e sete mil) normas tributárias após a promulgação da Constituição Federal. Contudo, dentre todas essas normas, a maior problemática que se tem é a interpretação e aplicação da lei no caso concreto, criando por um lado uma avalanche de leis genéricas sem uma aplicação prática na vida do contribuinte.

Um outro ponto que é importante destacar é o fato de existirem um elevado número de recursos envolvendo o contencioso tributário e que, de um modo direto, isso reflete na qualidade do sistema tributário, bem como da maneira de como estão sendo feitas as formas de arrecadação pelo Fisco, gerando embates eternos entre o Ente Tributante e o contribuinte final.

Deve ainda se levar em consideração que, apesar da previsão constitucional para a cobrança de um determinado tributo, existe a necessidade de edição de leis complementares, por

isso existe uma grande dificuldade na criação de normas específicas.

Sobre essa visão, cabe ainda destacar que, para além da dificuldade em criar leis, o legislador, quando cria, dá uma maior atenção na possibilidade do Fisco em cobrar o tributo, sem, contudo, criar normas que regulamentem o processo de cobrança.

Desse modo, fica predominando a ausência de adequação da norma com as demandas e as necessidades de sua aplicação para o cotidiano, tanto para quem cobra como para quem paga.

Lidar com o sistema tributário de um modo geral é algo complexo, burocrático e desigual. Essas características dificultam a elaboração e a implementação de normas regulamentadoras específicas, que visem a simplificação, transparência e a justiça fiscal. Sobre o assunto, ensina Luciano Amaro que:

O Sistema tributário brasileiro, embora robusto, em sua estrutura normativa, enfrenta desafios significativos no que tange à sua aplicação prática. A proliferação de normas tributárias, muitas vezes sem a devida harmonização e clareza, gera um ambiente de incerteza jurídica que afeta tanto o contribuinte quanto a administração tributária (Amaro, 2007).

Sobre esse aspecto é possível entender uma eventual falta de legislação que regula o processo de arrecadação e cobrança.

Como será demonstrado a seguir, a partir do momento em que o Fisco realiza a cobrança de um determinado tributo, esse deve dar margem para a defesa do contribuinte e seu direito de contestação, ainda que em esfera administrativa, não poderá ser negado, sob o argumento de ausência de lei regulamentadora do PAT, por aquele ente tributante específico.

5 A IMPOSSIBILIDADE DE USAR O ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE LEI PARA NEGAR O DIREITO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Antes de começarmos a discorrer sobre o tema se faz necessário entender que o direito ao PAT é uma garantia constitucional dos contribuintes, e sua previsão se encontra no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Art. 5º [...]

LV – 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 (Brasil, 1988).

Com base nesse direito, é possível afirmar que o contribuinte pode contestar e impugnar os atos da Administração Tributária que lhe sejam desfavoráveis, como os lançamentos, multas, penalidades, exclusões de regimes especiais etc. perante um Órgão Colegiado, composto por representantes do Fisco e dos contribuintes, que julgará de forma imparcial e independente as defesas e recursos administrativos. A concretização desse direito é um cumprimento aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Nesse aspecto, ensina Aliomar Baleeiro que:

O Direito de defesa do contribuinte, no âmbito administrativo, é inalienável e independente da existência de legislação específica regulamentando o Processo Administrativo Tributário. A ausência de legislação não pode ser utilizada como justificativa para obstar o exercício de direitos e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição (Baleeiro, 1999).

De acordo com esses princípios, é possível extrair que nenhum contribuinte poderá ter o pagamento de um determinado tributo exigido pelo Fisco, sem que haja uma previsão legal

para a cobrança, nem tão pouco poderá sofrer sanções constrictivas referentes a essa cobrança sem poder exercer o seu direito de se defender. Haja vista que apesar da constituição do crédito tributário deter certeza e liquidez, em alguns casos, seu lançamento pode ter sido feito em desconformidade com a lei, tornando-o o crédito em inexistente e sua cobrança ilegal.

Desse modo, surge a necessidade da constituição de um processo ainda na esfera administrativa para que o contribuinte possa exercer sua defesa sobre aquilo que ele ache ilegal, antes mesmo de sofrer qualquer meio constrictivo, podendo citar aqui o protesto em cartório de bens.

No entanto, alguns Entes Tributantes, podem alegar que não há lei específica que discipline o PAT em seu âmbito administrativo, e, por isso, negam o direito ao contribuinte de recorrer das decisões da Administração Tributária. Essa alegação é inválida e contrária à Constituição Federal, por vários motivos, que serão abordados a seguir.

Nesse sentido, torna-se claro que o PAT é um direito fundamental do contribuinte, garantido pela Constituição Federal, pelo Código Tributário Nacional e Legislações específicas de cada ente federativo. Seu objetivo é solucionar os conflitos entre o Fisco e o contribuinte, de uma forma mais rápida, simples e eficaz, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Nesse sentido ensina Hugo de Brito Machado Segundo que:

Por tudo isso, a ausência de legislação infraconstitucional que preveja a existência de um processo administrativo não pode ser invocada como justificativa válida para que a Administração Pública não respeite o direito de petição, ou deixe de exercer o autocontrole nos termos de um devido processo legal. Os dispositivos constitucionais, de fundamento indiscutível, e indubitavelmente autoaplicáveis, impõe a existência de processo administrativo, que há de seguir-se conforme regras que podem ser extraídas implicitamente da Constituição, ou, analogicamente, de dispositivos da legislação de outros entes tributantes (Segundo, 2020).

No entanto, e apesar de alguns Fiscos municipais, alegarem que não possuem leis regulamentadoras do PAT em suas esferas, e por isso, negam o direito do processo ao contribuinte, essa negativa fundamentada nessa alegação é inválida e inconstitucional, pois viola os princípios da legalidade, segurança jurídica e do devido processo legal.

Desse modo, fica claro que a ausência de lei específica não pode e nem deve ser usada como argumento para negar o direito ao Processo Administrativo, pois esse direito vem diretamente da Constituição Federal, além disso, existem princípios gerais e regras que orientam a aplicação do PAT, e que podem ser usados pelos Entes Tributantes até que esses editem suas leis próprias.

E sobre essa possibilidade de aplicar legislação geral de matéria de Direito Administrativo, ensina o Segundo:

Como o processo administrativo, hoje, é disciplinado no plano federal, em linhas gerais, pela Lei 9.784/99, pode-se defender a aplicação analógica dessa lei no âmbito de todo e qualquer ente tributante que não disponha de legislação sobre o assunto (Segundo, 2020).

Ainda nesse sentido, torna-se necessário trazer a ideia de que atualmente o Processo Administrativo como um todo é regulamentado na esfera federal, já existem normas e decretos que regulamentam o PAT, na esfera fiscal da União, portanto, caso algum Ente Tributante não disponha de legislação própria, poderão ser aplicadas as diretrizes da Lei n.º 9.784/99 e do Decreto n.º 70.235/72.

Portanto, caso o contribuinte venha a se sentir lesado ou ameaçado por um ato da Administração Tributária, ele poderá exigir o seu direito ao Processo Administrativo Tributário, independentemente da existência ou não de lei específica, no âmbito do ente federativo que o cobra.

6 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE FORMA SUBSIDIÁRIA DAS REGRAS DA LEI N.º 9.784/94 E DO DECRETO N.º 70.235/72 EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

No sistema jurídico brasileiro, inexistente uma lei federal que regulamente de um modo geral e uniforme todos os PAT em cada esfera da federação. O que ocorre é que cada Ente Tributante possui sua própria legislação sobre o tema, desse modo, geram-se inúmeras divergências e inseguranças jurídicas. Tendo ainda alguns entes que são ausentes em matéria de norma regulamentadora para o processo.

Nesse cenário, surge, então, a possibilidade, de que para cada caso concreto, ocorra a aplicação das normas contidas na Lei n.º 9.784/99 ou do Decreto n.º 70.235/72, ambos regulamentam PAT no âmbito da Administração Pública Federal e podem ser considerados como normas gerais de direito administrativo, o qual estabelece os princípios, as garantias básicas do processo administrativo.

A possibilidade de aplicação das regras contidas nestes dispositivos legais é respaldada através de decisões do Superior Tribunal de Justiça, que de forma reiterada vem estabelecendo o seu entendimento, inclusive se forma sumulada, é o que diz a Súmula 633, do STJ:

A Lei 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão e atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios. Se inexistir norma local e específica que regule a matéria (Brasil, 2019).

Além disso, tratou a Corte Superior da aplicação dessa legislação em outros casos específicos, como pode ser extraído dos: AGInt no REsp 1642879/GO, REsp 1684556/SP, AgRg no AREsp 345831/PR, EDcI no REsp 1525330/MG e o RMS 21866/SP.

Portanto, a aplicação desses dispositivos é totalmente possível, bem como, sua aplicação seria um efetivo cumprimento ao princípio legalidade, que em seu teor exige que toda ação estatal seja fundamentada em lei.

Além disso, ela promove o princípio da segurança jurídica, que visa garantir a estabilidade, previsibilidade e a confiança nas relações jurídicas tributárias. Por fim, cumpre destacar que sua efetiva aplicação assegura ainda o princípio do devido processo legal, implicando diretamente no exercício do direito de defesa, do contraditório e ampla defesa.

Desse modo, é possível concluir que, na ausência de lei específica que regulamenta o Processo Administrativo Tributário em determinado ente federativo, será aplicada as regras contidas na Lei n.º 9.784/99 ou no Decreto n.º 70.235/72, de forma subsidiária, como norma geral de direito administrativo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo o exposto acima elencado, é totalmente possível determinar que o direito ao processo administrativo é fundamental para garantir a participação, defesa e o contraditório dos administrados, perante a Administração Pública. Contudo, esse direito nem sempre é respeitado ou efetivado, seja por falta de legislação específica, omissão ou resistência da própria Administração.

Nesse contexto, o presente artigo buscou analisar a situação jurídica dos contribuintes que se veem privados de exercerem o direito de defesa em processos administrativos, em razão do argumento utilizado pelo Fisco de ausência de lei regulamentadora específica. Para isso, foram abordados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e o PAT, bem como as normas infraconstitucionais existentes, cujos regramentos podem vir a ser usados

como base legal para suprimir uma eventual inexistência legal local.

Desse modo, se entende que o argumento de que a ausência de legislação específica que regulamenta o PAT não pode ser usada como um obstáculo para determinar a impossibilidade de exercício do direito ao processo administrativo. Para tanto, foram abordados os conceitos de indisponibilidade do interesse público, bem como os princípios e as normas que regem o PAT no ordenamento jurídico nacional, sendo ainda abordados o entendimento pacificado dos Tribunais Superiores.

A partir da pesquisa realizada, concluiu-se que argumento de legislação específica regulamentadora não se sustenta, pois a previsão ao processo administrativo está na Constituição Federal e em legislações específicas, que estabelecem em seu teor as regras gerais e especiais para sua realização. Valendo, ainda, lembrar dos ensinamentos de Paulo Bonavides:

A efetividade dos direitos fundamentais, especialmente no que tange ao direito ao processo administrativo, não se esgotam na norma constitucional que prevê o direito, mas se estende à sua implementação prática e cotidiana, que deve ser garantida pelo Estado, independentemente da existência de legislação infraconstitucional específica (Bonavides, 2001).

Portanto, a indisponibilidade do direito ao PAT não decorre de falta de regulamentação, mas sim da falta de observância e cumprimento das normas já existentes, que devem ser aplicadas e interpretadas de forma a assegurar a efetividade desse direito fundamental. Assim, cabe aos contribuintes exigirem o respeito ao seu direito de participar e se defender nos processos administrativos, e aos Órgãos de controle para fiscalizar e corrigir as eventuais ilegalidades ou abusos praticados pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário** – 14ª edição, ver. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020.

AMARO, da Silva Luciano. **Direito Tributário Brasileiro** – 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

BALEEIRO, de Andrade Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro** – 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** – 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____, Código Tributário Nacional (1966). **Código Tributário Nacional de 1966**. Brasília, DF: Presidente da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>.

_____, Decreto n.º 70.235 (1972). **Decreto n.º 70.235/1972**. Brasília, DF: Presidente da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>.

_____, Lei n.º 9.784 (1999). **Lei de Procedimentos Administrativos**. Brasília, DF: Presidente da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário** – 12ª edição – São Paulo: Atlas 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: **Levantamento sobre a Estrutura Tributária dos Municípios brasileiros**. 25/02/2022. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tribunal-comeca-levantamento-sobre-a-estrutura-tributaria-dos-municipios-brasileiros.htm>>.

O SIGNALING DO RECURSO ESPECIAL – RESP N.º 1.907.394/MT, OS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS CONTRAÍDOS POR IDOSOS, ANALFABETOS E INDÍGENAS E A INTERVENÇÃO (IN)DEVIDA NA AUTONOMIA DA VONTADE

THE SIGNALING OF THE APPEAL N. 1.907.394/MT, PAYDAY LOANS TAKEN BY THE ELDERLY, ILLITERATES AND INDIGENOUS PEOPLE AND THE (UN)DUE INTERVENTION IN THE FREE WILL

Roger Vítório Oliveira Sousa

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Pós-graduado em Direito Público e em Direito Constitucional (Certificação pela UniAmérica). Pós-graduado em Direito do Trabalho pela ProMinas (Faculdade Única). Pós-graduado em Direito Falimentar e Recuperação Judicial e em Seguridade Social (Faculdade FOCUS).

Resumo: Observado o primado pela liberdade contratual e a própria estrutura da ordem econômica, discute-se a viabilidade da proposta trazida no REsp n.º 1.907.394/MT, que sinaliza uma futura modificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de analisar, em casos nos quais se discute a validade de empréstimos consignados firmados por analfabetos, se houve a efetiva compreensão do consumidor acerca dos termos do avençado, mesmo observadas as balizas do artigo 595 do Código Civil de 2002, dispositivo aplicável por analogia aos contratos de mútuo, consoante jurisprudência consolidada da Corte Cidadã. Para tanto, analisa-se a estrutura dos contratos em geral, o valor atribuído à autonomia da vontade e à liberdade contratual no ordenamento pátrio e a organização econômica a fim de verificar se é legítima essa intervenção estatal – por meio da construção de jurisprudência paternalista – nas relações privadas. Observado o objeto da discussão, o método dedutivo foi o entendido como o mais pertinente à análise bibliográfica empreendida, viabilizando a compreensão dos termos conceituais analisados com o fito de se chegar ao resultado.

Palavras-chave: Liberdade contratual. Empréstimo consignado. Consumidor.

Abstract: *In view of the supremacy of the freedom of contract and even the very own structure of the economic order, it's discussed the viability of the proposition made on the appeal n.º 1.907.394/MT, which signals the alteration of the Superior Tribunal de Justiça's comprehension, preaching that it must be analyzed, in cases on which is discussed the validity of the payday loans contracted by illiterates, if the consumer effectively understood the terms of service, even when respected the article 595 of the Civil Code of 2002, disposition that is applied on these cases, by the Citizen's Court, from the use of analogy. To that end, it analyzed the general contract structure, the value attributed to the free will and the freedom of contract by the Brazilian law and the economic organization, to verify if the State's intervention on private affairs – by means of constructing a paternalist jurisprudence – is legitimate. Given the object of discussion, the deductive method was understood as the most pertinent to the bibliographic analysis undertaken, enabling the understanding of the conceptual terms analyzed in order to reach the result.*

Keywords: *Freedom of contract. Payday loan. Consumer.*

Sumário: 1 Introdução – 2 A contratação dos empréstimos consignados no cenário pátrio e a jurisprudência – 3 Breves apontamentos sobre a Teoria dos Contratos; 3.1 Liberdade de contratar; 3.2 Elementos do contrato – 4 Intervencionismo estatal; 4.1 A livre iniciativa na ordem

econômica brasileira; 4.2 Contraponto ao signaling do STJ no REsp n.º 1.907.394/MT: os riscos da proposta – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Às vistas da guinada jurisprudencial acenada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ), o presente debate se instaura com o fito de, por intermédio de uma justaposição entre a perspectiva atual da Corte Cidadã, a visão da jurisprudência dos Tribunais estaduais pátrios e a modificação proposta, atestar se há ou não justificativa para referida transição de perspectiva.

O objeto da presente discussão é, portanto, discriminar se haveria oportunidade e adequação na proposta de evolução da compreensão já fixada no STJ, realizando um contraponto à posição adotada.

Resta, assim, elucidar se o entendimento atualmente adotado pela Corte Cidadã acerca desses pactos (estabelecendo-se a incidência, por analogia, de um critério objetivo a fim de se aferir se houve a ciência do consumidor hipossuficiente quanto aos termos do que contratou, qual seja, o critério previsto no art. 595 do Código Civil de 2002) ou se seria necessário superar essa posição, exigindo-se que fosse necessário comprovar, em Juízo, a efetiva ciência – pelo vulnerável – daquilo que contratou.

A relevância desse estudo jaz no impacto que pode ser contemplado em razão da proposta de evolução jurisprudencial, uma vez que, ao mudar o entendimento da Corte Cidadã acerca de o que seria necessário para que se tivesse um contrato de mútuo, estabelecido entre instituição financeira e consumidor hipervulnerável, ter-se-ia um conjunto de efeitos sucessivos nos contratos já firmados e nas relações já consolidadas.

Em um primeiro momento, foi necessário estudar minuciosamente a jurisprudência pátria sobre a questão dos empréstimos consignados concedidos a sujeitos de maior vulnerabilidade – idosos, indígenas e analfabetos – para que se notasse em que direção ruma a intenção dos julgadores.

Tendo sido descoberto que, no âmbito dos juízos estaduais, bem como no do próprio STJ, entende-se válida a contratação por esses vulneráveis, com a manutenção da avença, com base na higidez do negócio jurídico firmado, foi essencial entender quais os elementos do negócio jurídico. Para penetrar na temática, buscou-se estudar a liberdade de contratar estabelecida pelo ordenamento.

A análise da liberdade de contratar se justificou como introdução à terceira seção do desenvolvimento, que indagou acerca da possibilidade de intervenção estatal na esfera privada, a se estudar se seria cabível a evolução jurisprudencial sugerida ou se haveria violação precária e ruidosa da liberdade de iniciativa, da liberdade de contratar e do direito de propriedade.

O método dedutivo, nessa linha, é instrumento propício a fim de que se chegue à conclusão sobre a controvérsia instaurada. Ora, a fim de identificar se é válida a superação – ou melhor, a reinterpretção da questão, necessitava-se entender a compreensão inicial da jurisprudência acerca do assunto.

Após isso, o estudo dos elementos essenciais do contrato – sobre os quais pairava a controvérsia no tocante à manifestação de vontade do contratante – foi progressão natural. O encerramento, então, se deu com a análise da ordem econômica, conjugando-se tanto os elementos do contrato, da forma como elucidados pela doutrina, em justaposição à compreensão já consolidada pelos tribunais pátrios, para, finalmente, haver um posicionamento quanto à reflexão iniciada pela Min. Nancy Andrighi em sede de REsp n.º 1.907.394, MT.

Para tanto, foi necessário utilizar-se de pesquisa bibliográfica, com o objetivo de buscarem-se os conceitos iniciais e as jurisprudências consolidadas acerca da matéria. O meio de pesquisa também torna possível a utilização de conceitos gerais, para o alcance de resultados

específicos, apresentando evidente e inegável sinergia com o próprio método dedutivo.

2 A CONTRATAÇÃO DOS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS NO CENÁRIO PÁTRIO E A JURISPRUDÊNCIA

A realidade pátria hodierna tem visto um incremento expressivo na judicialização de questões pertinentes à esfera consumerista. É nítido que a sociedade tem cada vez mais se municiado do conhecimento necessário para o exercício dos direitos inerentes ao indivíduo, em especial do indivíduo consumidor, o qual, sabidamente, é a parte vulnerável na relação de consumo e a quem a Constituição Federal de 1988 assegurou certos direitos aptos a mitigarem a distinção fática estabelecida entre esta figura e o fornecedor (Grinover *et al.*, 2007).

Não obstante, o exercício do direito de ação em parcela expressiva das vezes se dá de forma abusiva, havendo, por exemplo, a prática da litigância de má-fé, reprimida pelo Código Fux*. Uma das ações mais contempladas na justiça tem sido a anulação contratual de empréstimos consignados. É típico em tais demandas pedir que determinado empréstimo, firmado com pessoas idosas ou analfabetas ou, até mesmo, pessoas que possuem ambos os caracteres, seja anulado, com base na vulnerabilidade supostamente inerente a tais indivíduos e na principiologia específica do Direito do Consumidor.

Com o intuito de promover a pacificação social incumbida ao Poder Judiciário, estabelecendo-a de forma também apta a garantir a observância e a concretização da segurança jurídica, previu o ordenamento jurídico pátrio figuras como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) – e os Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos (Sistemática dos Recursos Repetitivos).

Veja-se que ambas as dinâmicas preveem como pressupostos a multiplicidade, respectivamente, de demandas ou de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, havendo, no primeiro caso, controvérsia sobre uma mesma questão de direito e, no segundo, sendo o fundamento do recurso uma idêntica questão de direito. Dessa fundamentação se verifica a validade do afirmado: vários estados pátrios já utilizaram o instrumento do IRDR para pacificar a questão pertinente à regularidade ou não da contratação, por analfabeto ou idoso, de empréstimo consignado.

No Tribunal de Justiça do Estado do Piauí – TJ-PI –, por exemplo, procedeu-se ao juízo de admissibilidade positivo ao IRDR n.º 0759842-91.2020.8.18.0000 (Piauí, 2021), delimitando-se como matérias controversas o termo inicial do prazo prescricional e o prazo prescricional aplicável à espécie, a alegada necessidade de procuração pública para a formalização de contrato por analfabeto, a possibilidade de restituição das parcelas descontadas ilegalmente e a suposta necessidade de requerimento administrativo prévio à ação judicial.

No Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (doravante TJ-CE), da mesma forma, mas em estágio mais avançado, apreciou-se a questão discutida, por intermédio do IRDR instaurado no Processo n.º 0630366-67.2019.8.06.0000. Naquele sodalício, consolidou-se a tese da legalidade do instrumento particular, preenchidos os requisitos do art. 595 do Código Civil brasileiro, ou seja, assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas, quando o contratante for analfabeto, para a contratação de empréstimo consignado com instituição financeira.

A compreensão dispensou, portanto, o instrumento público para a validade da manifestação de vontade do analfabeto, resguardando-se ao Poder Judiciário o controle da observância dos requisitos legais. A Corte do Estado do Ceará optou por respaldar o entendimento de que a

*É costumeiro que se alcunhe determinada codificação com o nome de quem a escreveu (como Clóvis Beviláqua e Alfredo Buzaid, Código Civil de 1916 e Código de Processo Civil de 1973, respectivamente) ou encabeçou sua confecção (Ministro Luiz Fux, quanto ao Código de Processo Civil de 2015, e Miguel Reale, quanto ao projeto de Código Civil da década de 1970, que foi promulgado em 2002 como a nova legislação substantiva). Em razão disso, é o Código de Processo Civil de 2015 conhecido como Código Fux, em homenagem ao atual Ministro do Supremo Tribunal Federal que presidiu a comissão de juristas cuja atuação resultou na confecção do Código.

lei não previu os analfabetos como incapazes, estabelecendo regime jurídico diferenciado apenas em hipóteses específicas, como a determinação de forma específica para a contratação de serviços, contemplada no art. 595 do Código Civil – CC/02.

Nessa mesma linha, constatou-se que:

[...] a legislação que prevê a possibilidade das operações de crédito consignado, Lei 10.820/03, em nada verbaliza sobre a necessidade de instrumento público ou procuração pública para que o contratante analfabeto possa entabular o negócio jurídico com a instituição financeira, pois não faz nenhuma ressalva quanto ao grau de escolaridade do mutuário. E nos casos de pessoa aposentada, a citada lei autoriza os descontos no benefício de seus titulares, mas também sem a exigência de maiores formalidades cartorárias. A mesma coisa se observa quanto à Instrução Normativa do INSS n.º 28, de 16 de maio de 2008, modificada de forma recente pela IN n.º 100/2018, que ao estabelecer critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos de empréstimo em benefício previdenciário não faz alusão ou restrições quanto ao beneficiário analfabeto (Ceará, 2020, p. 1053).

A explicação para a observância do art. 595, CC/02, e a própria justificativa da existência de tal dispositivo, baseiam-se na isonomia material. Isso porque, embora a pessoa analfabeta encontre-se em situação díspar, quando comparada à outra parte da avença, no caso do objeto deste estudo, a instituição financeira, tal disparidade ou distinção é atenuada, ainda que não excluída, com a inclusão de duas testemunhas, pessoas que, compreendendo os termos do acordo que o contratante está prestes a firmar, poderão transmitir a este o conteúdo do contrato, para que o analfabeto chegue a uma decisão informada e consciente.

Trata-se, pois, da consolidação legislativa de disposição afinada com os termos da Carta de Ulysses Guimarães, em especial à isonomia, interpretada em seu aspecto material, e à defesa do consumidor.

Essa também foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em caso no qual se discutia a validade de contrato firmado por indígena, idoso e analfabeto. Reconheceu-se, no Recurso Especial n.º 1.868.099, Ceará, Relator Ministro Marco Aurélio Buzzi, a discrepância e o desequilíbrio que inicialmente haveria na relação negocial referida, tendo, no entanto, restado afastada qualquer nulidade, *in casu*, por ter sido constatada a observância do art. 595, CC/02, o qual serve como fator de balanceamento dos polos do contrato. Explicitou-se, no voto da Ministra Nancy Andrighi:

[...] a formalização de negócios jurídicos em contratos escritos – seja por opção das partes, seja por determinação legal, como ocorre na contratação de mútuo com instituição financeira –, põe as pessoas analfabetas em evidente desequilíbrio, haja vista sua dificuldade de compreender as disposições contratuais expostas em vernáculo. Não obstante, intervindo no negócio jurídico terceiro de confiança da pessoa analfabeta, capaz de lhe certificar acerca do conteúdo do contrato escrito e de assinar em seu nome, tudo isso testificado por duas testemunhas, compensa-se, em algum grau, o desequilíbrio inicial entre os contratantes, diminuindo a assimetria informacional existente entre eles. Assim, entendo que, no tocante à forma, a validade do contrato escrito firmado por analfabeto está condicionada à observância da formalidade prevista no art. 595 do CC/02, ou seja, à assinatura do respectivo instrumento a rogo por terceiro, com a participação de mais duas testemunhas (Brasil, 2020, p. 22).

Também relevante para a presente pesquisa é o IRDR 053983/2016, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (doravante TJ-MA). Neste julgado, foram fixadas, originalmente, quatro teses:

[...] IV - A primeira tese restou assim fixada: Independentemente da inversão do

ônus da prova - que deve ser decretada apenas nas hipóteses autorizadas pelo art. 6º VIII do CDC, segundo avaliação do magistrado no caso concreto -, cabe à instituição financeira/ré, enquanto fato impeditivo e modificativo do direito do consumidor/autor (CPC, art. 373, II), o ônus de provar que houve a contratação do empréstimo consignado, mediante a juntada do contrato ou de outro documento capaz de revelar a manifestação de vontade do consumidor no sentido de firmar o negócio jurídico, permanecendo com o consumidor/autor, quando alegar que não recebeu o valor do empréstimo, o dever de colaborar com a Justiça (CPC, art. 6º) e fazer a juntada do seu extrato bancário, embora este não deva ser considerado, pelo juiz, como documento essencial para a propositura da ação. Nas hipóteses em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante do contrato juntado ao processo, cabe à instituição financeira/ré o ônus de provar essa autenticidade (CPC, art. 429 II), por meio de perícia grafotécnica ou mediante os meios de prova legais ou moralmente legítimos (CPC, art. 369). V - Nos termos da lei substantiva civil (art. 3º e 4º do CC), as pessoas analfabetas são plenamente capazes de firmarem negócios jurídicos, porquanto essa circunstância não lhe torna absoluta ou relativamente incapaz. VI - A segunda tese restou assim fixada: A pessoa analfabeta é plenamente capaz para os atos da vida civil (CC, art. 2º) e pode exarar sua manifestação de vontade por quaisquer meios admitidos em direito, não sendo necessária a utilização de procuração pública ou de escritura pública para a contratação de empréstimo consignado, de sorte que eventual vício existente na contratação do empréstimo deve ser discutido à luz das hipóteses legais que autorizam a anulação por defeito do negócio jurídico (CC, arts. 138, 145, 151, 156, 157 e 158). VII - O art. 42 do CDC prevê que o consumidor não pode ser exposto ao ridículo, nem a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, de sorte que se for cobrado em quantia indevida terá direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, ficando resguardada as hipóteses de enganos escusáveis. VIII - A terceira tese restou assim fixada: é cabível a repetição de indébito em dobro nos casos de empréstimos consignados quando a instituição financeira não conseguir comprovar a validade do contrato celebrado com a parte autora, restando configurada a má-fé da instituição, resguardadas as hipóteses de enganos justificáveis. IX - São muitos os casos em que o consumidor visa à obtenção de um empréstimo consignado e a instituição financeira fornece-lhe uma operação na modalidade cartão de crédito com reserva de margem consignável (ou crédito rotativo), vendo-se o consumidor obrigado a arcar com encargos contratuais muito mais pesados, devido a essa falha do prestador de serviço. X - A quarta tese restou assim fixada: 4. Não estando vedada pelo ordenamento jurídico, é lícita a contratação de quaisquer modalidades de mútuo financeiro, de modo que, havendo vício na contratação, sua anulação deve ser discutida à luz das hipóteses legais que versam sobre os defeitos do negócio jurídico (CC, arts. 138, 145, 151, 156, 157 e 158) e dos deveres legais de probidade, boa-fé (CC, art. 422) e de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos, especificando corretamente as características do contrato (art. 4º IV e art. 6º, III, do CDC), observando-se, todavia, a possibilidade de convalidação do negócio anulável, segundo os princípios da conservação dos negócios jurídicos (CC, art. 170) (Maranhão, 2018, n.p).

Nota-se uma similitude entre as questões a serem apreciadas pelo TJ-PI e as já avaliadas pelo TJ-MA e pelo TJ-CE, quais sejam, a nulidade de avença pura e simples estabelecida entre analfabeto e banco e a possibilidade de devolução de valores descontados ilegalmente de benefício de analfabeto. Ou seja, analisar-se-á na Corte piauiense, já tendo sido analisado na Corte estadual maranhense e na Corte estadual cearense, a própria legitimidade da contratação de dado serviço por analfabeto.

A presente realidade parece apontar pela prevalência das teses em sentido semelhante às adotadas pela Corte estadual maranhense, como se viu pela admissão, pelo Tribunal cearense, de posição no mesmo sentido. Contudo, a questão apresenta-se bem complexa, frente às decisões já proferidas, isso porque, além de cada vez mais Cortes estaduais terem afetado a matéria para apreciação em sede de IRDR, fica nítida a ausência de uma harmonia nas decisões até en-

tão proferidas.

No Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJ-PE, por exemplo, admitiu-se o IRDR n.º 0016553-79.2019.8.17.9000, justamente por terem surgido, naquele órgão colegiado, três posições distintas acerca da matéria.

Revelou-se uma primeira corrente, segundo a qual, nos casos de empréstimo consignado não seria sequer necessário ao banco, réu típico de tais ações, comprovar o firmamento da avença por instrumento contratual, pois, nesse caso, seria necessário apenas provar que houve o depósito da quantia na conta da parte autora e o uso, total ou parcial, de tais valores pelo autor; uma segunda, apontando pela validade do negócio jurídico, quando contratado mediante a observância do disposto no art. 595, CC/02, ou seja, sem necessária escritura pública, mas com a assinatura do contrato por duas testemunhas; e uma última, que indica ser inválido o negócio jurídico, caso não tenha sido contratado através de escritura pública ou, no mínimo, através da assinatura a rogo do tomador analfabeto por rogado para tanto habilitado por escritura pública (Pernambuco, 2022).

Ademais, em recente julgamento, o do Recurso Especial – REsp n.º 1.907.394, a Ministra Nancy Andrighi pareceu indicar uma futura evolução na posição da Corte Cidadã, sinalizando a metamorfose da jurisprudência já firmada naquele sodalício. A jurista menciona que a mera observância da forma legal talvez não seja suficiente para mitigar o desequilíbrio evidente existente entre a figura do analfabeto consumidor, em posição ainda mais desprivilegiada que a do consumidor alfabetizado, e a instituição financeira, fornecedor do serviço de empréstimo. Deste modo, do que contemplado no voto da relatora,

Como o negócio jurídico é fundamentalmente um ato de vontade, é necessário que essa vontade seja exteriorizada de acordo com o íntimo querer do agente, de forma livre, consciente e submissa ao ordenamento jurídico, para que o negócio seja considerado válido. Se sobre o desejo do agente, todavia, incorrem influências exógenas, culminando em uma declaração de vontade distorcida, o ato jurídico pode ser invalidado, ante as circunstâncias que o envolveram. [...] parece-me que essa disciplina dos vícios de consentimento pode bem ser invocada pela pessoa analfabeta com vistas à invalidação de um negócio jurídico por si firmado quando, a despeito da observância da forma prescrita na lei, se verificar que o ajuste não corresponde à vontade que intimamente elaborou e que pretendia declarar. Com efeito, a simples interveniência de terceiro na celebração do negócio jurídico formalizado por escrito não garante que o analfabeto efetivamente compreendeu os termos da contratação e seus elementos essenciais, mormente quando se tratar de contrato complexo, como em geral os são os contratos bancários (Brasil, 2021, p. 19-20).

É nítida a perspectiva protetiva da Ministra, que parece nortear-se por uma ideia de maior intervenção contratual enquanto, embora mitigando parte das faculdades concedidas à pessoa analfabeta, tente tutelá-la*. A presente discussão, portanto, tentará verificar a compatibilidade da mudança sinalizada com o ordenamento pátrio.

3 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS CONTRATOS

Para o avanço da discussão iniciada, a presente seção abordará a liberdade de contratar, e os elementos característicos do contrato. Isso a fim de externar o respaldo dado pelo ordenamento à autonomia da vontade e compreender, posteriormente, a compatibilização entre a liberdade mencionada e o intervencionismo estatal, para compreender a legitimidade do quanto proposto na reflexão feita no Recurso Especial n.º 1.907.394, Mato Grosso.

*E, diga-se de passagem, o entendimento da jurista ao menos em tese é plenamente extensível aos idosos e aos indígenas, nas hipóteses em que estes estejam em situação de maior vulnerabilidade que o consumidor comum.

3.1 LIBERDADE DE CONTRATAR

A autonomia da vontade existe, enquanto princípio norteador das relações privadas, como clara decorrência do direito constitucionalmente consagrado à liberdade. O direito brasileiro, com clara tendência liberal, estabeleceu respaldo inegável ao direito geral à liberdade.

Essa liberdade, desde logo, ganhou espaço no *caput* do art. 5º da Constituição. Não só isso, a liberdade também é extraída de interpretação a *contrario sensu* do dispositivo que consolida modernamente o princípio da legalidade, o qual prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, Constituição Federal – CF/88). Por essa razão, a doutrina moderna menciona que a legalidade consiste em garantia da liberdade (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017), extraindo-se da previsão constitucional do princípio da legalidade, que a liberdade, assim como qualquer outro direito fundamental, não é absoluta.

Dessa forma, a lei, por exemplo, poderá mitigar o alcance da liberdade ou delinear seus contornos, adequando um interesse individual ao bem coletivo. Da mesma forma, outras previsões constitucionais acabam por impor limites ao exercício de tal direito, não obstante mantendo seu núcleo incólume.

Nessa linha, há, por exemplo, a função social da propriedade, a função social do contrato e o próprio princípio da justiça social, este último regente da ordem econômica, determinações – expressas ou implícitas – que interagem com a liberdade do indivíduo, adequando-a aos interesses coletivos e sociais*. Essa perspectiva é defendida, por exemplo, por Stolze (Gagliano; Pamplona Filho, 2019, p. 79), para quem “como corolário da liberdade individual no campo negocial, a liberdade contratual foi erigida realmente ao patamar de princípio, mas que, por sua vez, não pode ser interpretado de forma absoluta”.

Como previamente apontado, a justiça social constitui em uma condicionante à realização de atividade econômica. Para tanto, o fato de a justiça social configurar verdadeiro norte à ordem econômica, informando até mesmo os princípios regentes desta, é resultante da previsão expressa do art. 170, CF/88, segundo o qual “[a] ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios” (Brasil, 1988).

Deste modo, a partir da leitura do previsto no art. 170, *retro* citado, compreende-se que o constituinte originário tratou, no dispositivo, de densificar o objetivo pátrio de garantir o desenvolvimento da nação (art. 3º, II), estabelecendo entre esse objetivo e o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) sinergia evidente, consolidada através do condicionamento da ordem econômica à justiça social. Vê-se, portanto, que o desenvolvimento nacional mencionado no artigo terceiro faz menção ao que esteja afinado com o aspecto social da ordem jurídica vigente.

Não só isso, e ainda em sede constitucional, tem-se que, não obstante garantido o direito à propriedade, este será adequado à observância da função social de dita propriedade. Sendo assim, Grau (2015, p. 247) explicita a relevância de tal positivação expondo que:

[...] a afetação da propriedade pela função social importa o repúdio da concepção da propriedade exclusivamente como fonte de poder pessoal – poder que não se

*Referindo-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, inclusive, Maria Sylvia Zanella de Pietro elucida que, com a passagem do Estado de uma posição passiva a uma posição ativa, superando o individualismo jurídico até o fim do século XIX imperante, surgiram “no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional” (Di Pietro, 2016, p. 97). O próprio Poder de Polícia já leva à compreensão acerca da viabilidade de ser flexibilizado o espaço privado em prol do interesse coletivo.

exerce apenas sobre coisas, mas sobre as pessoas, razão de ser da liberdade visualizada como atributo exclusivo dos *beati possidetis* [...]

Novamente, a unidade da Constituição e a adoção de um viés social ficam evidentes na noção de que o objetivo constitucional foi o de afastar o mero “ter pelo ter”, impondo que o proprietário atribua ao bem uma destinação, a qual deve, por exemplo, no caso de propriedades urbanas, atender “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (dicção expressa do art. 182, § 2º, CF/88). Deste modo, parte-se, atualmente, de uma perspectiva de relativização do direito de propriedade, tendo sido este subordinado aos interesses expressos pela Constituição.

E não é apenas em sede constitucional que há mitigação à liberdade e a seus valores próximos e suas decorrências. Na lei também há perspectivas aptas a condicionarem, restringirem ou mitigarem a liberdade, limitando-se este estudo a analisar especificamente as previsões que alcançam a autonomia da vontade*.

Veja-se, por exemplo, que há o princípio da boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil – CC/02), a vedação ao enriquecimento sem causa (arts. 884 e 885, CC/02) e a própria função social do contrato (art. 421, CC/02). Tais imposições legais acabam por diminuir o alcance e a elasticidade da vontade do indivíduo, adequando-a e conformando-a ao projeto que o legislador entendeu por bem estabelecer.

Aliás, a própria previsão de regras atinentes a contratos previstos na lei, os ditos contratos típicos, pode ser entendida como fator apto a atingir a autonomia da vontade, uma vez que diminui faticamente as matérias de que as partes podem tratar ao contratar, impedindo certas cláusulas ou impondo determinada forma, sempre com o objetivo de resguardar o interesse público. Ressalte-se, inclusive, que o Código Civil vigente, em norma de direito intertemporal, previu que a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor do Código de Reale obedeceria ao disposto no Código Civil de 1916 e no Código Comercial. Não obstante, os efeitos de tais atos, produzidos após a vigência da legislação cível vigente, se subordinariam ao disposto nela, salvo se prevista, pelas partes, determinada forma de execução.

Além disso, tratou ainda o legislador de impor que nenhuma convenção prevaleceria se contrariasse preceitos de ordem pública, citando expressamente como exemplos de tais preceitos os referentes à concretização da função social da propriedade e dos contratos (art. 2.035, *caput* e parágrafo único).

Não obstante, todas essas previsões consistem em exceções à liberdade, o que comporta dizer que esta é, em regra, plena, sendo, da mesma forma, plena a autonomia da vontade. É essa a exposição feita por Nader:

Se de um lado o princípio da autonomia da vontade comporta certos limites ditados pela função social dos contratos e do valor justiça, rejeita todo processo de dirigismo contratual que vá além, seja na forma legislativa ou jurisprudencial. Além dos casos previstos diretamente no Código Civil, o juiz não está autorizado a decidir por equidade, alterando as condições livremente estipuladas pelos contratantes. O art. 4º da Lei de Introdução é específico a respeito. Este é um princípio de segurança jurídica, que dá às partes a possibilidade de um saber a que se ater (Nader, p. 57, 2016).

Não se pode perder de vista que, embora o Estado possua viés social, também tratou de assegurar constitucionalmente o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, ressalvadas as exceções legais (art. 170, parágrafo

*Mencione-se o poder de polícia, por exemplo. Trata-se da “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (Meirelles, 2016, p. 152). Isso sem prejuízo de mitigações constantes de legislações de ordenação urbana, outras derivadas da função social da propriedade e do contrato, que intervêm na esfera de vontade do particular etc.

único, CF/88), sendo, em complemento, excepcional a atuação estatal no sentido de explorar atividade econômica (art. 173, CF/88). Corroborando com isso, a Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica promoveu pertinente mudança no Código Civil, incluindo um parágrafo único ao artigo 421, o qual impôs expressamente que prevalecem, nas relações contratuais privadas, o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Interpretando tal dispositivo, a doutrina informa:

O parágrafo único do artigo 421 reforça a mais fundamental característica do contrato: sua obrigatoriedade. Desde que se constate que a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual significa afastar, ainda que parcialmente, o produto da autonomia privada, convém assentar que isso só deverá ocorrer quando graves razões o exigirem. Embora o disposto no parágrafo único do artigo 421 já fosse regra no direito positivo brasileiro, sua explicitação não é inútil; ao contrário, tem o mérito de aumentar consideravelmente o ônus argumentativo de quem pretenda a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual (Bunazar, 2019, p. 1561).

A Declaração, pois, neste ponto, buscou afastar a ingerência estatal na esfera privada, restabelecendo, ao menos em parte, a autonomia negocial que esta conservava. Essa perspectiva, todavia, não significa que é excluída a intervenção estatal nos negócios jurídicos, especialmente levando em consideração todo o arcabouço exposto até aqui. Na verdade, a regra referida é aplicável apenas às situações nas quais há paridade ou situação próxima da paridade entre os contraentes. Por outro lado, nas relações em que uma das partes é hipossuficiente em face da outra, até para fins de garantia da igualdade material que é direito fundamental, o ordenamento pátrio prevê mecanismos compensatórios, a exemplo das normas de regência pertinentes ao direito do consumidor e ao direito do trabalho (Coelho, 2016).

Pelo exposto, é evidente que a autonomia da vontade existe como reflexo da liberdade concedida pela Carta Política. Ora, por tal princípio contratual, aos agentes é facultado o direito de estabelecer, livremente, lei entre as partes. Segundo Coelho, portanto, é:

[...] referência ao reconhecimento, pela ordem positiva, da validade e eficácia dos acordos realizados pelos próprios sujeitos de direito. A vontade autônoma, para a doutrina, é a que se manifesta livremente na criação de direitos e obrigações, porque nenhuma lei os preestabelece. Em outros termos, pela autonomia da vontade, o sujeito de direito contrata se quiser, com quem quiser e da forma que quiser. A ordem jurídica reconhece os direitos e deveres gerados pela livre manifestação de vontade das pessoas, conferindo validade e eficácia ao contratado entre elas (Coelho, 2016, p. 7).

Do exposto pelo doutrinador, percebe-se que, dela, extraem-se diversos reflexos cuja origem comum é o dito respaldo pela liberdade. Assim, de início, vige a faculdade de contratar, o que significa apontar que o indivíduo pode ou não firmar o negócio jurídico, dentro de sua perspectiva acerca da conveniência de tal avença.

Ademais, também aponta pela possibilidade de escolha de com quem se contratará, além de, por fim, garantir às partes que estabeleçam, entre si, cláusulas específicas, distintas das regras gerais previstas em lei para determinado contrato típico, visando a amoldarem a avença à realidade que permeia os contratantes.

Desses reflexos é possível, inclusive, extrair alguns dos elementos de formação do contrato, ao se verificar que a faculdade de contratar corresponde à manifestação de vontade e a possibilidade de estabelecer cláusulas pertinentes ao negócio firmado vincula-se à forma prescrita ou não defesa em lei. Além dos já citados, há ainda o objeto lícito, possível e determinado e a capacidade do agente. Esses componentes serão analisados a seguir, sendo realizado o cotejo entre a explanação doutrinária e as posições dos tribunais apontadas.

3.2 ELEMENTOS DO CONTRATO

Os contratos apresentam os mesmos elementos gerais de validade que os demais atos jurídicos. Dessa forma, tais partes estruturais são a capacidade do agente, a manifestação da vontade, a possibilidade, a determinação e a licitude do objeto e a observância da forma prescrita em lei (Azevedo, 2019).

Faz-se importante ressaltar que a manifestação de vontade deve ser livre e em observância à boa-fé. Deste modo, o objeto deve ser idôneo, possível e determinado ou determinável, admitido esse último caso na hipótese de ser possível sua individualização. A forma atribuída ao negócio, ademais, deve ser admitida pelo direito, sendo, também, livre, caso não haja previsão legal de forma determinada (Gagliano; Pamplona Filho, 2019). Há, ainda, a capacidade, inerente ao agente. Segundo Rosenvald e Farias:

A capacidade jurídica envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar, adquirir bens, postular perante o Poder Judiciário...) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes (Rosenvald; Farias, 2015, p. 271).

O ordenamento pátrio consagra como regra a capacidade do indivíduo para que a ele sejam impostos deveres ou concedidos direitos. Estabelece a lei, portanto, uma presunção de capacidade ao indivíduo pertencente à faixa etária de 18 anos. A se afastar a presunção, tem-se apenas a hipótese de incapacidade absoluta em virtude do critério etário, dispondo o Código Civil serem absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos (art. 3º, com redação dada pela Lei n.º 13.146, de 2015), e as de incapacidade relativa, concernentes aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico; àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e aos pródigos (art. 4º, com redação dada pela Lei n.º 13.146, de 2015) (Brasil, 2002).

Antes da reforma promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146, de 2015, o paradigma era outro: consideravam-se absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade (art. 3º, Código Civil, redação original).

De outro giro, eram relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e os pródigos (art. 4º, Código Civil, redação original). Parte-se da presunção, portanto, atualmente, de que as pessoas maiores são capazes, salvo se estiverem enquadradas nas hipóteses de incapacidade relativa delineadas pelo sistema jurídico.

Assim, embora haja tese de que seria inválida a manifestação de vontade por parte de idosos, analfabetos e indígenas, em decorrência dos caracteres especiais de tais sujeitos, não se pode exigir o que não há na lei e, muito menos, desfazer avenças válidas com base nessas características. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, IRDR apreciado através do Processo n.º 0630366-67.2019.8.06.0000, sintetiza a questão pertinente à capacidade, indicando, ainda, hipóteses em que o legislador entendeu que exigiriam formas específicas no tocante à contratação por analfabeto, para a validade dos negócios:

No capítulo destinado à capacidade da pessoa natural o Código Civil estabelece que é absolutamente incapaz apenas o menor de 16 (dezesseis) anos (art. 3º). E quanto aos relativamente incapazes de exercer certos atos estão relacionados no artigo 4º os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados

em tóxico, aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir vontade e, por último, os pródigos. Nota-se que o Código Civil não trata analfabetos como incapazes, porém em algumas situações foram definidas regras que facilitem a declaração de vontade dessas pessoas. É o caso por exemplo do artigo 215, § 2º, para a aquisição de bens móveis, do art. 595 para a contratação de serviços, do art. 1534, § 2º para a celebração do casamento, e também do artigo 1.865 para a realização do testamento público (Brasil, 2020, p. 1042).

Como se viu e como muito bem sintetizado pelo julgador no trecho acima juntado, os analfabetos – assim como os idosos, acrescente-se – não são vistos pelo ordenamento pátrio como incapazes, embora para aqueles primeiros haja a criação de mecanismos mitigadores das desigualdades fáticas, na forma, por exemplo, de um formalismo contratual consistente na necessidade de que, nos contratos de prestação de serviço, o instrumento seja assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas (art. 595, CC/02).

Frise-se, inclusive, que, tanto o idoso não é incapaz que boa parte da doutrina critica a limitação imposta pelo Código Reale ao regime de bens quando do casamento do septuagenário (art. 1.643, II, CC/02), como violação inclusive a princípios constitucionalmente queridos, como a tutela da intimidade (Pereira, 2014).

Admitir o contrário, ou seja, a flexibilização dos direitos inerentes ao particular de firmar negócios e de manifestar livremente sua vontade, com base em condições como a ausência da aptidão para ler ou da idade, parece atacar direitos fundamentais da mesma forma que o art. 1.643, II, CC/02. Ora, ter-se-ia uma imposição de barreira inexistente na lei, barreira a qual não possuiria justificação apta a validar o tratamento diferenciado apontado, a ponto de autorizar, por exemplo, a anulação de um contrato de empréstimo consignado pela simples presença dessas características. Todavia, o mero fato de serem esses agentes capazes não significa, por si só, que as vontades manifestadas sejam válidas.

A partir daqui, faz-se necessário entender a intervenção estatal no âmbito privado, bem como analisar a sinalização do STJ no REsp n.º 1.907.394/MT, para verificar a alteração jurisprudencial justificada anteriormente.

4 INTERVENCIONISMO ESTATAL

Nesta última seção do desenvolvimento, far-se-á necessário compreender se justificável o intervencionismo estatal proposto no REsp n.º 1.907.394/MT, em cotejo com o que foi exposto até aqui. Antes de verificar de maneira mais precisa o fundamento da sinalização realizada no referido recurso, é necessário compreender os limites da esfera privada no ordenamento brasileiro.

4.1 A LIVRE INICIATIVA DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

Como já mencionado nesta discussão, a ordem jurídica brasileira gravita em torno da garantia e da tutela dos mais diversos direitos fundamentais pelo Estado. Ao viver em sociedade, o homem renuncia a parcela de sua liberdade, sob a premissa de lhe serem assegurados direitos a serem providos pelo Leviatã*, além de ser tutelada a pacificação social, sendo atribuída a capacidade de decidir os conflitos entre os mais diversos súditos ao próprio Estado regente. Tem-se, pois, que, ao mesmo tempo em que sacrifica sua liberdade em prol de viver coletivamente, passa a ser protegido o núcleo essencial dessa liberdade, na forma dos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, os quais importam em garantir a observância de obrigações negativas pelo dito Estado.

*Por Leviatã, compreenda-se “Estado”.

No rol dos ditos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, encontra-se a liberdade. Dentro dessa liberdade, pode-se contemplar a autonomia da vontade e, correlacionando-se a tal liberdade, há o direito à propriedade privada. Decorrência lógica da conjugação de ambos os direitos é a livre iniciativa, ou seja, “poder da burguesia, dos empresários, dos particulares, enfim, de desenvolverem uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços” (Amaral Neto, 1986, p. 229). A referida livre iniciativa teve seu valor social, inclusive, estabelecido como fundamento da República (art. 1º, IV, CF/88) e como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*, CF/88).

De acordo com o arcabouço montado pelo constituinte originário, a ordem econômica, fundamentada na livre iniciativa, terá sua atuação direcionada pela justiça social, o que importa em dizer que a ideia-chave estabelecida na Carta Política vigente foi tentar conciliar os interesses privados e individuais, garantidos obrigatoriamente, posto que o Estado pátrio é democrático, e os interesses públicos, coletivos*.

Desta forma, por exemplo, enquanto o art. 3º da Constituição estabelece como objetivo pátrio o desenvolvimento nacional, esse objetivo não pode ser tido como absoluto, a ponto de se dar um aval à busca pelo desenvolvimento através de artifícios que se revelem incompatíveis com o restante das determinações constitucionais, como a busca da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, os quais fazem parte dos objetivos da República.

Na verdade, esse desenvolvimento não é o meramente econômico, mas o sustentável, o qual deve buscar, acima de tudo, o desenvolvimento social e a redistribuição de renda, o que importa em dizer, desta forma, que, para Corrêa e Gomes,

[o] Desenvolvimento pleno deve possuir algumas características econômicas, sociais e demográficas. Necessita buscar: suficiência alimentar, diminuir os analfabetos, elevar produtividade dos agricultores, industrialização, controlar o crescimento demográfico e taxas de desemprego (Corrêa; Gomes, 2011, p. 183).

Por outro lado, embora haja esse natural condicionamento do exercício das atividades econômicas – o que acaba por também afetar a liberdade de contratação – e da busca por desenvolvimento, isso não significa dizer que o núcleo desses direitos foi violado. O que acontece acaba sendo o oposto: consagra-se o princípio da subsidiariedade estatal, devendo este adotar posição coadjuvante, de forma a apenas auxiliar que as atividades econômicas floresçam, em vez de causar que definhem (Ferreira Filho, 2012).

Pelo princípio hermenêutico da unidade, a Constituição não deve ser interpretada em retalhos ou de forma sectarizada, mas como um todo orgânico e interdependente. Tal norte interpretativo tem relevância ao induzir a constatação de que a eventual análise de dado dispositivo não será feita com relação apenas a ele, mas levando em consideração todo o arcabouço constitucional existente. Nessa linha, de forma prática, quando a Constituição estabelece como fundamento do Estado pátrio a valorização do trabalho e da livre iniciativa, tem-se uma perspectiva que dignifica a esfera privada e a respalda.

Corroborar-se com essa visão o fato de ter o constituinte originário estabelecido como direito fundamental a propriedade, sendo este um dos principais direitos dos quais decorrem os demais previstos no rol exemplificativo trazido pelo art. 5º da Carta Política (Mendes; Branco, 2020). Ademais, tanto a propriedade privada quanto a valorização do trabalho e da livre iniciativa foram elencados expressamente na lista de princípios da ordem econômica estabelecidos pelo art. 170, CF/88.

*Adotando essa mesma visão, no Código Civil de 2002, Reale (1975, p. 22-23) elabora: “[s]uperado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo”.

Em vista disso, é nítida a opção realizada, pelo constituinte, quanto ao sistema de produção capitalista: é que o capitalismo exige para sua existência a garantia expressa de propriedade privada, o que, não obstante, não se dá de forma plena em terras brasís, especialmente levando-se em consideração que a jurisprudência já há muito tempo pacificou não haver direito absoluto no ordenamento pátrio. Além disso, a própria disposição constitucional regente da ordem econômica, ao fixar os princípios que norteiam dita ordem, estabelece um finalismo à ordem econômica, qual seja, o atingimento da justiça social. Nessa linha expositiva, princípios como a função social da propriedade mitigam a liberdade do indivíduo em prol do coletivo, da sociedade, não obstante, permanece sendo resguardado o mínimo necessário à garantia da dignidade do súdito, no tocante à sua esfera privada, e, mais ainda, sendo restrita a intervenção estatal no âmbito privado.

Foi esse ideário que se tentou fortalecer com o advento da Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica, Lei n.º 13.874, de 2019. Seu art. 3º, V, nessa linha, estabelece uma presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, impondo que as dúvidas pertinentes à interpretação de atos regidos pelos direitos civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário.

Parte-se, assim, de uma presunção de boa-fé dos particulares no exercício de atividades econômicas, primando pela livre iniciativa, fundamento do Estado brasileiro. Acompanhando a tendência, estabelece o art. 113, § 1º, Código Civil, com redação dada pela Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica, disposições interpretativas acerca do sentido atribuído a determinado negócio jurídico, definindo que:

[a] interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (Brasil, 2019).

Nota-se que a *lege* tratou de consolidar regra lógica: presume-se o ordinário e não o extraordinário. A ideia da inovação legislativa foi, justamente, colaborar com a manutenção dos negócios jurídicos, evitando a intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário, na autonomia da vontade e na liberdade de contratar, promovendo-se, sempre que possível, o negócio jurídico firmado e a vontade das partes inicialmente manifestada e, na mesma linha, protegendo um dos acordantes da eventual má-fé do outro.

Trazendo-se tal extrato jurídico para o objeto analisado por este estudo, é evidente que a manifestação atual do STJ, no sentido de manter os contratos quando comprovada a existência dos requisitos de formação, validade e eficácia destes, em especial respaldando a capacidade das partes, mesmo que dentre elas haja analfabeto ou idoso ou, ainda, indígena, se coaduna de forma plena com as imposições do ordenamento pátrio.

Ora, ao se observar as imposições trazidas pelo CDC, norma de fundo constitucional e natureza garantidora da isonomia material estabelecida como direito fundamental pelo art. 5º, evidencia-se não haver, expressamente, disposição que imponha a nulidade de plano dos contratos firmados com pessoas analfabetas ou, na mesma linha, que determine que tais contratos devam ser firmados utilizando-se de meio mais custoso, como a escritura pública.

Aliás, diga-se que a fundamentação rotineiramente utilizada, nas exordiais, para a tentativa de desconstituição desses contratos em juízo, o uso do arcabouço principiológico estabelecido pelo CDC, pode levar o magistrado a incorrer, caso acatado o pedido, em ato que ocasione

violação do dever de fundamentação exposto pela Constituição Federal e, atualmente, também previsto no Código de Processo Civil de 2015*.

Ademais, a própria razão de ser dos direitos fundamentais impõe ao Estado uma abstenção pertinente ao núcleo íntimo dos particulares. Deste modo, as liberdades devem ser as regras, enquanto que as penetrações do Estado nas esferas individuais devem ser exceções. Por isso, a primeira dimensão dos direitos fundamentais decorre da liberdade e a representa (Moraes, 2018). Todavia, a reflexão realizada no Recurso Especial objeto deste estudo não diz respeito à capacidade do agente e sim à manifestação da vontade expedida.

4.2 CONTRAPONTO AO *SIGNALING* DO STJ NO RESP N.º 1.907.394/MT

No Recurso n.º 1.907.394, Mato Grosso, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a compreensão exposta foi no sentido de primar à manifestação de vontade livre da pessoa analfabeta, afastando a exigência de formalismos não previstos em lei, como o firmamento do negócio por instrumento público, a se respaldar a plena capacidade desses indivíduos e a liberdade de contratar. E tal respaldo pode, em decorrência da similitude entre os contextos, ser evidentemente expandido aos idosos e aos indígenas. Não obstante, tanto da ementa quanto do voto vencedor colhem-se observações que parecem apontar para uma posterior modificação do paradigma jurisprudencial, a se flexibilizar a solidez dos contratos firmados, em decorrência dos fundamentos expostos pela relatora.

Evidenciando a pauta sensível, em decorrência dos impactos socioeconômicos da decisão, a relatora ressaltou a vulnerabilidade inerente ao analfabeto, em decorrência do desamparo informacional que essa condição ocasiona, havendo inclusive violação ao direito de informação estabelecido pelo CDC (art. 4º, IV, c/c art. 6º, III, 46 e 54, § 3º, CDC) (Brasil, 1990). Reforça-se esta dita posição com a existência do Projeto de Lei (doravante PLS) n.º 283/2012, que, à época do julgado, tramitava na Câmara dos Deputados**, o qual revelava o interesse legislativo em regulamentar as questões pertinentes à concessão de crédito e à prevenção do superendividamento.

Ainda, embora em seu voto, no REsp n.º 1.907.394, a Ministra reconheça que, ausente formalismo específico previsto em lei, a manifestação de vontade é livre, consignando que “os contratos firmados por pessoas analfabetas seguem a regra geral da liberdade das formas, de modo que independem da celebração de escritura pública, exceto se esta for exigida por lei” (Brasil, 2021, p. 16), instaura o debate acerca da validade do consentimento para o firmamento da avença, apontando que a disciplina dos vícios de consentimento pode ser invocada pelo analfabeto – e, por consequência, por outras figuras cujo conhecimento acerca dos termos da avença possa restar comprometido, como idosos e indígenas, “com vistas à invalidação de um negócio jurídico por si firmado quando, a despeito da observância da forma prescrita na lei, se verificar que o ajuste não corresponde à vontade que intimamente elaborou” (Brasil, 2021, p. 20).

A reflexão da relatora aponta para a oportunidade do reconhecimento dos vícios de consentimento tanto quando a ausência de compreensão daquilo que se está a firmar decorre das condições pessoais do consumidor, quanto quando essa ausência é ensejada pelo dolo de terceiro, exigida a demonstração da ocorrência da falsa percepção da realidade ou o desconhecimento dos termos do avençado.

Ocorre que, embora evidente a boa intenção, a posição esbarra nas dificuldades inerentes à instrução probatória que deve permear uma ação que discuta essa matéria. Ora, seria

*Conforme Streck, tem-se, em casos assim, a figura do pan-principiologismo. Segundo o autor (Streck, 2012, n.p), “venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade [...]”. Ou seja, incide dita figura nos casos em que o julgador se furta de julgar de forma fundamentada, ou, pior ainda, quando este atua usando dos princípios para “abrir” uma dada e possível interpretação, quando o caminho deveria ser exatamente o oposto” (Couto; Silva, 2016, p. 9).

**Referido projeto restou, eventualmente, convertido na Lei n.º 14.181 de 01/07/2021.

bastante complexo comprovar que houve vício na manifestação de vontade exarada pelo consumidor idoso em decorrência de sua hipervulnerabilidade.

Além disso, a adoção de perspectivas paternalistas e de tutela excessivamente ampla, além de ocasionarem retração econômica – o mercado se torna instável quando não se vê viabilidade ao livre avançamento –, acaba por destituir o consumidor de acesso ao crédito. Ora, quanto mais entraves forem estabelecidos pela jurisprudência ao reconhecimento da higidez dessa modalidade contratual, menos as instituições financeiras viabilizarão o acesso ao crédito em favor desses grupos vulneráveis, o que torna a economia estagnada e destitui os indivíduos de seu poder de compra. Isso sem mencionar a possibilidade ampla do uso abusivo desse mecanismo para a anulação de avançamentos judicialmente, contribuindo para a hiperjudicialização que já se contempla atualmente.

Desta maneira, embora certamente bem intencionada a proposta, a criação de regras exóticas e sem previsão legal pela jurisprudência, além do estabelecimento de parâmetros que onerem excessivamente um dos polos da ação – como estabelecer o dever de se comprovar, judicialmente, que a vontade do consumidor hipervulnerável, idoso, indígena ou analfabeto, foi hígida, para além do regramento já aplicável pela Corte Cidadã de forma analógica – pode acabar por prejudicar quem se busca tutelar, gerando o que popularmente se chama “efeito dominó” em diversos outros setores da sociedade. Não só, ter-se-ia inegável intervencionismo estatal, com um paternalismo que prejudicaria o consumidor mais do que o ajudaria, além de inviabilizar o exercício pleno da autonomia da vontade, em ampla desatenção à tessitura da ordem constitucional econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito pátrio tem visto tonificada tutela de grupos vulneráveis por meio de interpretações jurisprudenciais. A manifestação da vontade, considerando isso, tem sido analisada com muita cautela nos contratos firmados por idoso junto à instituição financeira, para fins de contração de mútuo.

Os tribunais têm estabelecido como solenidade necessária ao firmamento válido de mútuo a observância do art. 595, CC/02, a fim de se consolidar uma presunção de compreensão – pelo mutuário – dos termos do empréstimo.

Ocorre que, em 2021, houve, no STJ, aparente *signaling*, a apontar que a questão pode ser reinterpretada, passando o Poder Judiciário a avaliar a integridade de uma manifestação de vontade feita com o fito de perfectibilizar um acordo. A medida, não obstante certamente oriunda das melhores intenções, pode acabar por apenas prejudicar os grupos hipervulneráveis. É que, surgindo cada vez mais elementos não previstos em lei a serem exigidos pela jurisprudência como necessários à validade de avançamentos estabelecidos entre instituições financeiras e indivíduos hipervulneráveis, é nítida a possibilidade de que haja posterior limitação do crédito concedido a essas pessoas, sendo impostos entraves à oferta de crédito justamente pela dificuldade que surge para os bancos no sentido de manter os pactos que firmaram com os mutuários.

Nessa mesma linha, diminuindo-se o acesso ao crédito, também se tem uma diminuição no consumo, desaquecendo-se a economia, por consequência. Além disso, a criação de um novo elemento necessário à validade da contratação de empréstimo por hipervulneráveis – para além do parâmetro objetivo do art. 595, CC/02, que traz uma presunção de ciência do teor da contratação pelo contratante analfabeto, em razão da assinatura a rogo –, exigindo-se que seja comprovada a efetiva ciência do consumidor acerca dos termos do contrato.

Frise-se, admitir tal contexto, pode, inclusive, redundar na imposição de prova diabólica em eventual questionamento judicial, a ser produzida pela instituição financeira – mutuante, considerando a dificuldade de se comprovar a compreensão de alguém acerca de determinada

matéria, ensejaria entrave ilegítimo à liberdade econômica, configurando verdadeiro intervencionismo estatal indevido, com a inovação do ordenamento pelo Poder Judiciário, em desatenção à necessidade de lei para tanto. No ponto, tem-se, decorrente da sugestão, mais que um esmiuçamento da previsão legal, mas, verdadeiramente, a criação de nova regra cogente a ser observada no âmbito particular, atribuição que não compete ao Judiciário.

Em razão disso, a proposta de análise, em cada caso, acerca da ciência efetiva do analfabeto quanto aos termos do empréstimo, mesmo quando observada a previsão do art. 595, CC/02, aplicada pela Corte Cidadã às hipóteses de contratação de mútuo, parece inviável e prejudicial, não apenas em razão das dificuldades práticas de sua implementação, como também em virtude da imposição de risco excessivo à instituição financeira, condicionamento do pleno exercício da autonomia da vontade pela pessoa analfabeta e paternalismo estatal que configura intervenção indevida na ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de Informação legislativa**. Brasília, v. 23, n. 92, p. 221-240, out./dez. 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496824>>. Acesso em: 24 mai. 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 7 nov. 2023.

_____. CÓDIGO CIVIL DE 2002. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 5 dez. 2023.

_____. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2023.

_____. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA. **Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm>. Acesso em: 31 out. 2023.

_____. REALE, Miguel. Mensagem n.º 160, de 10 de junho de 1975. In: **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. Brasília, 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n.º 1.907.394, Mato Grosso**. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 04 mai. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002059083&dt_publicacao=10/05/2021>. Acesso em: 9 dez. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n.º 1.868.099, Ceará**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 15. dez. 2020. Disponível em: <<https://>

scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000694220&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 9 dez. 2023.

BUNAZAR, Maurício. A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus Impactos no Regime Jurídico do Contrato de Direito Comum. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, v. 5, n.º 6 p. 1549-1566, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1549_1566.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Seção de Direito Privado do TJ-CE. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 0630366-67.2019.8.06.0000**. Relator Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante. Fortaleza, 21 set. 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3326914&cdForo=0>>. Acesso em: 19 nov. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**, Volume 3. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CORRÊA, Ceres Fernanda; GOMES, Eduardo Biacchi. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável: Uma análise a partir do caso das papeleras. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 48, n. 189, p. 177-187, jan/mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242869>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

COUTO, Mônica Bonetti; SILVA, Jonathan Eugênio Leite da. Decisão judicial, o papel dos princípios e o[s perigos do] pan-principiologismo. In: **Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI**. São Paulo: FEPODI, 2015. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/z3071234/p8a0lhk1/PmCeEpVbm6mhB74O.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume I. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 4: contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Tribunal Pleno. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 053983/2016**. Relator Desembargador Jaime Ferreira de Araújo. São Luís, 12 set. 2018. Disponível em: <https://www3.tjma.jus.br/diario/diarios/diario_09102018_105626_184.pdf.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Seção de Direito Cível. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 0016553-79.2019.8.17.9000**. Relator Desembargador Fernando Eduardo Ferreira. Recife, 08 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.tjpe.jus.br/web/vice-presidencia/nugrep/banco-de-iridr/julgados/-/asset_publisher/ycFvOoAr1XZ2/content/tema-n-05-iridr-condicionamento-da-validade-do-negocio-juridico-de-emprestimo-bancario-a-pessoa-analfabeta-a-observancia-de-formalidade-essencial-para-?_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2_assetEntryId=3357189&_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2_redirect=https%3A%2F%2Fportal.tjpe.jus.br%2Fweb%2Fvice-presidencia%2Fnugrep%2Fbanco-de-iridr%2Fjulgados%3Fp_p_id%3D-com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2_assetEntryId%3D3357189%26_com_liferay_asset_publisher_web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_ycFvOoAr1XZ2_cur%3D0%26p_r_p_resetCur%3Dfalse>. Acesso em: 4 jan. 2024.

PIAUI. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Tribunal Pleno. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.º 0759842-91.2020.8.18.0000**. Relator Desembargador Haroldo Oliveira Rehem. Teresina, admissibilidade em 15 mar. 2021. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/nugrep/precedentes/iridr/>>. Acesso em: 19 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 144, s. n., jun. 2012. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145/1583>>. Acesso em: 1 jan. 2024.

UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 635.659 NO STF: O SUBJETIVISMO DOS CRITÉRIOS PARA A DISTINÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL NO BRASIL

AN ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF EXTRAORDINARY APPEAL NO. 635.659 IN THE STF: THE SUBJECTIVISM OF THE CRITERIA FOR DISTINGUISHING THE POSSESSION OF DRUGS FOR PERSONAL CONSUMPTION IN BRAZIL

Christiane da Silva Souza de Oliveira

Pós-Graduanda em Ciências Criminais e Segurança Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos (UFRJ/PPDH). Pós-Graduada em Direito Penal Econômico e Europeu, pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, convênio com Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Especialização em *Garantías Constitucionales de la Investigación y la Prueba en el Proceso Penal*, pela Universidad de Castilla-La Mancha, UCLM, Espanha. Professora da Pós-Graduação em Ciências Criminais e Segurança Pública do CEPED/UERJ e da Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da EMERJ.

Resumo: O artigo tem como objetivo abordar o tema da descriminalização do porte de drogas, destacando a complexidade e a diversidade de opiniões entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à ausência de consenso sobre os critérios para distinguir usuário de traficante, especialmente, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659. Neste sentido, por meio do uso de metodologia de pesquisa bibliográfica, baseada, principalmente, na revisão de literatura encontrada sobre a temática, observou-se que a subjetividade atribuída aos magistrados resulta em uma disparidade de decisões, se considerados os diferentes contextos sociais brasileiros. Após apresentadas reflexões acerca da necessidade de um debate aprofundado sobre a regulamentação das drogas no Brasil, conclui-se que se faz mister a definição de critérios objetivos para a caracterização da figura do traficante e sua adequada subsunção à norma, diferenciando-os de usuários de substâncias entorpecentes.

Palavras-chave: Descriminalização. Porte de drogas. Decisões judiciais. Critérios objetivos.

Abstract: *The article aims to address the issue of decriminalizing of drug possession, highlighting the complexity and diversity of opinions among the Justices of the Supreme Court in relation to the lack of consensus on the criteria for distinguishing users from dealers, especially in the judgment of Extraordinary Appeal 635.659. In this sense, by using bibliographic research methodology, based mainly on a review of the literature found on the subject, it was observed that the subjectivity attributed to the judges results in a disparity decisions, considering the different Brazilian social contexts. After reflecting on the need for an in-depth debate on the regulation of drugs in Brazil, it is concluded that it is necessary to define objective criteria for characterizing the figure of the trafficker and their adequate subsumption to the norm, differentiating them from users of narcotic substances.*

Keywords: *Decriminalization. Drug possession. Judicial decisions. Objective criteria.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 – 3 A subjetividade dos critérios de diferenciação do porte de drogas para consumo pessoal do tráfico de drogas frente a desigualdade social brasileira – 4 As divergências encontradas no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 e a pauta da descriminalização – 5 Possíveis alternativas para a regulação da matéria – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo analisar criticamente o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 pelo Supremo Tribunal Federal, frente ao subjetivismo dos critérios para a distinção do porte de drogas para consumo pessoal no Brasil, que vão além do debate de fatores estritamente relacionados a fatos jurídicos.

Diante da obra do Professor Luís Roberto Barroso, denominada “Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição: direito e políticas públicas num mundo em transformação”, entende-se que questões de cunho social, econômico, criminológico, não se limitam a reflexões no âmbito do Direito Constitucional, mas nos desafiam a compreendê-las para além do âmbito jurídico (Barroso, 2021).

Neste sentido, configuram-se como desafios fundamentais para a humanidade, a erradicação da pobreza extrema e a diminuição das desigualdades. No entanto, é importante desfazer a ideia de que o mundo está em declínio iminente, prestes a sucumbir ao caos caracterizado por miséria, guerras, tráfico de drogas, intolerâncias e epidemias. Em algumas ocasiões, “a fotografia parece assustadora, mas é sempre necessário olhar o filme inteiro” (Barroso, 2021).

Mister ressaltar que a temática das drogas sempre foi alvo de problematizações, visto que, apesar da Lei n.º 11.343/06, trazer a implementação de um Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, diferenciando o tratamento a ser dado a usuários, dependentes de drogas e traficantes, em seu no artigo 28, continuou a tipificar o porte de drogas para consumo pessoal como crime, aplicando sanções penais sem pena privativa de liberdade.

Portanto, o problema de pesquisa a ser respondido neste artigo tem o fito de analisar se, de fato, os critérios aplicados para diferenciação do uso e do tráfico de drogas são subjetivos e, em caso afirmativo, como é possível apresentar uma alternativa efetiva para resolução da questão, com aplicação de medidas mais objetivas e equânimes.

Neste sentido, infere-se que, para responder tais indagações, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, baseada, principalmente, na revisão de literatura encontrada sobre a temática, bem como o Recurso Extraordinário n.º 635.659, hodiernamente, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, o trabalho foi dividido em quatro partes, para uma compreensão mais didática da matéria. Exploraremos no primeiro tópico a inovação trazida pelo artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, o qual prevê o tipo penal de porte de drogas para consumo pessoal sem aplicação de pena privativa de liberdade. Em seguida, o segundo tópico, realizará uma análise dos critérios utilizados para diferenciar o porte de drogas para consumo pessoal do tráfico, verificando a existência de subjetividades que resultam, ou não, no incremento da desigualdade social brasileira.

A terceira parte examinará as divergências encontradas no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659 e a pauta da descriminalização. Por fim, no quarto tópico, serão apresentadas as possíveis alternativas para a regulação da matéria, com reflexões acerca da abordagem que pode ser tomada pelo Estado para minimizar a desigualdade social e promover a aplicação efetiva e equitativa da Lei de Drogas.

2 ARTIGO 28 DA LEI DE N.º 11.343/06

Descreve o artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 que, aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, será submetido às penas de advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (Brasil, 2006).

Trata-se de crime de ação múltipla com especial finalidade de agir, o que significa dizer que a prática de qualquer um dos verbos do tipo penal é realizada com o propósito de consumo pessoal. Caso contrário, se caracteriza o crime de tráfico, definido nos artigos 33 e seguintes da mesma lei (Portocarrero, 2021, p. 95).

Neste contexto, a Lei n.º 11.343/06, que veio substituir a Lei n.º 6.368/76, considerada demasiadamente repressiva tanto em relação ao tráfico e ao uso de drogas, trouxe, ainda, uma inovação legislativa (Campo; Valente, 2012) questionável, quanto à não aplicação da pena privativa de liberdade para as condutas previstas em seu artigo 28 (Karam, 2006).

Conforme explicitado, tal fato trouxe à tona a discussão acerca da subjetividade dos critérios para diferenciação de ambos os sujeitos ativos definidos pela norma em seus tipos penais. Nesse momento, o aplicador do direito se depara com uma questão ainda mais desafiadora, uma vez que os critérios previstos dependem quase que exclusivamente da avaliação subjetiva dos agentes do Sistema de Justiça Criminal, sejam eles policiais ou magistrados, bem como os demais, a saber, a natureza e a quantidade da substância, são apenas potencialmente objetivos, já que não são definidos por nenhum instrumento normativo subsequente (Silva, 2023).

3 A SUBJETIVIDADE DOS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL DO TRÁFICO DE DROGAS FRENTE A DESIGUALDADE SOCIAL BRASILEIRA

Os critérios legais para determinar se a droga se destina ao consumo pessoal estão delineados no § 2º do artigo 28*, atribuindo ao juiz a responsabilidade pela análise da natureza e da quantidade da droga apreendida, das circunstâncias do evento, do contexto social e pessoal, bem como da conduta e antecedentes do agente (Portocarrero, 2021, p. 95).

Entender a intenção por trás da posse da droga é fundamental para determinar como o juiz decidirá o caso concreto. Quando um sujeito é apreendido com drogas, o magistrado deve verificar, a partir do lastro probatório, se essa pessoa estava portando as substâncias para consumo pessoal ou se pretendia vendê-las para outras pessoas, analisando detalhadamente as razões pelas quais as circunstâncias do fato se encaixam nos requisitos estabelecidos pela lei, sem a utilização de critérios genéricos, a partir de uma decisão devidamente motivada, fundamentada em uma análise detalhada de todas as provas e circunstâncias específicas do caso (Miranda, 2023, p. 57).

Portanto, ao avaliar a natureza e a quantidade da substância apreendida, primeiro critério de diferenciação, de acordo com a Lei de Drogas, o juiz deve analisá-lo com máxima cautela, visto que é necessário considerar que alguns usuários e dependentes, por exemplo, podem consumir grandes quantidades de drogas (Miranda, 2023, p. 57).

No trecho abaixo é possível verificar exatamente essa situação (Brasil, 2020):

Nada impede que um portador de pequena quantidade de droga, a depender das peculiaridades do caso concreto, seja um traficante, travestido de usuário, ocasião em que, `desmascarado` pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, deverá ser assim condenado. No entanto, na espécie ora em análise, a

*Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...] § 2º Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente [...].

apreensão dessa quantidade de drogas e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, o que conduz à desclassificação da conduta imputada ao recorrido para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006) (STJ, AgRg no AREsp n.º 1.369.120/SP, Rel. Min. Rogério Schieitti Cruz, Sexta Turma, j. 08.09.2020).

O mesmo raciocínio deve ser aplicado na análise do local e das condições em que ocorreu a ação, segundo critério de diferenciação, pois, é nos pontos de venda de drogas que usuários e traficantes frequentemente se encontram, o que pode levar a uma interpretação equivocada ao qualificar alguém como traficante apenas por ter sido abordado em um desses locais.

No que se refere às circunstâncias sociais e pessoais, os últimos critérios diferenciadores, é relevante considerar as observações do Defensor Público Rafael de Souza Miranda:

O critério de circunstâncias sociais e pessoais tem conduzido muitos juízes à criminalização da pobreza. Infelizmente a redação legal somente contribui à marginalização e estigmatização da camada mais pobre da sociedade. Na prática observamos que se uma pessoa é surpreendida em ponto de venda de drogas e esta pessoa pertence à classe média ou alta, sempre será tratada e julgada como usuária de drogas. Em contrapartida, se pessoa pobre, rotineiramente é julgada como traficante (seja como “olheiro”, “vaporzinho” ou “mula”) (Miranda, 2023, p. 58).

Neste contexto, torna-se evidente a existência de critérios subjetivos, não positivados, que podem repercutir na criação de arbitrários juízos de valor, ao longo da persecução penal, perpetuando injustiças e agravando as desigualdades sociais, advindas da lacuna normativa.

Mister salientar que a caracterização da posse de droga para uso pessoal ou para o tráfico não é estritamente determinada pelo local da flagrância ou de apreensão da droga, mas também pelo estereótipo (etiqueta social) (Andrade, 1995) que apresenta o sujeito ativo do referido tipo penal, que acarreta seu processo de criminalização (Zaffaroni *et al.*, 2011). Essa disparidade é evidenciada, por exemplo, quando se compara casos de flagrantes delitos com o mesmo objeto da norma em questão, mas existindo tratamento jurídico diverso.

O alerta se aplica, ainda, à avaliação da conduta e dos antecedentes criminais do agente, sendo, também, um momento decisivo para determinar se ele será considerado um usuário ou traficante. Isso conduz à existência de um “Direito Penal do Autor”, etiquetando indivíduos, indiscriminadamente, como usuários ou traficantes, com base apenas em seus antecedentes.

Cumpra salientar, ainda, que apesar das dificuldades impostas pela própria legislação, apenas circunstâncias concretas se mostram válidas para guiar o juiz na classificação da conduta do agente, de modo a evitar os repetidos danos do protecionismo (Karam, 2006). Resta claro, portanto, que inquéritos policiais em andamento e/ou ações penais sem trânsito em julgado não devem ser utilizadas como base para a diferenciação, visto que revelam um juízo de incertezas, que podem afetar significativamente a segurança jurídica.

4 AS DIVERGÊNCIAS ENCONTRADAS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 E A PAUTA DA DESCRIMINALIZAÇÃO

Numa breve retrospectiva, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs, em 2011, o Recurso Extraordinário (RE) n.º 635.659, a favor de um condenado que estava portando 03 (três) gramas de maconha. A alegação era de que o acórdão proferido nos autos, o qual aplicou o tipo previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, seria inconstitucional por violar o direito fundamental à intimidade e à vida privada do recorrente, garantidos de forma expressa pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (Brasil, 2011).

A Corte reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada no supra-mencionado Recurso Extraordinário, fundamentando-se na relevância e na amplitude da discussão que, além de afetar muitos interessados, demanda a manifestação da Corte Suprema para a pacificação da matéria.

Após sucessivos pedidos de vista e a apresentação de sustentações orais, também pelos *Amicus Curiae*, os Ministros Gilmar Mendes (relator do recurso), Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, proferiram seus respectivos votos no ano de 2015, momento em que o julgamento foi suspenso, retornando, tão somente, em agosto de 2023, com a manifestação dos Ministros Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin e Rosa Weber, sem que houvesse, no entanto, uma decisão final.

A Procuradoria da República posicionou-se pelo desprovinimento, argumentando que a nova legislação despenalizou sem descriminalizar o porte para uso próprio. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal expressaram diversas posições no julgamento sobre a descriminalização do porte de drogas (Brasil, 2011).

Para o Ministro Gilmar Mendes, que declarou a inconstitucionalidade das medidas penais relacionadas ao porte para consumo pessoal de drogas, verificou-se que a opção resolutive para o caso seria a aplicação de sanções administrativas. Em consonância, o Ministro Edson Fachin declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, mas limitou a descriminalização à conduta envolvendo porte de maconha.

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso manifestou seu voto favorável à descriminalização do porte de maconha, estabelecendo um critério provisório-quantitativo para diferenciar usuário de traficante de até 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas de *cannabis sativa*. Em contrapartida, o Ministro Cristiano Zanin votou contra a descriminalização, mas apoiou o estabelecimento de critérios para distinguir usuários de traficantes.

A Ministra Rosa Weber também se posicionou a favor da descriminalização, especificamente para o porte de maconha, endossando a definição de critérios para diferenciar usuário e traficante. Já o Ministro Alexandre de Moraes se manifestou a favor da descriminalização apenas para o porte de maconha, defendendo como tese principal a adoção de presunção relativa, no sentido de ser considerado usuário aquele que possuir entre 25 a 60 gramas de maconha. Vejamos o quadro explicativo:

Quadro 01: Resumo dos Votos dos Ministros do STF no RE n.º 635.659

Ministros	Votos – teses
1. Ministro Gilmar Mendes - Relator A favor da descriminalização Alterou voto: apenas para o porte de maconha	<ul style="list-style-type: none"> • Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, mantêm as medidas administrativas.
1. Ministro Dias Toffoli	<ul style="list-style-type: none"> • Aguardando voto.
3. Ministro Edson Fachin A favor da descriminalização Apenas para o porte de maconha	<ul style="list-style-type: none"> • Acompanhou o Relator. Não entrou no mérito qualitativo para individualizar a conduta.
4. Ministro Nunes Marques Votou contra a descriminalização	<ul style="list-style-type: none"> • Acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Cristiano Zanin.
5. Ministro André Mendonça Votou contra a descriminalização	<ul style="list-style-type: none"> • Acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Cristiano Zanin.
6. Rosa Weber – Presidente A favor da descriminalização Apenas para o porte de maconha	<ul style="list-style-type: none"> • Acompanhou o Relator. Necessidade de fixar critério quantitativo para diferenciar usuário de traficante.

Fonte: Site STF – Andamento RE n.º 635.659.

Quadro 02: Continuação do Resumo dos Votos dos Ministros do STF no RE n.º 635.659

Ministros	Votos – tese
1. Ministro Roberto Barroso A favor da descriminalização Apenas para o porte de maconha	<ul style="list-style-type: none"> Acompanhou o voto do Ministro Relator, mas com algumas ponderações. Estabeleceu critério quantitativo para diferenciar o usuário do traficante.
2. Ministra Cármen Lúcia	<ul style="list-style-type: none"> Aguardando voto.
3. Ministro Luiz Fux	<ul style="list-style-type: none"> Aguardando voto
4. Ministro Alexandre de Moraes A favor da descriminalização Apenas para o porte de maconha	<ul style="list-style-type: none"> Propôs cinco teses. A principal foi adotar uma presunção relativa: é usuário quem possuir até entre 25 a 60 gramas de maconha e traficante quem possuir mais do que essa quantidade.
5. Ministro Cristiano Zanin Votou contra a descriminalização	<ul style="list-style-type: none"> Votou contra a descriminalização, mas a favor de estabelecer critérios para distinguir usuário de traficante.

Fonte: Site STF – Andamento RE n.º 635.659.

O que podemos notar é que as diferentes perspectivas dos Ministros refletem a complexidade e diversidade de opiniões no contexto do julgamento sobre a descriminalização do porte de drogas. Neste sentido, ressalta o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto que (Brasil, 2011):

Hoje nós não temos, infelizmente, uma aplicação igualitária da lei a situações idênticas. Então qualquer que seja a opção, seja pela descriminalização da maconha, seja a opção pela manutenção da criminalização, seja a opção por fixar critérios quantitativos entre usuário e traficante, o mais importante me parece, e vou salientar com os números, é que essa Suprema Corte tem o dever de exigir que a lei seja aplicada de forma idêntica a todos independentemente de classe social, idade, a questão de ser analfabeto ou ter curso superior, a aplicação da lei se dá de forma totalmente diferente. Então, é importante que nós possamos contribuir para a política brasileira de combate às drogas e tratamento aos usuários (Brasil, 2011).

O voto reforça a necessidade de uma aplicação equitativa da lei em situações essencialmente iguais. Independente da escolha que se faça, seja pela descriminalização da maconha, pela manutenção de sua criminalização ou tão somente pela definição de critérios quantitativos para distinguir usuários de traficantes, o aspecto mais importante é a aplicação igualitária da lei para todos os cidadãos, sem distinção de classe social, idade, nível de escolaridade e outras circunstâncias.

Ao revés, o que observamos é uma espécie de aplicação seletiva da lei, sendo fundamental a formulação de políticas públicas mais efetivas no combate às drogas e no tratamento dos usuários e dependentes e apoio a seus familiares.

5 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA A REGULAÇÃO DA MATÉRIA

É pertinente ressaltar, antes de analisarmos as possíveis medidas alternativas para a regulação da matéria, que o termo “legalização”, carrega uma conotação pejorativa, frequentemente sugerindo estímulo ao uso de drogas.

Neste contexto, a abordagem mais apropriada seria a adoção da ideia de transferir para o Estado a responsabilidade, por meio da regulação efetiva do uso dessas substâncias, estabelecendo controle e limitações nas quantidades mínimas a serem consumidas, como medidas de redução de danos (Weigert, 2010; Rodrigues, 2006; Rodrigues, 2010). Tal ótica permitiria o monitoramento dos usuários e aprofundaria os estudos sobre tratamentos específicos e políticas de

redução de danos, inclusive, utilizando Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC) para auxiliar esse monitoramento (Carvalho *et al.*, 2021):

As TICs estão agrupadas nos conceitos eHealth (eSaúde), tratando-se de ferramentas digitais relacionadas à saúde eletrônica que ajudam a melhorar a vida das pessoas, e mHealth (mobile-Saúde), utilizado nas práticas médicas com o apoio de dispositivos móveis, como celulares, dispositivos de monitoramento de pacientes, tablets, assistentes digitais pessoais e outros dispositivos sem fio (Carvalho *et al.*, 2021).

No Brasil, foi lançado um protótipo do aplicativo “*mHealth*” (Silva *et al.*, 2022), chamado “APTAD Natal”, direcionado ao atendimento de pacientes do ambulatório especializado no tratamento e na prevenção das dependências* localizado no município de Natal, no Estado do Rio Grande do Norte. O aplicativo propõe-se a fornecer o suporte terapêutico interligado ao sistema de gestão e prontuário eletrônico do paciente, permitindo o monitoramento e acesso de informações do paciente pelos profissionais de saúde (Silva *et al.*, 2022).

Nesta esteira, o Grupo Interdisciplinar de Estudos em Álcool e Drogas, ligado ao Instituto de Psiquiatria (IPq) da USP, também elaborou um aplicativo denominado “*BeOK*”, ainda em fase de teste, que possui o objetivo de “definir metas, mostrar o progresso da pessoa ao longo do tempo, além de trazer dicas, informações e frases para motivar o usuário e dependente de drogas” em ambiente virtual (Naoe, 2017).

Outra proposta que merece reflexão, vai além da mera descriminalização, incluindo a implementação de um efetivo controle e mapeamento dos usuários pelo Estado. Nesse modelo, os usuários adquiririam a substância em postos autorizados, seguindo limites estabelecidos a partir de um minucioso estudo de saúde pública, podendo ser estrategicamente monitorados por meio de tecnologias de inteligência artificial. Essa abordagem possibilitaria ao Estado identificar concentrações de usuários e desenvolver políticas públicas mais eficazes de prevenção, ao mesmo tempo em que, hipoteticamente, fragilizaria economicamente o tráfico de drogas.

De acordo com o Manual para Pesquisadores sobre a Utilização da Inteligência Artificial em Pesquisa sobre álcool e outras drogas, assevera-se que (Pechansky *et al.*, 2020):

[...] Neste contexto, o uso do aprendizado de máquina surge como uma possível ferramenta para auxiliar nessas limitações. Esta técnica consiste na extração de valor de conjuntos de dados usando algoritmos computacionais, e este aprendizado pode detectar padrões e fazer previsões a partir do aprendido em outro conjunto de dados. Através de análises de inteligência artificial será possível criar subgrupos de sujeitos com certas características em comum, que serão beneficiados com determinados tratamentos. Atualmente, nota-se a relevância da utilização de big data, caracterizados por grandes conjuntos de dados processados e armazenados em grande volume e que podem ser estudados a grande velocidade e precisão. O aprendizado de máquina pode lidar com um grande volume de dados de forma rápida e tem grande acurácia, sendo muito indicado por especialistas de *marketing*, por exemplo. Estas técnicas aplicadas aos modelos psiquiátricos se mostram necessárias, já que intervenções mais adequadas têm uma maior taxa de adesão e inclusive seriam importantes para uma redução dos recursos utilizados [...] (Pechansky *et al.*, 2020).

O projeto Análises Avançadas de Dados Brasileiros Sobre Drogas com Inteligência Artificial e Translação Para a Clínica também segue o mesmo caminho, visto que pretende aliar tecnologias à prevenção e ao tratamento de dependência de drogas, especialmente, “uso de aplicativos de *smartphone* associado com dados genéticos e de neuroimagem” (Pechansky *et al.*, 2021).

Dessa forma, não apenas a criação de critérios objetivos, mas também o mapeamento dos usuários e a implementação de políticas públicas contribuiriam para reduzir as disparida-

*Ambulatório de Prevenção e Tratamento do Tabagismo, Alcoolismo e outras drogadições (APTAD).

des sociais, desmantelando o estigma do preconceito criado a partir do movimento de “Guerra às Drogas”, como ensina o Professor Luís Carlos Valois (Valois, 2021).

Ademais, vale a discussão acerca da descriminalização abranger todos os tipos de drogas ou se restringir somente ao porte da maconha. Para tanto é necessário um estudo detalhado com a participação de especialistas na área de saúde e atenção ao uso de drogas, para verificar a viabilidade e os impactos de tal descriminalização, considerando que algumas substâncias entorpecentes induzem potencialmente a dependência de seus usuários do que outras, como por exemplo, o *crack*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, ao analisarmos as diversas perspectivas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento sobre a descriminalização do porte de drogas, tornou-se evidente a complexidade e a diversidade de opiniões que tratam esse tema. As diferentes propostas de critérios para distinguir usuário de traficante revelam a falta de consenso sobre a melhor abordagem para lidar com a questão.

Ao refletirmos sobre as questões jurídicas relacionadas ao artigo 28 da Lei de Drogas, nos deparamos com um cenário complexo e multifacetado, marcado pela desigualdade social e pela subjetividade na interpretação dos critérios para caracterizar o consumo pessoal.

O desdobramento do julgamento, suspenso e retomado após um intervalo significativo, destaca a sensibilidade e a complexidade do tema, ressaltando a necessidade de um debate aprofundado sobre a regulamentação das drogas no cenário brasileiro. Da mesma sorte, a subjetividade na interpretação dos juízes, muitas vezes influenciada por suas experiências pessoais, resulta em disparidades nas decisões, como ilustrado na comparação entre abordagens em diferentes contextos sociais.

A crítica ao termo “legalização” ressalta a importância de uma abordagem que atribua ao Estado a responsabilidade pela regulação do uso de substâncias entorpecentes. Essa perspectiva, em vez de incentivar o uso indiscriminado, propõe um controle mais eficaz, limitando as quantidades permitidas e viabilizando a implementação de políticas de redução de danos e tratamentos específicos, utilizando as tecnologias de informação e comunicação, aliadas aos sistemas de inteligência artificial.

Por derradeiro, como nos adverte o Professor Luís Roberto Barroso ao analisar a questão, a primeira impressão pode ser pessimista, sugerindo que o problema nunca será resolvido (Barroso, 2021).

No entanto, é fundamental desfazer a crença e “olhar o filme inteiro”, compreendendo que, embora haja momentos preocupantes na trajetória da humanidade, é crucial considerar não apenas os desafios presentes, mas também os progressos, as conquistas e as possíveis soluções que podem surgir ao longo do tempo (Barroso, 2021).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Pereira. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 30, 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BARATTA, Alessandro. **Introducción a la criminología de la droga**. In: ELBERT, Carlos Alberto (Ed). *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: BdeF, p. 112-138, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição:** direito e políticas públicas num mundo em transformação. Belo Horizonte: Fórum, 2021, 272 p.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de Sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 5, n. 20, p. 129-146, out/dez. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo em recurso especial n.º 1.369.120-SP**. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Desclassificação. Excepcionalidade. Ausência de provas conclusivas acerca do narcotráfico. Agravo regimental não provido. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 8 de setembro de 2020. Diário de Justiça Eletrônico: Brasília, DF, n. 2996, 21 set. 2020b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636612/agravo-regimental-no-agravomrecurso-especial-agrg-no-ares-p-1369120-sp-2018-0251484-1/inteiroteor-930636622>>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. **Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, p. 14.839, 22 out. 1976.

_____. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão e produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial (da República Federativa do Brasil), Brasília, p. 2, 24 ago. 2006.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra às drogas. **Boletim IBCCRIM** – Ed. Especial Drogas, out. 2012.

CARVALHO, Raphael Braz de; CHAGAS, Magda de Souza; SILVA, Ana Lúcia Abrahão da. Creating a mobile application for use in oncology nursing care: an educational proposal. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 10, n. 13, p. e324101321299, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i13.21299. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/21299>>. Acesso em: 31 jan. 2024.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões de descriminalização)**. Rio de Janeiro: Luam, 1996. 270 p.

_____, _____; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Sobre os critérios quantitativos para diferenciar a imputação no Direito Penal das drogas. **Boletim IBCCRIM**, ano 31, n.º 373, p. 10-13, dez. 2023. DOI: 10.5281/zenodo.10185639.

HART, Carl. **Um preço muito alto:** a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, 328 p.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. **Boletim IBCCRIM**, v. 14, n.º 167, p. 6-7, out. 2006.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, nova lei de drogas**. 12. ed. Ref. São Paulo: Saraiva, 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

MIRANDA, Rafael de Souza. **Manual da Lei de Drogas: Teoria e prática**. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2023.

NAOE, Aline. Com alunos da USP, pesquisa cria aplicativo para dependentes químicos. **Jornal da USP**, 28 mar. 2017. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/universidade/com-alunos-da-usp-pesquisa-cria-aplicativo-para-dependentes-quimicos/>>. Acesso em: 31 jan. 2024.

PECHANSKY, Flavio.; VON DIEMEN, Lisa.; KESSLER, Felix Henrique Paim (orgs.). **Manual para pesquisadores: utilização da inteligência artificial em pesquisas sobre álcool e outras drogas**. Veranópolis: Diálogo Freiriano, 2020.

PORTOCARRERO, Claudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis Penais Extravagantes**. Teoria, jurisprudência e questões comentadas. 6. ed. São Paulo: Juspodium, 2021.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, v. 18, n. 217, dez. 2010.

_____, _____. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: Papel dos Juízes no Grande Encarceramento**. 2. ed. Brasil: Tirant Lo Blanch, 2020.

SILVA, Jocélio Ramalho da; PINTO, Jan Erik. Mont. Gomery.; GARBI, Giuliani. Paulineli. mHealth app for monitoring relapse in the use of licit and illicit substances linked to a health service. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 11, n. 8, p. e48911831302, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i8.31302. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/31302>>. Acesso em: 31 jan. 2024.

SILVA, Ana Carolina de Paula. A tríade disfuncional do Processo Penal em matéria de drogas. **Boletim IBCCRIM**, [S. l.], v. 31, n. 372, p. 10-13, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.10038651. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/753>. Acesso em: 8 nov. 2023.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal – parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

VERANI, Sérgio de Souza; KARAM, Maria Lúcia; BATISTA, Nilo. Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, pág. 9-23, 2013. Edição Especial. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/71562>>. Acesso em: 31 jan. 2024.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

RELAÇÕES DE PODER EM MOÇAMBIQUE: CULTURA JURÍDICA E POLÍTICAS EDUCACIONAIS EM CRISE

POWER RELATIONS IN MOZAMBIQUE: LEGAL CULTURE AND EDUCATIONAL POLICIES IN CRISIS

José Gil Vicente

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, pelo PPGSD da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutor em Ciências da Educação pela Università di Roma “Tor Vergata”, Itália, com período cotutela na Universidad de Granada, Espanha. Professor Adjunto do ICET da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

Resumo: O estudo tem como objetivo identificar as relações de poder entre o governo e as autoridades locais, analisar as relações de poder nos processos de negociação e resolução de conflitos, avaliar o lugar social que a cultura jurídica e políticas sociais detém e sua execução no processo de governação e sugerir possíveis estratégias de boas relações de poder, mas também, de cultura jurídica em Moçambique. É uma pesquisa bibliográfica, analisando fatos sociais por meio de uma abordagem qualitativa. Da pesquisa se aponta que a cultura jurídica e as políticas sociais moçambicanas estão presentes nas comunidades rurais tanto quanto tradicionais, ainda que fossem importunadas pelo partido no poder. As línguas locais e a cultura participam na determinação das relações sociais, o que torna o papel dos líderes comunitários basilares para a harmonia social no contexto das políticas públicas e educacionais. Concluiu-se que é imprescindível aprofundar as dimensões da descentralização de poder, remetendo a uma reflexão sobre a relação entre o objeto a descentralizar, os atores envolvidos, tempo e espaço, e as várias agendas que entram em cena nos contextos da cultura jurídica e educacionais específicas.

Palavras-chave: Descentralização de Poder. Lugar Social. Relações de Poder.

Abstract: *The study aims to identify power relations between the government and local authorities; analyze power relations in negotiation and conflict resolution processes; evaluate the social place that legal culture and social policies hold and their implementation in the governance process and suggest possible strategies for good power relations and legal culture in Mozambique. It is bibliographical research, analyzing social facts through a qualitative approach. The research shows that Mozambican legal culture and social policies are present in rural and traditional communities, even if it was harassed by the party in power. Local languages and cultures participate in determining social relations, which makes the role of community leaders fundamental to social harmony in the context of public and educational policies. It was concluded that it is essential to deepen the dimensions of the decentralization of power by referring to a reflection on the relationship between the object to be decentralized, the actors involved, time and space, and the various agendas that come into play in the contexts of legal culture and specific educational.*

Keywords: *Decentralization of Power. Social Position. Power Relations.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Atuação da autoridade colonial em Moçambique; 2.1 Contextualização do problema; 2.2 Relações de poder; 2.3 Cultura jurídica moçambicana; 2.4 Descentralização – 3 Influência dos saberes locais na vida sociopolítica das comunidades – 4 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

As relações humanas tributam na dimensão sociocultural de indivíduos quando estes valorizam os contextos histórico, social e cultural em que estão inseridos. Ao mesmo tempo, as relações de poder permeiam todas as interações nas diversas coletividades, manifestando-se nas relações interpessoais e comunicativas entre homens e mulheres, que se cultivam no relacionamento com a sociedade. Como afirmou Vygotsky (2002, p. 235), na ausência do outro homem, o homem não se constrói, ele retoma sua humanidade no convívio com seus semelhantes. A existência de “eu” e “nós” ganha significado em relação à presença de outros, contribuindo para uma organização mais coesa e coletiva da existência humana. Neste contexto, Foucault (1979) propõe uma abordagem que difere da concepção centrada em instituições ou acordos jurídicos e políticos.

No cenário moçambicano, a complexidade das relações de poder, no contexto de descentralização, ocorre como um processo de mudanças na geografia e na sociologia da administração estatal. O Estado moçambicano assume contornos próprios e, em certa medida, características próprias de um Estado de tradição política centralista, no qual o poder central tende a estar representado em todos os níveis sociais, mesmo quando se vislumbra um poder político mais próximo das comunidades locais, através do envolvimento e militância na gestão comunitária.

“A tentativa de conhecer e compreender as dinâmicas sociopolíticas de Moçambique contemporânea remete-nos à investigação das complexidades conjunturais, bem como das rupturas e continuidades do Estado colonial e pós-colonial” (Meneses, 2009, p. 12). A partir dessa investigação se torna possível a compreensão das relações entre o 'tradicional' e o 'moderno', entre o 'passado', o 'presente' e o 'futuro', no mosaico de conhecimentos do sistema de administração pública em Moçambique.

2 ATUAÇÃO DA AUTORIDADE COLONIAL EM MOÇAMBIQUE

A presença dos portugueses em Moçambique, até finais do século XIX e princípios do século XX, circunscrevia-se principalmente ao litoral, deixando as zonas do interior sob a gestão dos “prazos” e pequenos chefes de território. Com a implantação do Estado Novo em Portugal e a necessidade de uma ocupação efetiva, os portugueses viram-se obrigados a reconhecer e a integrar as estruturas administrativas locais dos povos originários.

Desta forma, para afiançar a operacionalização e articulação com esses grupos, Portugal concebeu um conjunto de regras que regulavam a administração das colônias e integravam as estruturas organizacionais locais através do Estatuto Político Civil e Criminal dos Indígenas da Guiné, Angola e Moçambique de 1929, o Ato Colonial, a Constituição do Estado Novo de 1930, a Carta Orgânica e a Lei da Reforma Administrativa Ultramarina de 1933.

Contudo, este reconhecimento de estruturas administrativas locais implicou, ao mesmo tempo, no reconhecimento da autoridade local como figura importante na organização e mobilização popular para os objetivos da administração colonial (nomeadamente, o pagamento de impostos e o recrutamento de mão de obra), o que, contudo, nem sempre foi bem-sucedido ao longo do tempo e dos territórios.

Deste modo, a aparente autonomia e reconhecimento plasmados no novo sistema legislativo significou uma consolidação formal da hierarquização social, baseada em diferenças ‘rácicas’, na medida em que os discursos e as práticas legislativas dicotômicas estabeleceram as figuras do ‘indígena’ e do ‘não indígena’ (Meneses, 2009). Ou seja, pode se dizer que a política do Estado consolidou a segregação nos territórios coloniais. O Estatuto do Indigenato, conferido pela administração colonial, determinava que a vida dos indígenas fosse regida pelos seus costumes locais (e não pelas instituições constitucionais portuguesas), devido à falta de compa-

tibilidade ou significado prático destas instituições na vida dos nativos.

Neste contexto, as subunidades territoriais – geridas pelos cabos de terra* – tenderam a resistir a algumas tentativas de abolição de estruturas tribais, que ocorreram no período imediatamente posterior à independência nacional, durante o qual era evocada a necessidade da unidade nacional.

Essa resistência pode ser atribuída à preservação das estruturas tradicionais de poder e à resistência à centralização do governo pós-independência, refletindo a complexidade da transição política e social no país.

Em Moçambique, a participação da comunidade no processo de gestão e planejamento local é garantida pelo Conselho Consultivo Local no qual, junto ao Estado, discutem-se questões prioritárias locais, entre as quais o orçamento do Estado para fazer face aos planos econômico, social e estratégico do respectivo distrito, o que, em certa medida, atribuiu algum grau de legitimidade aos conselhos consultivos, para solicitar explicações do Estado sobre a execução do plano e do respectivo orçamento.

Como se pode constatar, o conselho consultivo, como um simples fórum de consulta, não possui nenhum poder sancionatório e nem força legal sobre o Estado para fazer cumprir o plano. Nestas circunstâncias, nota-se que está em causa o cumprimento de uma mera formalidade.

Retomando o conhecimento dos moçambicanos sobre atuação da autoridade colonial e imperial portuguesa, é sabido que essa sempre se baseou em relações de poder desiguais, diferente das várias fontes de poder tradicionais presentes, primou pela (re)produção de dinâmicas de expropriações e apropriações de práticas e discursos que, atualmente, exercem influência na administração pós-colonial em Moçambique. A partir desta tensão dicotômica entre o ‘tradicional’ e o ‘moderno’ torna-se possível entender o hibridismo político-jurídico existente na sociedade moçambicana. Esse hibridismo nos revela o grau da interferência autoritária colonial nas culturas políticas tradicionais da época (Meneses; Santos, 2006), sendo posteriormente impactado por uma forte influência das diferentes correntes ideológicas (socialismo e neoliberalismo), que atravessam o imaginário da atuação política do Estado moçambicano como formas de regulação social (Meneses, 2009, p. 13).

Além dessas dinâmicas de poder, a estrutura da arquitetura ideológica e política de Moçambique pós-colonial ostentou discursos que, em princípio, buscavam promover a participação de todos na vida política, econômica e social do país. *Slogans* como: “Unidade, Trabalho e Vigilância”; “Estudar, Produzir e Combater”; “formar o Homem novo”; “escangalhar a Velha Sociedade”; “Construir a Nova Sociedade; “Matar a tribo para construir a Nação”; “Defender a Pátria, vencer o Subdesenvolvimento e Construir o Socialismo”, entre outros *slogans*, foram, nesse período, usados como alavanca dessa aspiração.

Os discursos políticos e ideológicos do Estado moçambicano desempenharam um papel significativo na medida em que não reconheciam as práticas tradicionais e estruturas político-administrativas locais. Esses discursos provocaram resistências crescentes das comunidades locais aos ideais impostos pelo novo projeto político do Estado.

Nesse contexto, a descentralização de poder em Moçambique teve que lidar com este complexo mosaico de projetos políticos nacionais e costumeiros, eis que, as relações de poder de diferentes atores políticos, no mesmo espaço e ao mesmo tempo, favorece o surgimento das tensões e conflitos. Dessa forma, o ensaio da descentralização do poder visa ampliar a participação do cidadão na resolução dos problemas da sua comunidade. Essa medida contrasta, de certa forma, com a tradição centralista que caracteriza vários governos africanos e moçambicanos em particular.

Segundo Fernando Ruivo (2000), a relação entre os poderes central e local, embora re-

*Autoridade local do poder colonial que controlava e organizava as populações ao nível dos territórios indígenas e que normalmente agregava várias famílias da mesma tribo, usos e costumes próprios. [A resistência das subunidades territoriais após a independência nacional é discutida por Meneses (2009) como parte do processo de transição política em Moçambique].

gulamentada e criteriosamente definida, frequentemente abre espaços que suscitam percepções de conflitualidade em sua interação. A descentralização do Estado confere aos órgãos locais (Vilas e Cidades) a autoridade para administrar o território sob a sua jurisdição. Entretanto, deve existir, conforme previsto em lei, uma partilha de responsabilidades e autoridades entre o governo central e os órgãos locais de governação, a fim de atender de maneira eficaz as necessidades dos cidadãos. No mundo globalizado, a democracia participativa constitui um processo de construção permanente de um ideal político, social e normativo. Ela se assenta no pressuposto da autoridade partilhada entre diferentes atores políticos ou sociais, através de processos emancipatórios, de exercício de cidadania, de direitos e deveres individuais e coletivos.

Boaventura de Sousa Santos (2000) identifica, no limiar do século XXI, a existência de uma transição entre paradigmas societários e epistemológicos que estavam presentes no projeto da modernidade. Os paradigmas societários se referem aos diferentes modos de organizar e se inserir na vida em sociedade, enquanto que os paradigmas epistemológicos dizem respeito à passagem da ciência moderna para uma ciência pós-moderna. Nestas adjacências, independentemente do período temporal e do contexto histórico vivenciado, os conceitos de democracia participativa e justiça social ganham sentido quando situados nas práticas das interações sociais. Assim, pode-se inferir que a construção da democracia deve ser orientada para os diferentes níveis e escalas de relacionamento, à luz da justiça e da boa convivência social.

A identificação das relações de poder, para análise de semelhanças e continuidades, e a compreensão das relações, são fundamentais para avaliação e compreensão da importância do lugar social dos líderes tradicionais e religiosos. Inicialmente, é fundamental questionarmos: Quais fatores impedem o estabelecimento das formas de articulação entre órgãos locais do Estado e a comunidade local na construção do sistema de justiça social e multicultural? Para uma compreensão mais aprofundada é necessário voltarmos à matriz da contextualização do problema.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Apesar da implementação de vários projetos e programas de desenvolvimento, assim como da reforma na governança local, tem-se observado um aumento preocupante nos conflitos entre a legislação formal e as práticas tradicionais dos chefes tradicionais, dos secretários de bairro ou aldeia e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades locais, sobretudo após a publicação do Decreto-Lei n.º 15/2000*.

Igualmente preocupante é a violação, por ambos os poderes, das normas e leis nas comunidades tradicionais, que se beneficiam de uma impunidade generalizada sob o pretexto da preservação da cultura e das tradições. Esse quadro instaura um fenômeno social peculiar, pondo em causa toda a conjuntura social moçambicana. Em decorrência disso, surgem ainda mais problemas:

- A desarticulação de interesses existentes entre as comunidades locais e as estruturas distritais do Estado na definição de políticas, estratégias e prioridades na promoção bem-sucedida do desenvolvimento comunitário no município;
- Problemas de organização social, de capital financeiro e humano das comunidades locais que impedem a promoção da justiça social e multicultural no município;
- Diversos fatores atuando em combinação ou isoladamente que impedem a promoção do sistema jurídico Moçambicano.

Neste contexto, torna-se necessário estabelecer mecanismos eficazes de articulação e cooperação dos órgãos locais do Estado com as autoridades comunitárias, de modo a encontrar

*Boletim da República, (2000). Publicação Oficial da República de Moçambique. Artigo 1. Regulamento de Decreto n.º 15/2000, de 20 de junho, que estabelece as formas de articulação dos órgãos locais do Estado com as autoridades comunitárias. Ministro da Administração Estatal determina.

possíveis soluções ou consenso na resolução dos problemas sociais. Essa proposta procura compreender os paradigmas do processo de governação local, resultantes dos conflitos decorrentes da implementação das reformas de descentralização administrativa em curso em Moçambique.

2.2 RELAÇÕES DE PODER

Moçambique destaca-se como uma nação multicultural e multilinguística, sendo palco de uma rica multiplicidade de grupos populacionais, cada qual com características socioculturais próprias, cheias de crenças e tradições que são abstrusas e desafiadoras.

À vista disso, as relações de poder sofreram alterações ao longo do tempo, algumas mantendo-se estáveis, corroborando com certa continuidade; outras desapareceram ou foram substituídas, dentro de uma descontinuidade ligada às dinâmicas impostas pelas condições políticas, socioeconômicas, de migrações, guerras, mudanças históricas e outros eventos que se deram ao longo dos séculos.

Por essas e outras percepções sociais, destaca-se a importância e a necessidade de estudos mais profundos sobre o “poder”. Na prática, etimologia da palavra “poder” refere-se sempre a uma palavra ou ação que exprime força, persuasão, controle, regulação, entre outras facetas, contribuindo assim para o entendimento de saberes locais e da verdade como forma de contribuir para a promoção da interação entre elas, mesmo diante das dificuldades de conceituá-lo.

Como evidenciado por Carvalho e Vieira (2007, p. 3), “o conceito de poder é de tal maneira amplo que pode ser usado tanto para designar fenômenos sociais, relacionados à ação do ator social ou à prática social do homem, quanto fenômenos físicos”.

Nesse contexto, o presente trabalho fundamenta-se em reflexões que se aproximam das relações de poder em obras de Michel Foucault, pensado a partir do contexto de Moçambique no período colonial e após a Proclamação da Independência, em 25 de junho de 1975. Nessa conjuntura, o recurso da antropologia simbólica e da sociologia do poder se mostram indispensáveis à história da sociologia política e jurídica do país.

Naturalmente, a construção de uma nação* raramente se torna um processo em linha reta (Vicente, 2015, p. 33). Para obter mais subsídios neste estudo, recorreremos também ao pensamento de Pierre Bourdieu (1998), e sua análise do poder simbólico no campo jurídico. Bourdieu identifica o poder simbólico como espaço social para análise de conflitos entre diversas ideias representativas e multissetoriais.

Michel Foucault (2000, p. 14) destaca que o “exercício do poder”, entre os indivíduos, ocorre de maneira distribuída em uma rede, sem uma centralização. Dessa forma, ao destacar o enfoque genealógico, afirma que “não há relação de poder sem constituição correlativa de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua, ao mesmo tempo, relações de poder” (Foucault, 1987, p. 164). Nessa perspectiva, a genealogia não constitui um domínio distinto da arqueologia, mas sim, uma perspectiva diversa ao redor de uma mesma problemática, qual seja, os discursos investidos em instituições e práticas extra discursivas que informam formas específicas do exercício de poder.

Durante a luta pela independência nacional de Moçambique, a FRELIMO desempenhou um papel significativo, impactando positivamente nas relações de poder entre as autoridades locais e a própria FRELIMO. Essas relações foram marcadas pela fusão de três movimentos constituídos no exílio: a União Nacional Democrática de Moçambique (UDENAMO), a Moçambique *African National Union* (MANU) e a União Nacional de Moçambique Independente (UNAMI), o que representou um momento importante na construção da Unidade Nacional. A FRELIMO deu início à luta de libertação nacional no posto administrativo de Chai, na provín-

*A afirmação sobre a construção de uma nação como um processo não linear encontra respaldo na análise de José Vicente (2015), que discute os desafios e complexidades envolvidos nesse processo.

cia de Cabo Delgado, em 25 de setembro de 1964*.

Do ponto de vista econômico, o país herdou uma estrutura econômica colonial marcada por uma assimetria entre as regiões do Centro, Norte e Sul do país, e entre o campo e a cidade. A região Sul se destaca como a mais desenvolvida política e economicamente, em comparação às regiões Centro e Norte. Isso por possuírem consideráveis potencialidades devido a existência de recursos naturais e energéticos que, na ausência de políticas públicas e sociais sustentáveis e a falta de integração econômica e opressão extrema da mão de obra, constituíam as características mais predominantes dessas assimetrias regionais.

De certa forma, a independência de Moçambique conduziu a uma profunda ruptura na organização administrativa herdada do Estado colonial, não obstante algumas das características da administração colonial persistem até os dias atuais. O sistema jurídico-processual moçambicano também herdou a herança da administração colonial essencialmente baseada no princípio de centralização do poder de decisão a nível dos órgãos superiores da administração central.

Esta análise nos conduz a explorar os pensamentos e argumentos de diversos teóricos, introduzindo diferentes modos de relações de poder, percorrendo formas de força e disciplina. Esse enfoque nos permite analisar e resgatar, neste território africano em específico, as relações de poder existentes entre entidades locais do Estado (Autarquias, órgãos locais do Estado e poderes tradicionais) da cidade da Beira. Isso se dá no contexto das esferas de políticas sociais, educacionais e jurídicas do país, em que coexistem ordens locais ligadas às normas consuetudinárias com o direito estatal.

Nosso propósito é contribuir para o entendimento das relações de poder e a partida é trazer também para o debate subsídios para o entrosamento de relações de poder e cultura jurídica para reconhecimento das diferenças culturais, a valorização das normas consuetudinárias e os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. A percepção de que o poder permeia todas as esferas do direito e da verdade leva a considerar o poder como uma relação flutuante, não restrita a uma instituição ou pessoa, enquanto o saber está intrinsecamente ligado a formas e conteúdo. Em Moçambique, as relações de poder e cultura jurídica são apresentados por um percurso histórico de conquistas e validação do desenvolvimento do direito e do Estado em uma região da África Austral, do lado do Oceano Índico, sendo reconhecida pelo domínio europeu e a imposição de uma matriz colonial, seja no âmbito econômico, cultural ou institucional.

Nesse contexto, é fundamental e necessário debater o estudo sobre cultura jurídica, políticas sociais e educacionais de maneira que a justiça formal possa criar impacto positivo na cultura jurídica Moçambicana.

2.3 CULTURA JURÍDICA MOÇAMBICANA

A cultura jurídica se integra à cultura mais abrangente de uma sociedade, sendo nela onde se consolidam, de uma forma ou de outra, as normas básicas de comportamento social. Esse contexto mais amplo é tema de uma longa e respeitável tradição de estudo nas Ciências Sociais, sobretudo no âmbito da Antropologia, mas também nas áreas da Sociologia, da Psicologia Social e da Ciência Política (Bonjean; Schneider, 1973).

Dessa forma, as pesquisas sobre a cultura jurídica têm sido realizadas por distintas disciplinas e sob variados cenários. A literatura relacionada a cultura política e socialização política é mais vulnerável à críticas do que em outras áreas, em função disso, acredita-se que deve ser analisada por quantos pretendem pesquisar a matéria da cultura jurídica em perspectiva interdisciplinar. Em Moçambique poucos estudos versam sobre a cultura jurídica e políticas educacionais. É neste patamar que se pretende debater a relevância do poder local na harmonia social

*Portal do Governo de Moçambique. A Luta pela Independência (2015). Disponível em: <<https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Mocambique/Historia-de-Mocambique/A-Luta-pela-Independencia>>. Acesso em: 08 mar. 2024.

e na estabilidade política e democrática.

A análise e avaliação de relações de poder e da cultura jurídica moçambicana exige reflexões que perpassam um trabalho de pesquisa empírica. Todos os elementos que caracterizam a cultura jurídica local trazem ao cerne da discussão os embates das relações de poder local e do poder estatal.

Para Boaventura Santos (1995; 2009), a cultura jurídica e o conflito constituem fontes de debate sobre os direitos fundamentais. A cultura diferenciada dos povos Bantu confirma a existência de concepções de direito e de justiça muito diferente das sociedades ocidentais, havendo regras internas que devem ser respeitadas por todos os membros do grupo social da mesma forma, com julgamentos e punições conforme leis próprias para quem não segue o direito interno ou costumeiro.

Os objetivos, a garantia de direitos e o respeito às comunidades tradicionais e suas manifestações são imprescindíveis para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja respeitado quando se refere a esse grupo social, tão digno de consideração e merecedor de dignidade quanto todos os “cidadãos” do Estado.

De acordo com Ingo Sarlet (2002, p. 108):

(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Nesse sentido, a garantia dos direitos ou cultura jurídica, no contexto do patrimônio cultural formado pelas comunidades moçambicanas, é também expressão de proteção à dignidade da pessoa humana, que deve constituir o valor primeiro de uma sociedade que se pretende ser justa e solidária.

Conforme Maria I. Cunha (2004), a concepção de liberdade e dignidade adquirem um significado jurídico-político, como um atributo da pessoa tanto em sua dimensão individual como social. Todos os indivíduos merecem viver num ambiente que favoreça o seu desenvolvimento pessoal e cultural. A dignidade encontra-se intrinsecamente ligada às ideias de liberdade e de igualdade, por conta disso, ambas arquetipam valores jurídicos fundamentais. O reconhecimento jurídico da dignidade supõe, então, que o Direito garanta o respeito à dignidade nas relações interpessoais e nas relações entre o poder e os indivíduos.

Partindo da crítica de Lawrence Friedman (2019), é fundamental a compreensão do funcionamento do sistema jurídico, suas determinantes e como isso afeta as relações de poder local e a língua em que está baseado. Nesse patamar se discute como as forças dicotômicas das relações sociais se traduzem no direito e nas apropriações da flexibilização dos direitos e garantias fundamentais nas relações de poder em Moçambique.

No processo de identificação das atuações dessas forças sociais, são reconhecidos os efeitos resultantes no direito e nas instituições jurídicas que identificam os efeitos no direito e nas instituições jurídicas:

Cultura jurídica, assim como cultura geral, é um corpo de ideias, valores e atitudes. Nós podemos falar sobre a cultura jurídica de uma comunidade; isto não significa, é claro, que todos compartilham as mesmas ideias – ao que nos referimos são padrões e tendências. Afinal de contas, podemos falar sobre a altura média das pessoas em uma comunidade; nós podemos dizer que homens tendem a ser mais altos do que as mulheres – sabendo que há, obviamente, exceções à regra geral e mulheres altas e homens baixos (Friedman, 2019, p. 8).

Neste diapasão, Lawrence Friedman (2019) enumera alguns traços dos sistemas jurídicos dos anos 1990 que estariam conectados ao aspecto da cultura jurídica moderna no início do século XXI. Segundo Paula Meneses, investigadora moçambicana, a política governamental, em relação à cultura jurídica e poder local, durante os primeiros anos da independência, foi fortemente influenciada por uma agenda modernista que negligenciava as culturas e tradições existentes (Meneses, 2009). Moçambique promulgou a nova Constituição em 1990, adotando os sistemas multipartidário e capitalista. Para Friedman, esses sistemas jurídicos, assim como as sociedades, estão em processo de rápida transformação. Vejamos Moçambique, sua Constituição de 1990 sofreu modificações em 2004 e logo ao início reconhece o pluralismo jurídico, ou seja, a existência de vários sistemas normativos e de resolução de conflitos.

Relacionando os sistemas jurídicos, Friedman aponta outros traços, nomeadamente: o direito dos Estados Modernos é pesado e ubíquo; toda sociedade, e todo sistema jurídico, pressupõe alguma teoria de legitimidade – uma ideia vigente que justifica a existência da ordem jurídica, tornando-a direta e adequada para ser obedecida; as teorias instrumentais do direito emergiram, em linhas gerais, por ocasião da Revolução Industrial; a base dos modernos sistemas jurídicos e da cultura jurídica moderna é um profundo individualismo, apesar de uma forte dose de regulação econômica, da burocracia massiva do Estado do bem-estar social e do vertiginoso tamanho do sistema jurídico.

De acordo com Boaventura Sousa Santos e João Carlos Trindade (2013, p. 48), Moçambique possui um “pluralismo jurídico”, modelado na Constituição da República e, nele, coexistem diferentes normas consuetudinárias com o direito estatal. Este direito é menosprezado na mediação e gestão dos conflitos de relações de poderes, o que periga a promoção da sociedade de pluralismo, tolerância e cultura de paz^{*}. Assim, é fundamental improvisar uma reflexão minuciosa e (re)discutir antigas e novas concepções e categorizações, frente à multiplicidade de contextos que se atravessam, cruzam, sustentam e processam realidades muitas delas silenciadas no mundo globalização.

Ademais, a questão da globalização constitui um problema grave em contextos africanos, e em especial, em Moçambique. O fenômeno da globalização consiste em uma mudança abrupta na vida em sociedade sendo acompanhada por tecnologias que conseguem se difundir com mais agressividade. A introdução de dispositivos como o celular e a disseminação da *Internet* nos povos mais isolados acelerou fortemente o processo de aculturação.

Os traços citados por Friedman (2019) despontam que o direito dos Estados modernos é denso e ambíguo refletindo sociedades abertas. As expectativas são transformadas em demandas que são alteradas em lei. Diante dessa significativa inflação jurídica punitiva, o autor argumenta que “o Estado nas sociedades ocidentais, é um Leviatã além dos sonhos mais selvagens e dos piores pesadelos do século XIX” (Friedman, 2019, p. 11).

Perante a esta situação jurídica podemos afirmar que a “cultura jurídica” é a expressão, o resultado, a consequência das relações entre civilização e pensamento jurídico. Considerando a cultura como um complexo de conhecimentos, crenças, comportamentos, hábitos e costumes, regras e normas (morais e legais), legitimações, reivindicações, “mecanismos de sobrevivência”, expectativas e perspectivas, ambiência, “mentalidade adquirida”, é fundamental que o homem, enquanto membro de uma sociedade, seja capaz de forjar a sua identidade individual e coletiva.

Diante desses sistemas, Boaventura Santos (2009) avalia a coexistência de sistemas, como a incorporação de múltiplas práticas, identidades e normas culturais em uma forma de administração que reflita e afirme as identidades e as normas de todos os cidadãos articulando o direito à igualdade com o reconhecimento da diferença. O poder local (estatal) prossegue livremente a realização das suas atribuições, através dos seus próprios órgãos locais, visando ampliar o seu espaço de funcionamento autônomo. Os líderes comunitários, por se identificarem com as

*Artigo 11, (alínea g) da constituição da República- CR.-2004.

suas comunidades, representam o poder de serviço na gestão de conflitos, buscando preservar os seus princípios e valores locais.

2.4 DESCENTRALIZAÇÃO

A descentralização como um dos princípios fundamentais da organização da administração pública em Moçambique é estabelecida pela Constituição da República de Moçambique (CRM), especificamente no artigo 135, número 1. Este artigo estipula que o sufrágio universal, direto, igual, secreto, pessoal e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos eletivos de soberania, das províncias e do poder local, com o objetivo de atender aos interesses das respectivas populações (CRM, 1990).

O conceito de “descentralização” possui uma conotação favorável, evoca diferença, florescimento, multiplicidade, participação. Em contrapartida, centralização é uma palavra que seria, à primeira vista, carregada de sentidos negativos, evocando autocracia, pois não consulta dirigentes locais, mas autoridades desligadas dos problemas reais. O debate sobre a descentralização tem esta dimensão psicológica.

No entendimento do Bernhard Weimer (2012, p. 2-3), a descentralização é um processo planejado que tem por objetivo produzir mudanças na geografia e na sociologia de um dado poder central, a favor de “níveis de poder” mais baixos da administração do Estado, sem pôr em causa as forças políticas que a constituem e que controlam a distribuição da riqueza, dos recursos e do tal poder.

No contexto estadual, Sónia Chone (2005) define a descentralização como sendo a transferência ou delegação de autoridade judicial e política para efeitos de planejamento, tomada de decisão e gestão de atividades públicas do governo, empresas públicas, semiautônomas ou autoridades de desenvolvimento regional, governos autônomos ou organizações não-governamentais.

Para os moçambicanos comprometidos com o ideário do Judiciário “Moçambiquizado” – expressão que aqui entendemos como o ato de conferir justiça social, hábitos, modos, costumes e vivências próprias de Moçambique –, refere-se à incorporação das características inerentes ao povo e à moçambicanidade. A descentralização é vista como uma estratégia para criar instituições que possibilitem a participação dos cidadãos nas decisões públicas, respeitando os direitos locais e costumes por meio de uma reflexão sobre as concepções e práticas da justiça. Portanto, a descentralização deve ser compreendida como uma análise política e econômica criteriosa, que considera as forças, agentes e conflitos de relações de poder decorrentes de diversos interesses.

A premissa para a investigação das dimensões da descentralização é, antes de tudo, refletir a relação entre o objeto a descentralizar, as partes interessadas, o espaço-tempo e as várias tarefas que entram no cenário dos contextos políticos e sociais específicos. Isso significa que o processo de descentralização é influenciado e condicionado por fatores internos, assim como por toda uma conjuntura política e ideológica vigente, que desempenha um papel indispensável na estruturação das reformas administrativas do Estado. A associação entre descentralização, democracia e multiculturalismo é uma questão da justiça que deve ser difundida no mundo, ela deve ser baseada no princípio de igualdade equitativa e de oportunidades para que se possa regular a organização econômica e social.

Na opinião de Boaventura de Sousa Santos (2009), o paradigma normativo do Estado contemporâneo assume, unicamente, o direito do Estado, pressupondo a unidade deste como a unidade do direito. Naturalmente, na sociedade moçambicana, coexistem vários sistemas jurídicos e políticos com lógicas por vezes discrepantes, o que reverte o campo político “local” ainda mais conturbado devido ao histórico conflituoso no direito do país. A guerra ideológica e comercial entre a metrópole e a liderança comunitária sempre representou para garantir a

formalidade.

Para fragilizar o direito consuetudinário, os colonizadores obrigavam os povos tradicionais a abandonar suas culturas, crenças e tradições para serem assimilados. Para ter esta categoria, estes deviam saber escrever e falar a língua portuguesa, bem como, saber comer com faca e garfo, para passarem a ser considerados civilizados. Nas línguas Bantu, não existe a palavra “assimilado”, muito menos “civilização”. Neste contexto, o propósito era a imposição, para fragilizar o sistema não estatal, em detrimento do sistema estatal, facilitando deste modo a penetração do sistema estatal e fragilizar o direito tradicional.

Na visão de Saíde Jamal (2014, p. 14), essa dimensão, por vezes conflituosa, de coexistência de sistemas (estatal e não estatal), permite uma análise aprofundada dos principais desafios das sociedades africanas. Boaventura de Sousa Santos aponta este cenário como sendo:

(...) os da incorporação das múltiplas práticas, identidades e normas culturais numa forma de administração que reflita e afirme as identidades e as normas de todos os cidadãos e cidadãs, articulando o direito à igualdade com o reconhecimento da diferença (Santos, 2003).

Paralelamente, o poder dos órgãos locais do Estado exerce suas obrigações e atribuições através dos seus próprios órgãos, buscando ampliar sua autonomia operacional. Ao passo que, os líderes comunitários, por se identificarem com as suas comunidades, representam o poder de serviço em abundância na gestão de conflitos, empenhando-se em preservar os princípios e valores locais.

Para o jurista moçambicano Eduardo Chiziane (2008), citando Freitas do Amaral (2006, p. 693), a “descentralização” de poderes pode ser apresentada no plano jurídico e político e distinguida da centralização. No plano jurídico, os conceitos de centralização e descentralização são conceitos puros e absolutos – ou existe uma, ou existe a outra. Por sua vez, no sentido político administrativo, os conceitos de centralização e descentralização são conceitos relativos: trata-se de uma questão de grau (Amaral, 2006, p. 694).

Diz-se “centralizado” o sistema em que todas as atribuições administrativas de um dado país são, por lei, conferidas ao Estado, não existindo quaisquer outras pessoas coletivas públicas incumbidas do exercício da função administrativa. Por outro lado, será “descentralizado” o sistema em que a função administrativa esteja confiada, não apenas ao Estado, mas também, a outras pessoas coletivas territoriais – designadamente as autarquias locais, instituídas em Moçambique pela Lei n.º 2/97, de 18 de fevereiro. Tal como refere Chiziane, Moçambique se apresenta como um país descentralizado juridicamente.

Contudo, o princípio do gradualismo, estabelecido pelo artigo 185 do Decreto do Conselho de Ministros n.º 11/2005, de 11 de junho, continua a representar um obstáculo para promoção da desconcentração, dificultando o avanço da “reconcentração” de competências. Para Eduardo Chiziane (2008), o gradualismo se justifica na necessidade de criar e consolidar os requisitos necessários de capacidade técnica, humana e financeira dos órgãos locais do Estado. Entretanto, chegado o momento de transferências das competências para os órgãos provinciais e distritais, apregoa-se que os órgãos não têm condições, ou seja, estão despreparados para assumirem tecnicamente as responsabilidades.

Desse modo, para compreender o processo da descentralização e as dinâmicas socio-políticas contemporâneas de Moçambique, faz-se necessário avaliar as complexidades conjunturais bem como das rupturas e continuidades do Estado colonial e do pós-colonial (Meneses, 2009, p. 12). A análise dessas complexidades permite conhecer e compreender a história do passado presente no mosaico da moçambicanidade em termos de conhecimentos e administração pública em Moçambique.

Assim, os princípios que a Carta Orgânica do Ultramar Português* aplicava às possessões ultramarinas poderiam ser considerados bastante avançados, abrangendo conceitos como descentralização, iniciativa e ação local, bem como a relativa emancipação da tutela da metrópole**. Todavia, durante o período colonial, esta obra legislativa não foi, em grande parte, aplicada, uma vez que o bem-estar social das populações africanas foi uma preocupação muito tardia do governo colonial português***.

Assim, Gilles Cistac (2012) aponta uma das razões fundamentais que causou o fracasso da descentralização, afirmando que esta residiu na organização administrativa das províncias ultramarinas portuguesas, geralmente fundamentadas no princípio da “assimilação” de suas colônias, sendo, Moçambique, considerada uma espécie de metrópole. Neste sentido, torna-se possível compreender que as autoridades locais sempre defenderam os seus territórios e a questão de assimilação nunca foi bem-vista pelo governo dos líderes comunitários.

Portanto, a institucionalização da democracia na década de 90, acompanhada pelo processo de descentralização, é um fenômeno recente que necessita ser explorado. No entanto, a República de Moçambique herdou uma estrutura administrativa essencialmente baseada no princípio de centralização, o que refletiu na concentração do poder de decisão no nível superior da administração central. Assim, embora a natureza do regime político tenha sofrido alterações substanciais, não foi possível, na fase inicial da independência do país, estender este movimento até ao conjunto das estruturas administrativas do Estado. A necessidade de reforçar a unidade nacional e a liderança do partido único, além do imperativo de atingir alguns objetivos sociais, econômicos e políticos, aconselhou a manutenção do “centralismo da decisão administrativa” (Monteiro, 1990, p. 4).

Logo, a unidade nacional continua sendo um dos grandes desafios dos políticos e da justiça moçambicana no combate ao racismo, regionalismo e ao tribalismo. No contexto do que ocorre em Moçambique, podemos entender a descentralização como uma perspectiva que implica uma análise política e econômica, na qual se estabelecem não somente as forças e os agentes, mas também disputas e conflitos de poderes e interesses, sendo, as comunidades tradicionais as mais prejudicadas nesses embates. Todavia, se faz necessário aprofundar as dimensões da descentralização influenciando e condicionando os fatores internos em torno da conjuntura política e ideológica vigente para a estruturação das reformas políticas dos Estados.

Na África, as comunidades tradicionais nunca estiveram separadas do poder tribal, e em qualquer região, o poder político podia se confundir com o poder moral exercido por um líder tribal (Nyakwawa), cuja legalidade e legitimidade se estabeleciam em crenças e costumes tradicionais. Assim, a centralização pode ser compreendida como forma de transformação de estilo de governação: quem descentraliza passa a exercer a sua autoridade de forma indireta, através de normas, metodologias, formação e inspeção, eis que, no contexto pré-colonial, os líderes tradicionais governaram de forma direta e, os portugueses, de forma indireta. Essa dualidade permanece até os dias atuais, mesmo após a Proclamação da Independência do país colonizado.

Na sequência, alguns problemas de descentralização em Moçambique começam na administração do Estado e das autarquias. Não há reformas nas instituições de Estado que funcionam sobre a influência do partido FRELIMO, exacerbando as complexidades. O governo decidiu colocar representantes do Estado nos municípios onde os partidos da oposição venceram as eleições autárquicas. Essa questão, de o governo colocar seus representantes não eleitos, levanta problemas pois retira a autonomia dos prefeitos e seus vereadores, uma vez que, a eleição do prefeito faz parte da descentralização da administração do Estado; ao contrário, o Ministério da Administração Pública coloca seus representantes (administradores) dentro dos governos eleitos (municípios). Entretanto, se as eleições para os prefeitos dos municípios fazem parte do

*Carta Orgânica do Império Colonial Português, aprovada por Dec.-Lei n.º 23.228, de 15 de novembro de 1933.

**O Tribunal Administrativo de Moçambique, op. cit., p. 17 e s.

***Carta Orgânica do Império Colonial Português, aprovada por Dec.-Lei n.º 23.228, de 15 de novembro de 1933.

jogo da descentralização do Estado, por que é que o Ministério da Administração coloca os seus funcionários dentro dos municípios?

Após a Proclamação da Independência do país, a FRELIMO estabeleceu células do partido em todos os Ministérios, incluindo nos três poderes (o Executivo, o Legislativo e o Judiciário), resultando no desencorajamento do profissionalismo em Moçambique. Nas instituições do Estado, como escolas e hospitais, pode-se encontrar profissionais, por exemplo, professores, enfermeiros e médicos que são obrigados a serem membros do partido FRELIMO. Para ocupar qualquer cargo de direção, tem que ser membro do partido; conseqüentemente, já não existe o profissionalismo nas instituições do Estado moçambicano. A justiça é comandada pelo próprio partido que ocupa o poder e o Presidente da República detém amplos poderes. Criar um quadro constitucional-legal para a organização dessa vontade é função constitucional do Estado.

Em Moçambique, as autarquias são divididas em dois tipos: os municípios, localizados em cidades e vilas, e as povoações, localizadas nas sedes dos postos administrativos. Neste contexto, a descentralização em curso em Moçambique só pode ser compreendida adequadamente através de uma análise histórica e contextual das diferentes etapas deste processo. Isso ocorre porque a descentralização atualmente em vigor não é abrangente o suficiente, limitando-se apenas aos territórios municipalizados (vilas e cidades), enquanto a maior parte da população reside além desses limites, em aldeias, povoações, localidades e postos administrativos. Assim, a lacuna não preenchida pela descentralização (autarquia) no processo da democratização do país é ocupada pelos órgãos locais nomeados pelo Estado, mediante afinidades político-partidárias, nem sempre refletindo a vontade dos líderes tradicionais e das comunidades locais.

Portanto, a identificação dos vários debates em que estão hoje envolvidas as comunidades locais e as autoridades do Estado mostram o amplo contexto em que se discute o papel dos Conselhos Consultivos Locais enquanto mecanismos de participação popular nos processos de tomada de decisão e de prestação de contas dos governos locais.

3 INFLUÊNCIA DOS SABERES LOCAIS NA VIDA SOCIOPOLÍTICA DAS COMUNIDADES

As discussões em torno do que se compreende como saberes locais não são recentes, especialmente no contexto africano. Estas contendas foram, por assim dizer, inauguradas pela etnociência, tornando-se uma questão central no cotidiano dos estudos culturais e perspectivas pós-coloniais. A etnociência é ramo da etnologia e da antropologia orientada pelo que Paulin Hountodji (2006) chamou de “*folk Science*”, “conhecimento popular”, “conhecimento local” ou “conhecimento indígena”.

Para Sandra Harding (1997), a etnociência buscava mostrar que as ciências modernas foram fundadas a partir de práticas culturais localizadas, desmistificando as pretensões de universalidade, objetividade e racionalidade que as caracterizavam. Assim, as ciências, sendo localmente ou socialmente construídas, eram essencialmente sistemas de conhecimento local, isto é, “etnociências”.

Em Moçambique, quanto aos saberes locais, as autoridades comunitárias são possuidoras e muito influentes nas suas comunidades. A maioria das associações comunitárias, organizações governamentais e as não governamentais (ONGs) buscam envolver as autoridades comunitárias na gestão e planejamento das atividades comunitárias. Essas autoridades possuem a liderança do poder tradicional e espiritual originário, que antecede o Estado.

De acordo com Feliciano José Fialho (1989), na tradição africana, os mais velhos administram, organizam e coordenam os mais novos e cabe a estes “aceitar, respeitar, obedecer, submeter-se e aderir às orientações dos mais velhos. Os que tentarem usurpar o poder, as funções e os privilégios dos mais velhos provocarão as iras dos espíritos” (Fialho, 1989). O mesmo autor acrescenta:

(...) a ordem ideal constitui um modelo da ordem social: o sucesso da vida econômica, política e social é resultado da ação protetora das forças do mundo ideal. “A ação protetora dos espíritos depende do respeito que os grupos de descendentes manifestam pela ordem criada e vigiada pelos antepassados; todo o insucesso obriga os grupos a entrarem em conflito. Isto irá reforçar as relações dos vivos com a ordem ideal, mediada pelo poder, e, por estas relações, os vivos reforçam a ordem entre eles e o poder dos antepassados (Fialho, 1989, p. 435).

Apesar de a ordem ideal constituir um modelo da ordem social, ultimamente o lugar de responsabilidade e representatividade, conferido ao idoso, está sendo gradualmente questionado pelos projetos de modernização inseridos no mundo globalizado, especialmente na África, nos processos de pós-independência dos países. Nesse cenário de transformações, os líderes devem observar os mesmos princípios ligados ao poder autárquico, como o princípio da representatividade tradicional das autoridades comunitárias.

Isso porque as autoridades comunitárias têm legitimidade com base no direito costumeiro de cada região. Os Nyakuawas ou Nyakwawas destacam-se como influenciadores dos saberes locais na vida social e política das suas comunidades, sendo verdadeiros advogados na defesa dos interesses das populações. Além disso, assumem o papel de condutores dos problemas comunitários para as administrações comunais, nomeadamente, aqueles que ultrapassam as suas competências, dado que os problemas ligados à tradição ou à cultura das comunidades rurais são resolvidos dentro de um tribunal de Nyakwawa, na presença dos seus membros e da administração pública.

Assim, como verdadeiros parceiros do governo a nível local, contribuem alinhados às orientações que emanam do governo provincial. Em outras palavras, as autoridades comunitárias são líderes tradicionais muito influentes nas suas comunidades exercendo funções informativas, de sensibilização e orientação de acordo com o programa de desenvolvimento local. Por outro lado, sendo os líderes comunitários detentores dos conhecimentos locais em matérias ligadas às crenças, hábitos, costumes dos ancestrais e cultura, muitas vezes tornam-se conselheiros do governo local, facilitando, deste modo, a melhoria das políticas que mais se adequam à cultura jurídica de uma determinada região.

Diante disso, apesar de existirem atritos de relações de poder, esses líderes participam ativamente no exercício do governo para promover o desenvolvimento local, na proximidade dos serviços levados até as comunidades mais recônditas, com orientações ligadas à saúde, educação, cultura, agricultura, saneamento básico, desporto e tantos outros problemas sociopolíticos.

Para tanto, as autoridades comunitárias estão sempre presentes nas inúmeras iniciativas políticas de descentralização do governo local, participando efetivamente no estudo sobre a macroestrutura da administração local, na qual estão presentes várias estruturas do governo, ONGs, Organizações Baseadas nas Comunidades (OBC), entidades eclesiais e a sociedade civil em geral. Nesse cenário amplo e diversificado, as autoridades comunitárias têm como ponto fulcral a mediação e a resolução dos problemas que mais afetam as comunidades, no sentido de melhorar a prestação do serviço dos órgãos da administração local, tanto nas áreas urbanas, como periurbanas e rurais.

Nesse contexto, verifica-se que as autoridades comunitárias desempenham um papel crucial e indispensável ao governo, contribuindo para o fortalecimento dos laços de cooperação e entrosamento entre o governo local e a comunidade. Em Moçambique, o peso do passado colonial e a resistência das lideranças comunitárias têm influenciado bastante a história da política atual. Independentemente da metrópole, a forma de colonização empreendida pelos europeus foi praticamente igual em todas as suas colônias. No caso de Moçambique, após da Proclamação da Independência, a FRELIMO converteu a sua ideologia política no projeto de uma elite nacionalista, para a criação de uma nação independente.

Passados quarenta e seis anos após a “libertação da terra e dos homens” do jugo colonial português, a RENAMO afirma que o país continua oprimido, apenas trocaram de opressores, “Sonhávamos com um Estado de Direito e Democrático, mais um punhado de concidadãos tornou-se um novo opressor” (Momad, 2020)*.

Individualidades ouvidas pelo jornal SAVANA** (Ossufo Momad e Elias Ngoenha), no dia de aniversário dos 45 anos da independência de Moçambique, entendem que o país continua se deparando com vários problemas desde as contínuas guerras e pobreza que levou a maioria da população para o sofrimento. Há um sentimento de que Moçambique ficou mais dependente que independente, como se sonhou com o alcance da soberania no dia 25 de junho de 1975, celebrada a sua independência nacional da dominação portuguesa no estádio da Machava. Hoje, apesar do país possuir potencialidades de recursos naturais como: carvão mineral, pedras preciosas, ouro, gás natural entre outros, vive um clima de enormes desigualdades, no qual, elites políticas e clientelistas, que têm acesso aos canais do poder, controlam as riquezas***. O problema do desemprego, pobreza absoluta, corrupção generalizada, aumentaram drasticamente com a agravante das dívidas ocultas do Estado. O país vive dependente dos outros países e da sua máquina governativa, 60% do Orçamento Geral do Estado é proveniente das doações das Organizações Não Governamentais que operam no território nacional.

Para o filósofo moçambicano Severino Ngoenha (1993), ao longo desses 45 anos da independência, longe de o país se tornar mais independente em relação à situação colonial, ficou aliado a crescente dependência econômica, financeira e tecnológica inerente à dominação portuguesa e ao sistema capitalista em geral, na sua relação com os distintos países africanos, como nunca antes na sua história. Nessa perspectiva, o acadêmico vai além e afirma que um dos grandes problemas que o país enfrenta é a falta de um projeto chamado Moçambique. O desenvolvimento do país está dependente dos doadores externos e, segundo o autor, apesar de o país ter conquistado a sua independência política, os níveis de dependência aumentaram de forma preocupante (Ngoenha, 1993).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões sobre relações de poder e cultura jurídica, bem como políticas sociais e educacionais, são fundamentais para a efetiva descentralização de poderes, visando promover o desenvolvimento das comunidades em Moçambique. Ao longo desta pesquisa, evidenciamos que a cultura jurídica e a estrutura política tradicional desempenham papéis centrais nessas dinâmicas. A administração local não se limita apenas às leis, que muitas vezes refletem padrões eurocêntricos ou importados, mas deve ser interpretada nas práticas administrativas e no comportamento da coletividade.

Observamos que os órgãos locais do Estado prestam "contas" à comunidade local através dos Conselhos Consultivos Locais, enquanto o poder local presta contas, em geral, apenas à Assembleia Municipal, órgão legislativo municipal que possui poder sancionatório. Esta disparidade revela-se paradoxal, uma vez que o poder eleito pela comunidade tem a responsabilidade de uma gestão pública municipal e prestação de contas mais abrangente e efetiva.

Constatamos que a legislação moçambicana não prevê a prestação de contas do governo distrital à sociedade civil, o que propicia interpretações divergentes sobre as relações de poder e cultura jurídica no contexto da administração local. O comprometimento com a descentralização está atrelado ao ritmo de criação das autarquias, que se expandem de maneira desigual em Moçambique.

Segundo a Constituição de 1990, a República de Moçambique é um Estado de Direito

*Jornal (Canal Moz), entrevista com Ossufo Momad, Líder do Partido RENAMO, Maputo, 24/06/2020.

**Jornal independente (SAVANA). Maputo. Moçambique. 26/06/2020. www.savana.com.mz.

***Jornal SAVANA, Maputo, 25/06/2020.

Democrático, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática e no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do homem. Reconhece-se os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, desde que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição.

Desenvolver debates acerca das relações de poder e cultura jurídica em Moçambique revela-se crucial em um país multicultural e multilinguístico, com várias assimetrias regionais. Valorizar o poder local no contexto cultural ou apoiar-se no poder moderno são aspectos controversos que requerem um diálogo contínuo para alcançar possíveis caminhos em meio aos desafios enfrentados pela sociedade moçambicana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, L.M. de C. **Razão Comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOLETIM DA REPÚBLICA, (2000). Publicação Oficial da República de Moçambique. **Regulamento de Decreto n.º 15/2000, de 20 de junho**, que estabelece as formas de articulação dos órgãos locais do Estado com as autoridades comunitárias (Ministro da Administração Estatal, República de Moçambique).

BONJEAN, C; SCHNEIDER L. (org.). **The idea of culture in the social sciences**. Cambridge: The University Press, 1973.

BRAGANÇA, Aquino de & DEPELCHIN, Jacques. Da idealização da Frelimo à compreensão da história de Moçambique. **Estudos Moçambicanos**, n. 5/6, 1986, p. 29-52.

CARVALHO, C. A.; VIEIRA, M. M. F. **O poder nas organizações**. São Paulo: Thomson Learning, 2007, 3 p.

CHIZIANE, Eduardo. **As tendências da re-concentração e re-centralização administrativa em Moçambique**. Maputo, 2008, 693 p.

CHONE, Sónia. **O processo de descentralização em Moçambique**. Maputo: FLCS - UEM, 2005.

CISTAC, G. **Moçambique: Institucionalização, organização e problemas do poder local**. Lisboa, abr. 2012.

CUNHA, M.I. **A docência como ação complexa: o papel da didática na formação de professores**. In: ROMNOWSKI, J.P.; MARTINS, P.L.P.; JUNQUEIRA, S.R.A. (org.). **Conhecimento local e conhecimento universal: pesquisa, didática e ação docente**. Curitiba: Champagnat, 2004, 31-42 p.

DECRETO n.º 15/2000, de 20 de junho. Regulamento que estabelece as formas de articulação dos órgãos locais do Estado com as autoridades comunitárias. Ministério da Administração Estatal, República de Moçambique.

FIALHO, Jose Fialho. **Antropologia economica dos Thongas do sul de Mocambique**. Tese

(Doutorado em Antropologia Económica) - Instituto Superior de Ciências do Trabalho e de Empresa, Universidade Técnica de Lisboa, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos**. Tradução de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. II (Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento), 2000.

_____, _____. **Microfísica do poder**. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____, _____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Lígia M. P. Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987, 164 p.

FRIEDMAN, Lawrence M. “Existe uma cultura jurídica moderna?”. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 4-23, janeiro/abril, 2019. Periódicos UFF. Acesso em: 8 mar. 2024.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HARDING, S. (1997). Is modern science an ethno-science? Rethinking epistemological assumptions. In: Shinn, T., *et al.* (Eds.). **Science and Technology in a Developing World**. Vol. 19, Sociology of Science.

HONTONDJI, P. J. (2006). **Knowledge as a development issue**. In: Wiredu, K. (Org.). *A Companion to African Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishing.

JAMAL, Saíde. **Descentralização e democracia local: mecanismos de participação e prestação vertical de contas dos governos locais em Moçambique - Os Conselhos Consultivos Locais**. Dissertação (Mestrado em Roads to Democracy(ies) - Democracia e Governação). FEUC, Coimbra, Portugal, 2014, 14 p.

Lúcio Dionísio Pitoca Posse, Heróis da luta de libertação nacional e a ideia de nação nos discursos do Presidente da República de Moçambique Armando Guebuza, **Revista Crítica de Ciências Sociais** [online], 122 | 2020, publicado a 10 setembro 2020. DOI: 10.4000/rccs.10682. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/10682>>. Acesso em: 8 mar. 2024.

MENESES, M. P. (2009), “Poderes, direitos e cidadania: O ‘retorno’ das autoridades tradicionais em Moçambique”. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [online], 2009, p. 9-42. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1428>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____, _____. (2009). **Reflexões sobre a Pós-Independência em Moçambique**. Maputo: IESE.

MASSUANGANHE, Jacob. O poder local, as autoridades tradicionais e a reforma da governação local: as relações do poder e os desafios no quadro da descentralização. **Justiça do Direito**. v. 1, n. 2, p. 111-155, jul./dez. 2011. Edição especial.

MOÇAMBIQUE. Constituição (1990). **Constituição da República de Moçambique de 1990**. Disponível em: <https://genderlinks.org.za/wpcontent/uploads/2020/04/Mozambique_Con

titution_1990_asamended_pt.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2024.

_____. Constituição (2004). **Constituição da República de Moçambique de 2004**. Disponível em: <<https://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2016/01/CONST-2004.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2024.

MONTEIRO, J.O. **Aspectos institucionais e financeiros da reforma dos órgãos locais em Moçambique**. Maputo, 1990, p. 4.

NGOENHA, S. Filosofia Africana. **Das independências às liberdades**. Porto: Edições Paulinas, 1993.

Portal do Governo de Moçambique. **A Luta pela Independência (2015)**. Disponível em: <<https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Mocambique/Historia-de-Mocambique/A-Luta-pela-Independencia>>. Acesso em: 8 mar. 2024.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 1998: Paz e Crescimento Econômico, Oportunidades para o Desenvolvimento Humano**. Maputo: PNUD, 1998.

RUIVO, Fernando. **O Estado Labiríntico** – O poder relacional entre poderes local e central em Portugal. Lisboa: Afrontamento, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum**. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____, _____; MENESES, Maria Paula. **Identidades, colonizadores e colonizados: Portugal e Moçambique**. Relatório final do Projecto POCTI/41280/SOC/2001. Coimbra, Portugal, 2006.

_____, _____. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, B. de S.; MENESES, M. P. (org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 23-71.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VICENTE, J. G. História da ideologia política de Moçambique no período colonial e após a independência. In: SILVA, R. F. (org.). **Do texto ao contexto: história, literatura e educação**. Barbacena, Minas Gerais: Ed. UEMG, 2015, p. 33-48.

VYGOTSKY, L. S. **Formação social da mente**. 2002, 235 p.

WEBER, M.. In: ARON, Raymond. **Etapas do Pensamento Sociológico**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 461-540.

WEIMER, B. **Moçambique: descentralizar o centralismo: economia política, recursos e resultados**. Maputo: Instituto de Estudos Sociais e Econômicos, 2012.

FALTA DE TEMPO E O IMPEDIMENTO À ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL: A ROTINA DUPLA DE ESTUDO E TRABALHO DOS ALUNOS DA GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - CAMPUS I

LACK OF TIME AND THE IMPEDIMENT TO HEALTHY EATING: THE DUAL WORK-STUDY ROUTINE OF UNDERGRADUATE LAW STUDENTS AT THE FEDERAL UNIVERSITY OF PARAÍBA - CAMPUS I

Caio César Batista

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Emanuelen Vieira Toscano da Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O presente trabalho trata-se de um artigo científico, produzido como avaliação da disciplina de Direito à Alimentação da UFPB *Campus I*, o qual buscou analisar o perfil alimentar dos alunos do curso de Direito da universidade que possuem uma rotina dupla, isto é, de trabalho e estudo. Dessa forma, desenvolveu-se perguntas-chave para a compreensão de tal perfil, questões estas que foram aplicadas a 19 estudantes do curso, todas feitas de maneira objetiva por intermédio de um questionário. Através das respectivas respostas, pôde ser realizada uma análise de situações, no que concerne à alimentação, que estão diretamente ligadas à dupla rotina (trabalho e estudo). O trabalho apresenta, portanto, percentuais importantes no que se refere ao perfil alimentar dos alunos do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba – *Campus I*.

Palavras-chave: Direito à Alimentação. Trabalho. Estudo. Universidade Federal da Paraíba. Falta de tempo.

Abstract: *The present scientific article is a scientific article, produced as an assessment of the right to Food subject UFPB Campus I, which sought to analyze the dietary profile of students on the university's law course who have a dual routine, in other words, work and study. In this way, key questions were developed to understand this profile. These questions were applied to 19 students on the course, all of them objectively using a questionnaire. The answers provided enabled an analysis to be made of situations regarding food that are directly linked to the dual routine (work and study). The therefore presents important percentages regarding the dietary profile of law students at the Federal University of Paraíba – Campus I.*

Keywords: *Right to Food. Work. Study. Federal University of Paraíba. Lack of Time.*

Sumário: 1 Introdução – 2 O direito à alimentação adequada – 3 Da dupla rotina e a falta de tempo – 4 Trabalho ou graduação? – 5 Dias úteis – 6 Consumo de alimentos rápidos não saudáveis – 7 Do preparo das próprias refeições – 8 Avaliação dos alunos sobre sua alimentação – 9 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A rotina dupla de estudo e trabalho, que muitos estudantes possuem, acaba atingindo negativamente na quantidade de horas que o indivíduo dedica para cuidar de sua saúde alimentar, sendo necessário voltar um olhar mais atento a tal problemática. Assim, o que mais chama a atenção é a falta de tempo voltado para uma dedicação básica à alimentação saudável.

Com isso, o presente trabalho possui como perguntas problemáticas norteadoras as seguintes: “Qual o perfil alimentar dos estudantes de Direito da Universidade Federal da Paraíba que possuem rotina dupla de trabalho e estudo? A alimentação dos alunos que estudam e trabalham no curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba é afetada pela rotina dupla? Se sim, como exatamente ela é afetada?”.

O público-alvo da pesquisa foram alunos do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba – *Campus* I que estivessem trabalhando em regime de CLT, fossem servidores públicos ou trabalhadores informais. Nesse sentido, elucida-se que os estagiários não foram avaliados neste estudo, visto que o estágio, ainda que não obrigatório, tem como principal objetivo auxiliar na consolidação da base de conhecimento do discente, ao passo que os demais vínculos de trabalho são voltados para o sustento e subsistência do indivíduo. Ainda, entende-se que a carga horária dos estágios é menor e mais flexível, se adequando aos horários dos estudantes.

Logo, devido à escassez de informações que se tem sobre o tema, bem como ao pouco diálogo sobre a temática no ambiente em que a mesma ocorre e se desenvolve, se fez necessário a realização do trabalho para compreender tal realidade pouco mencionada entre a instituição e os próprios discentes.

De acordo com o andamento do trabalho, a metodologia utilizada foi de um estudo quantitativo e qualitativo com os alunos da graduação em Direito da UFPB (sede). Nesse sentido, foram coletados dados de 19 alunos durante o segundo semestre de 2023, através de um questionário com perguntas abertas e fechadas. Em relação aos 19 alunos, a quem foi aplicado o questionário, não foi uma escolha aleatória. Fez-se uma busca por estudantes da graduação em Direito que se enquadrassem nos parâmetros para responder à pesquisa, dessa forma, o interesse inicial era o de conseguir ao menos 30 estudantes para a aplicação do questionário, entretanto, apenas 19 se mostraram interessados em participar.

Por essas razões, o universo da pesquisa foi de 19 pessoas, número que não é expressivo, sobretudo ao se considerar a totalidade do corpo discente do curso de Direito. Por tal motivo, o questionário apresentou um universo somente de 19 pessoas.

Assim, foi realizado um questionário independente de área de trabalho, seja formal, informal ou tratando-se de servidores públicos, com alunos que estão desbloqueados ou bloqueados em algum período, sendo o período matutino ou noturno, tendo como único critério ter a jornada dupla de estudo e trabalho. Para tanto, foram entrevistados graduandos do 1º, 2º, 3º, 4º, 7º e 9º período.

Cumprе ressaltar que a entrevista não objetivou estabelecer distinção entre os alimentos saudáveis e os não saudáveis por se entender que cada discente possui uma cultura alimentar particular. Não obstante, foi abordada a satisfação do entrevistado com sua alimentação, bem como avaliada a ocorrência de refeição rápida não saudável, em razão da falta de tempo.

Por fim, o objetivo final da pesquisa foi buscar entender como a rotina da graduação em Direito da UFPB (sede), considerada extensa em carga horária, somada ao trabalho para a sobrevivência do indivíduo no sistema capitalista, pode determinar o seu tempo para realizar as alimentações que considera saudável.

2 O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Por meio da Emenda Constitucional n.º 90, de 2015, o direito à alimentação foi positivado no art. 6º da Constituição Federal, sob o escopo de direito social. Entretanto, o termo “direito à alimentação” não diz respeito tão somente ao caráter subjetivo, particular ao indivíduo, de não estar em situação de insegurança alimentar, compreendendo também o conceito de alimentação saudável.

Dito isto, é importante ressaltar que o termo se trata de uma alimentação adequada, que engloba alimentos bem preparados e saudáveis. Nesse sentido, não se configura um direito hu-

mano à alimentação adequada se o indivíduo se alimentar mal, visto que o direito à alimentação se trata, sobretudo, de uma alimentação que seja saudável ao indivíduo. Desse modo, o art. 2.º da Lei n.º 11.346 (Brasil, 2006) enuncia:

A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Dessa forma, o artigo supracitado garante no ordenamento jurídico brasileiro a alimentação adequada como um direito fundamental, ou seja, é inerente a todo ser humano. Conforme Juliana Gamba e Zélia Montal destaca, uma das premissas para que tal direito seja garantido é estar livre da fome (Gamba; Montal, 2010, p. 60).

Entretanto, é necessário ir além desse conceito no qual o direito humano à alimentação é estar livre da fome. Tal parâmetro destacado por Gamba e Montal é um pilar importante, ademais, é mister destacar que a garantia do direito à alimentação não diz respeito apenas à ingestão de alimentos por parte do indivíduo, é necessário que essa alimentação, além de suprir a fome, seja saudável.

Em relação à alimentação adequada, se faz necessário destacar um estudo da Universidade de São Paulo, publicado em 2023 e intitulado “Consumo de alimentos ultraprocessados no Brasil: distribuição e evolução temporal 2008-2018”, no qual destaca que no Brasil ocorreu um aumento de 5,5% no consumo de alimentos ultraprocessados (Louzada *et al.*, 2023, p. 10). Portanto, o viés de que alimentação adequada significa estar livre da fome deve ser desmistificado, diante do aumento no índice de consumo de ultraprocessados, que são significativamente maléficos à saúde humana. Ou seja, o indivíduo não estar na condição de vulnerabilidade da fome, não significa que ele esteja se alimentando corretamente, isto é, de forma saudável.

Dentre isso, é necessário destacar o guia alimentar para a população brasileira (Brasil, 2014), elaborado pelo Ministério da Saúde com informações relevantes a serem seguidas para manter uma alimentação adequada. Dentre essas informações, está contida a recomendação de se alimentar com alimentos minimamente processados ou *in natura*. Logo, de acordo com a pesquisa feita pela Universidade de São Paulo, a população brasileira está em desacordo com o guia feito pelo Ministério da Saúde em 2014. Dessa forma, verifica-se uma má qualidade nutricional da população brasileira.

Ademais, apesar da alimentação adequada ser garantida tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto internacional, ela perpassa por várias problemáticas. Dentre elas, a falta de tempo que muitas pessoas têm para se alimentar adequadamente e o tipo de alimentos que estão sendo ingeridos. Por conta disso, faz-se mister ressaltar a importância da desmistificação do direito à alimentação como um direito exclusivo de estar alimentado, sem levar em consideração que tipo de alimentos está sendo ingerido.

Tal desmistificação ocorre no pseudo documentário de Jorge Furtado (1989), intitulado “Ilha das flores”, ao provocar a reflexão de que certas pessoas compram comidas no supermercado, enquanto a população da ilha se alimenta de restos de alimentos apodrecidos. De forma genérica, em ambos contextos há alimentação, porém, a segunda realidade não se enquadra nos moldes do direito à alimentação previstos na Carta Magna.

O trabalho “A exigibilidade do Direito humano à alimentação adequada”, divulgado em 2017 pela Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN), assevera que o direito à alimentação é sobretudo uma questão de direitos humanos, mencionando por diversas vezes o termo “alimentação adequada e saudável”, a fim de elucidar que não basta ter apenas alimentação, ela deve ser saudável e garantida pelo ordenamento jurídico, pois é um direito inerente ao indivíduo.

Diante dos fatos supracitados, é notório que o direito à alimentação adequada é previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, há diversos contextos sociais que fazem não ocorrer tal alimentação, decorrendo da não efetiva garantia do mesmo. Dentre eles, pode-se destacar a relação da falta de tempo para a realização de uma alimentação entre estudantes que trabalham.

3 DA ROTINA DUPLA E A FALTA DE TEMPO

Uma das problemáticas enfrentadas pelos discentes para atingir uma alimentação adequada é a falta de tempo, que é suprimido por um contexto de rotina dupla, sendo esta a conjuntura vivenciada pelos discentes que estudam em um turno e trabalham em outro, sem levar em conta o tempo de deslocamento entre os espaços. Nesse cenário, são ainda mais afetados aqueles discentes que dependem do transporte público, afinal para esse grupo, além do tempo dentro do transporte afetar a sua rotina, ainda se faz necessário ter que lidar com a espera nas paradas de ônibus.

Tendo como ponto de partida a fixação legal de 1932, que estabeleceu o trabalho com carga horária de 8 horas por dia (Brasil, 1932), vê-se que o brasileiro gasta, teoricamente, em torno de 20% do tempo de seu ano no trabalho, podendo a porcentagem variar para um número maior. Logo, os discentes inseridos na rotina dupla gastam mais de 8 horas por dia na dedicação entre universidade e trabalho, de modo que seu tempo para outras atividades de cuidado pessoal é afetado.

Além disso, cabe destacar que tal rotina dupla não é efetivamente uma escolha para tais discentes, visto que o trabalho é um meio para garantir a sua própria subsistência. Dito isto, para um discente que está inserido nesse tipo de contexto é comum que tenha sua alimentação prejudicada, não por uma questão de fome ou algum grau de insegurança alimentar em relação ao quesito financeiro, mas pela carência de alimentos de fato saudáveis e bem preparados. Essa falta de tempo devido à rotina dupla não apenas se relaciona com o ato de “pular refeição”, assim considerado quando o indivíduo não cumpre uma das três refeições básicas, seja café da manhã, almoço ou jantar, também estando conectada à qualidade nutricional do alimento ingerido naquele momento. Por exemplo, um discente que por falta de tempo ao meio-dia, em vez de realizar uma refeição melhor apropriada para o almoço, acaba comendo um *fast-food* por ser mais rápido de consumir, tem sua fome de fato dirimida, mas é notório que a qualidade nutricional não foi garantida.

De acordo com Toral, a escassez de tempo livre devido a rotina dupla acarreta o consumo de alimentos com pouca qualidade nutricional, tomando como exemplo os alimentos industrializados e *fast-foods* (Toral; Conti; Slater, 2009, p. 2391). Tais alimentos são uma preferência no dia a dia desses alunos, visto que são mais rápidos de preparar e consumir, ao serem comparados com alimentos melhor preparados e com maior qualidade nutricional.

Dentro desse contexto, foi questionado se os graduandos de Direito que participaram da entrevista acreditam que sua realidade de dupla jornada prejudica sua alimentação saudável no dia a dia. Desse modo, 84,2% responderam que sim, 10,5% que não e 5,3% que não sabem, sendo notório que a grande maioria acredita que a rotina de dupla jornada é um fator que irá prejudicar a alimentação.

Além das 8h em média dedicadas ao trabalho, é importante destacar a carga horária extensa do curso de Direito da UFPB. De acordo com o Projeto Pedagógico de Curso (PPC) de Direito do *Campus* Sede da Universidade Federal da Paraíba (2011), lotado no Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), em João Pessoa, consta uma carga horária de 4254 horas totais do curso, o que chama atenção por ser 549 horas a mais do que o mesmo curso no *campus* de Santa Rita, também da UFPB, tendo sido a carga horária alterada a partir da resolução de número 19 de 2019 (Resolução Consepe, 19/2019). Ou seja, em razão do tempo de dedicação ao trabalho

associado ao tempo da graduação, sem considerar o tempo de deslocamento, boa parte do ano desses alunos é dedicado a tarefas obrigacionais de trabalho e estudo, que agem em detrimento do tempo de descanso e de uma alimentação adequada.

De acordo com Paul Lafargue: o trabalho é a causa de toda degenerescência intelectual, de toda deformação orgânica (Lafargue, 2010, p. 21). Dessa forma, referido autor realiza um debate que o tempo gasto no trabalho é um tempo que suprime o ser humano de realizar alguma atividade intelectual para si ou que afeta em seu tempo de descanso.

Além do tempo de descanso ser prejudicado pela jornada de trabalho, como destacado por Lafargue, esse tempo é ainda mais afetado quando se trata da realidade dos discentes que estudam e trabalham. Consequentemente, além do tempo de descanso, há um prejuízo em relação ao tempo disponível para se alimentar.

A alimentação, quando ocorre adequadamente, não se trata apenas de uma necessidade básica para a sobrevivência do ser humano. Na verdade, a alimentação adequada é um cuidado com o próprio indivíduo, demandando tempo (Alves; Boog, 2007), que acaba sendo reduzido para aqueles inseridos no contexto da dupla jornada.

Ao questionar os discentes, 84,2% dos entrevistados revelaram que já deixaram de se alimentar por falta de tempo devido à rotina dupla, e quando perguntados se já realizaram alguma refeição rápida, considerada não saudável, por não ter tempo para realizar uma alimentação mais adequada, o índice aumentou para 89,5%.

Quando perguntados se consideram que essa refeição rápida, não saudável, substitui uma refeição principal (como comer um salgado no horário de meio dia em vez de um almoço), 78,9% responderam que não. O que chama a atenção é que mesmo que a maioria dos alunos compreenda que essa refeição não substitui uma refeição principal, a rotina de jornada dupla acaba fazendo com que essa troca seja necessária, ou seja, que eles realizem essa refeição não saudável em detrimento à falta de tempo.

Em relação a tal problemática, é importante apontar uma contradição no guia alimentar feito pela CAISAN, o qual menciona que a falta de tempo não chega a ser um problema ou é problema cuja solução demanda apenas ações no plano individual (Brasil, 2014, p. 117). De plano, a falta de tempo deve ser considerada como um problema, visto que afeta a qualidade nutricional dos indivíduos, assim como não é possível afirmar que, se for um problema, vai demandar “apenas” ações no plano individual para que seja solucionada. Isto porque existem múltiplos contextos, que não vão demandar apenas ações individuais, por exemplo, o caso do discente que perde tempo na espera do transporte público.

4 TRABALHO OU GRADUAÇÃO?

Em uma sociedade capitalista, independentemente de ser um trabalho com identificação profissional do indivíduo ou apenas por necessidade, se mostra necessário que o indivíduo trabalhe para a própria sobrevivência, afinal, a remuneração é o meio de manutenção do mínimo para viver.

Nesse aspecto, a graduação representa muitas vezes para os estudantes a realização de um sonho, ou ainda, fator determinante para a realização de outros sonhos, como possuir uma profissão especializada, melhores condições de vida e seguir a carreira desejada. Não obstante, os resultados pretendidos com a graduação nem sempre são imediatos, de maneira que a vida não é transformada instantaneamente. Dito isto, a dupla jornada torna-se necessária na vida de certos estudantes, mesmo que comprometa o tempo de descanso ou a ser dedicado a uma alimentação saudável.

Dessa forma, foi indagado aos estudantes trabalhadores o que eles acreditavam que mais os afetava em manter uma alimentação saudável. Assim, 47,4% dos entrevistados responderam que era a graduação em Direito, 31,6%, que era o trabalho, 15,8%, que não sabem, e 5,3%, que

nenhum os afeta.

Diante disso, se destaca que, apesar de o trabalho possuir, em média, 8 horas diárias, a maioria dos graduandos optaram que é a graduação em Direito que caracteriza o maior qualificador para a dificuldade de manter uma alimentação saudável. Isto evidencia que, mesmo que teoricamente a carga horária diária da faculdade seja mais leve, a necessidade de estudos fora do horário da aula sobrecarrega os estudantes, especialmente aqueles que estão inseridos no contexto de jornada dupla.

Tal condição pode ser explicada pela extensa grade do curso de Direito da UFPB *campus* sede. Segundo a orientação de horários da universidade, é constatado que o período noturno se inicia às 19h, porém, o que se extrai da análise da grade curricular do curso de Direito é que o turno da noite é iniciado às 17h20.

Evidencia-se, dessa forma, que para os alunos de graduação do período noturno torna-se mais fácil conciliar uma jornada dupla, visto que o horário comercial de trabalho começa pela parte da manhã. Porém, para estes discentes, a dupla jornada ainda apresenta horários apertados, entre fim do turno do trabalho e início das aulas, justamente porque o período noturno começa em um horário mais antecipado do que o normal pretendido pela universidade.

Nesse aspecto, quanto menor o tempo de intervalo entre uma atividade e outra, menos tempo se tem para realizar uma alimentação adequada. Portanto, torna-se compreensível a resposta da maioria dos alunos, que optaram pela graduação como maior dificultador para a manutenção de uma alimentação saudável.

Também foi questionado aos alunos com dupla jornada se eles acreditam que somente estudar ou trabalhar influenciaria positivamente na alimentação. Dessa forma, 84,2% responderam que sim, 5,3%, que não, e 10,5%, que não sabem. Diante dos resultados obtidos com esse questionamento, evidencia-se que a maioria entende existir relação direta entre a qualidade da alimentação e a dupla jornada.

Entretanto, conforme supracitado, a rotina dupla acaba não sendo uma opção, ante a necessidade do trabalho e o desejo da graduação. Então, apesar de 84,2% acreditarem que essa rotina afeta sua qualidade nutricional, esta é mantida por necessidade, seja pelos meios de subsistência oferecidos pelo trabalho ou pela vontade de obter uma realização profissional que a graduação pode oferecer.

5 DIAS ÚTEIS

Os dias úteis correspondem ao período no qual as atividades não são interrompidas, seja na universidade ou no trabalho. Nesse sentido, o período de segunda a sexta diz respeito ao espaço de tempo no qual os alunos terão sua jornada dupla e, conseqüentemente, menos tempo fora do âmbito da universidade e do trabalho, além do tempo perdido no deslocamento entre esses dois espaços.

Nessa seara, os estudantes possuem menos tempo para ter uma alimentação saudável, em face da falta de tempo suficiente para preparo da refeição ou, ainda, a ausência de intervalo destinado à refeição, a fim de que seja realizada com calma.

Dentre tal contexto da dupla jornada, 73,7% dos entrevistados mencionaram que sentem mais dificuldade para se alimentar adequadamente em dias de semana, 10,5%, em finais de semana, 10,5%, nos dois contextos, e 5,3%, não enfrentam dificuldades em nenhum dos dois cenários.

De acordo com o trabalho feito por Luana Monteiro, nos finais de semana ocorre uma maior ingestão de alimentos com uma pior qualidade nutricional (Monteiro *et al.*, 2017, p. 03). Entretanto, os alunos em Direito da UFPB (sede) que estão inseridos no contexto de dupla jornada, afirmam apresentar maiores dificuldades em se alimentar adequadamente nos dias de semana, não por falta de preocupação e desleixo, mas sim por uma questão primordial: a falta

de tempo devido à rotina.

Tal fato comprova que para se ter uma alimentação adequada não é necessário apenas condições financeiras, educação alimentar e outros fatores semelhantes. Para se ter uma alimentação saudável é necessário tempo, seja para o preparo da refeição ou para ingerir tais alimentos, quesito que é diretamente afetado na conjuntura dos que vivenciam a rotina trabalho-universidade. Logo, como dias úteis são os dias da semana previstos para terem aulas na universidade e a rotina do trabalho, a falta de tempo acarretará uma pior qualidade nutricional aos discentes, seja pelo ato de “pular refeição” ou pelo tipo de alimento a ser ingerido.

6 CONSUMO DE ALIMENTOS RÁPIDOS NÃO SAUDÁVEIS

Como consequência da rotina dupla, muitos estudantes optam por alimentos cujo preparo é mais fácil e, o consumo, mais rápido. Isto posto, visto que essas comidas são, em sua maioria, ricas em açúcares e gorduras, tais como biscoito, salgado, refrigerante e miojo, ocasionam consequências prejudiciais à saúde de quem as consome. Dito isto, o impacto da ingestão deste tipo de produto alimentício não somente é imediato, mas também se estende para o futuro.

O consumo desses alimentos, apesar de saciar a fome, não se caracterizam como tipos alimentares ideais para ingestão. Conforme Tatiana Balem, a alimentação não saudável, ao lado do tabagismo, álcool e sedentarismo, são os quatro fatores que ocasionam doenças crônicas não transmissíveis (Balem *et al.*, 2017, p. 5). Dentre essas doenças, estão incluídos os problemas cardiovasculares e câncer. Desse modo, é perceptível a importância da alimentação adequada e que esta seja, de fato, implementada na sociedade e não apenas positivada no ordenamento jurídico.

Além do consumo de alimentos com menor qualidade nutricional, devido à dupla jornada, ressalta-se o jejum forçado. Consoante Gambardella (1995), o índice de estudantes que realizam o desjejum é menor entre os que estudam e trabalham, provavelmente por terem uma rotina mais cansativa e optarem por dormir um pouco mais em detrimento de levantar para realizar uma refeição.

Dessa forma, observou-se que 89,5% alunos responderam no sentido de que consomem esse tipo de alimentos devido à dupla rotina, enquanto 10,5% alunos responderam que não consomem ou não costumam consumir alimentos rápidos não saudáveis. Percebe-se, portanto, como a conjunção dos fatores trabalho e estudo corrobora a busca por alimentos mais rápidos, que acabam não sendo saudáveis devido a uma maior oferta no mercado.

Isso se dá, entre diversos outros fatores, pela cidade de João Pessoa ser um centro urbano, onde encontra-se, facilmente, em qualquer local, um estabelecimento que proporciona alimentos rápidos para consumo, e que não são saudáveis. Na própria UFPB *Campus* Sede, há diversos locais onde os alunos conseguem fazer uma refeição rápida rica em calorias, açúcares, sódio e gorduras entre as aulas, evidenciando o afirmado.

Nessa mesma ótica, pensa-se que os alunos do período noturno e os que trabalham pela manhã possuem mais tempo para o preparo de suas refeições, justamente porque suas atividades não se chocam em relação ao horário, e ainda possuem o final de semana livre da obrigação universitária. Entretanto, a junção de duas jornadas com cargas horárias extensas, além dos estudos fora do horário de aula que são essenciais para o bom proveito do curso, impossibilitam isso.

7 DO PREPARO DAS PRÓPRIAS REFEIÇÕES

Tomando como base os tópicos seguintes, foi evidenciado que a alimentação adequada relaciona-se, de forma direta, com o fator tempo, seja para se alimentar ou para o preparo do alimento. Todavia, nem todo indivíduo realiza o preparo das suas próprias refeições. Sendo as-

sim, uma pessoa que, além de se alimentar, precisa preparar o alimento, possui uma necessidade ainda maior de tempo, enquanto uma pessoa que apenas se alimenta e não prepara a refeição, tem a necessidade de menos tempo para tal atividade.

As razões que levam o indivíduo a não realizar o preparo das suas refeições diariamente podem ser variadas. Pode não apresentar conhecimento técnico de cozinhar, ter alguém para realizar tal atividade, seja familiar, esposo(a) ou dar preferência a comer marmitas ou em outros espaços.

Sendo assim, o preparo das refeições se torna um tópico central para entender melhor a relação entre alimentação adequada e a falta de tempo, em razão do fato que a alimentação adequada está diretamente relacionada com o tempo.

Dito isto, foi questionado aos discentes se eram eles quem preparavam as suas próprias refeições, obtendo-se como resultado: 42,1% responderam que às vezes; 15,8% que frequentemente; 21,1% que nunca e 21,1% responderam que sempre preparam os próprios alimentos. Traçando um perfil que a maioria dos discentes entrevistados realizam o preparo das suas refeições, mesmo que esporadicamente. Em consequência disso, há menos tempo livre.

No ano de 2019, o G1 publicou uma matéria que aborda diretamente a dicotomia falta de tempo-cozinhar (Gourmet, 2019). Esclarecendo que a falta de tempo tornou o ato de cozinhar como opcional entre os brasileiros. Durante a rotina mais agitada acaba sendo mais conveniente o consumo de uma refeição rápida considerada não saudável. Contudo, é perceptível uma leve contradição na matéria publicada, visto que cozinhar não necessariamente se tornou opcional, na verdade tal ação se torna inviável pela falta de tempo, não por opção e sim por obrigação da ocasião.

Desse modo, quando os discentes de um curso com uma carga horária extensa e que além disso trabalham em regime de CLT, somado à possibilidade de essas pessoas não possuírem apoio em casa, torna-se mais fácil que esses indivíduos decidam por consumir alimentos mais rápidos e com menor dificuldade para o preparo. Sendo importante frisar que isso não é uma opção dos discentes que estão inseridos nessa realidade.

8 AVALIAÇÃO DOS DISCENTES SOBRE SUA ALIMENTAÇÃO

Ademais, é evidente a importância de o indivíduo ter o autorreconhecimento acerca da sua alimentação, seja para reconhecer que ela está boa, razoável ou ruim. Tal autorreconhecimento é necessário visto que causa um maior conhecimento sobre si mesmo, e em casos de uma autoavaliação negativa representa uma chance de melhorar.

Dito isto, foi questionado aos alunos que respondessem, em uma escala de 1 a 5, qual o grau de satisfação que eles tinham com a própria alimentação, sendo 1 muito insatisfeito e 5 muito satisfeito. Dessa forma, estes foram os resultados que foram obtidos: ninguém assinalou 1; 10,5% marcaram 2; 68,4% assinalaram nota 3; 15,8% indicaram nota 4 e 5,3% confirmaram ter satisfação total, nota 5.

A partir dessas respostas, consegue-se deduzir que a grande maioria avalia como média a sua alimentação, isto é, não há uma consideração total de satisfação ou insatisfação acerca da própria alimentação. Tal ocasião pode ter motivos variados, podendo ser a falta de uma análise mais aguçada sobre sua alimentação ou pelo indivíduo apresentar uma alimentação irregular, não sendo nem sempre saudável, entretanto nem sempre não saudável.

Os baixos índices de votação nos extremos da escala demonstram que não se alimentar bem ou se alimentar muito bem constituem exceções à rotina de quem estuda e trabalha. Isto porque, apesar da rotina cansativa, subsiste a tentativa de manter uma boa alimentação, contudo, por outro lado, é extremamente difícil manter uma ótima alimentação nessa conjuntura.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, investigou-se e analisou-se o perfil alimentar dos estudantes do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) – *Campus I* que possuem rotina dupla, bem como a dificuldade da rotina cansativa afeta de fato na alimentação desses indivíduos.

Dessa forma, foi elaborado um questionário com 19 perguntas objetivas a ser aplicado a pessoas que se enquadrassem nos parâmetros estipulados com base no melhor perfil ideal para atender as necessidades da pesquisa, sendo eles: ser estudante do curso de Direito da UFPB – *Campus I* e estar trabalhando em regime de CLT, ser servidor público ou trabalhadores informais. A partir de tais recortes, 19 pessoas estavam aptas a responder o questionário.

Apesar de terem sido formuladas 19 perguntas, apenas 9 tiveram relevância de fato para o desenvolvimento do artigo, visto que as demais se referiam a critérios extremamente pessoais como profissão e idade. Com base nisso, foi feita uma análise mais atenta dessas 9 perguntas apenas, e por meio delas foi possível estabelecer um bom aprofundamento na temática.

Com base nos resultados, pode-se desenvolver discussões importantes e intrínsecas à problemática, bem como formular porcentagens ligadas ao tema. Desse modo, apresenta-se a seguir as perguntas relevantes presentes no questionário, assim como suas respectivas porcentagens dentro de cada alternativa:

Tabela 01: Distribuição da porcentagem da pergunta “É você que prepara suas refeições?”

Resposta	Porcentagem
Sempre	21,2%
Nunca	21,1%
Frequentemente	15,8%
Às vezes	42,1%

Tabela 02: Distribuição da porcentagem da pergunta “Você já deixou de realizar alguma refeição devido à sua rotina dupla (trabalho e estudo)?”

Resposta	Porcentagem
Sim	84,2%
Não	15,8%

Tabela 03: Distribuição da porcentagem da pergunta “Você já realizou alguma refeição rápida por conta da falta de tempo devido à sua rotina? (se realizou refeições rápidas por vontade própria e não por consequência da rotina deve marcar não)”

Resposta	Porcentagem
Sim	89,5%
Não	10,5%

Tabela 04: Distribuição da porcentagem da pergunta “Você considera que essa refeição rápida substitui a principal?”

Resposta	Porcentagem
Sim	21,2%
Não	78,9%

Tabela 05: Distribuição da porcentagem da pergunta “Você considera que sua rotina dupla (trabalho e estudo) o afeta em relação a ter uma alimentação saudável?”

Resposta	Porcentagem
Sim	84,2%
Não	5,3%
Não sei	10,5%

Tabela 06: Distribuição da porcentagem da pergunta “Se sim, você considera que qual mais atrapalha em manter uma alimentação saudável?”

Resposta	Porcentagem
Graduação em Direito	47,4%
Trabalho	31,6%
Não sei	15,8%
Não me afeta	5,2%

Tabela 07: Distribuição da porcentagem da pergunta “Você tem mais dificuldade de se alimentar adequadamente em dias de semana ou finais de semana?”

Resposta	Porcentagem
Dias de semana	73,7%
Finais de semana	10,5%
Tenho dificuldade nos dois contextos	10,5%
Não apresento dificuldades	5,3%

Tabela 08: Distribuição da porcentagem da pergunta “Você acredita que apenas estudar ou trabalhar teria um efeito positivo na sua alimentação?”

Resposta	Porcentagem
Sim	84,2%
Não	5,3%
Não sei	10,5%

Tabela 09: Distribuição da porcentagem da pergunta “Em uma escala de 1 a 5, quanto você está satisfeito com sua alimentação de um modo geral, sendo 1 muito satisfeito e 5 muito insatisfeito?”

Resposta	Porcentagem
1	0%
2	10,5%
3	68,4%
4	15,8%
5	5,3%

A partir de tais perguntas e seus respectivos resultados, fez-se possível entender e desenvolver diversos temas intrinsecamente relacionados a essa problemática, a saber: se esses estudantes tinham apoio em casa para o preparo de suas refeições, se eles realizavam o consumo de alimentos rápidos e não saudáveis devido à falta de tempo, se apenas trabalhar ou estudar teria um impacto positivo entre outros pontos.

Assim, e com base nas porcentagens, conclui-se que a grande maioria dos alunos tem prejuízo no que concerne à alimentação devido a sua dupla rotina. Percebe-se que possuir uma única obrigação diária (trabalho ou estudo) teria um impacto positivo na vida de muitos estudantes, principalmente no que concerne à sua alimentação, mas também em outras áreas de suas vidas. Além disso, outro fator que influenciaria positivamente na mudança desse quadro é o horário de início das aulas do turno noturno, isto é, se de fato iniciassem às 19 horas, garantindo um maior tempo entre o término do trabalho e começo das aulas.

Portanto, com base neste artigo pode-se afirmar que a alimentação dos alunos que trabalham e estudam do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba – *Campus I* é afetada por esta dupla rotina, e que eles não só não possuem muito tempo para se alimentar como também recorrem a alimentos não saudáveis e maléficos para sua saúde devido a isso.

Respondendo à pergunta problema do presente trabalho: sim, a rotina dupla de estudo e trabalho afeta a alimentação – no que diz respeito a uma alimentação adequada – dos estudantes da graduação de Direito da UFPB *Campus I*. Infere-se isto pelo caráter majoritário das respostas negativas à pesquisa, no sentido de que 84,2% já deixou de realizar alguma refeição devido à falta de tempo, ou ainda quando 84,2% dos entrevistados respondeu que acredita que só estudar ou trabalhar teria um impacto positivo em sua alimentação.

Dessa forma, o objetivo do presente artigo foi alcançado, justamente por entender o perfil alimentar desse grupo específico e as problemáticas relacionadas a ele. Entretanto, ainda é crucial que haja mais estudos nesta área para um maior aprofundamento, bem como para a maior discussão do problema e uma busca pela sua resolução efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada, Ampliando a Democracia no SISAN. CAISAN, Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/seguranca_alimentar/caisan/Publicacao/Caisan_Nacional/exigibilidade_direito_humano_alimentacao_adequada.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2024.

ALVEZ, H. J.; BOOG, M. C. F. Comportamento alimentar em moradia estudantil: um espaço para promoção da saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 197-294, abr. 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsp/a/bxWxfRbq8HnD4bCCgxvF4vtS/?forma->

t=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1 fev. 2024.

BALEM, Tatiana Aparecida *et al.* As transformações alimentares na sociedade moderna: a colonização do alimento natural pelo alimento industrial. **Revista espacios**, Caracas, v. 38, n. 47, p. 05-16, 2017. Disponível em: <<https://www.revistaespacios.com/a17v38n47/a17v38n47p05.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 21.364, de 4 de maio de 1932**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, seção 1, p. 01. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21364-4-maio-1932-526751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 out. 2023.

_____. **Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional-SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, v. 143, n. 179, p. 01-02, 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em: 5 out. 2023.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Guia Alimentar para a População Brasileira**. 2 ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CCJ. **Composição curricular do Curso de Direito / CCJ - UFPB Currículo 62/2011**. Disponível em: <<https://www.ccj.ufpb.br/ccj/contents/pdf/diversos/composicao-curricular-com-pre-requisito-62-2011.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2023.

_____. **UFPB/CCJ - Campus 1 - Santa Rita**. Disponível em: <<https://www.ccj.ufpb.br/cdsr/contents/documentos/legislacao/item-1-projeto-pedagogico-de-curso-direito-ufpb.pdf/view>>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CONSEPE/UFPB. **RESOLUÇÃO N.º 19/2019**. Dispõe sobre a alteração da composição curricular do Curso de Direito (DCJ) da unidade do CCJ, no município de Santa Rita - PB. Disponível em: <<https://www.ufpb.br/cdsr/contents/documentos/legislacao/item-2-5-resolucao-consepe-n-19-de-2019-alteracao-do-curriculo-do-curso-de-direito-da-unidade-santa-rita.pdf/view>>. Acesso em: 2 fev. 2024.

GAMBA, Juliana Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. O direito humano à alimentação adequada: revisitando o pensamento de Josué de Castro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 11, n. 95, p. 52-81, 2010. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/226/215>>. Acesso em: 5 out. 2023.

GAMBARDELLA, Ana Maria Dianezi. **Adolescentes, estudantes de período noturno: como se alimentam e gastam suas energias**. 1995. Tese (Doutorado em epidemiologia) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6132/tde-24102014-093833/publico/DR_278_Gambar-della_1995>. Acesso em: 3 jan 2024.

GOURMET, Vero. Falta de tempo tornou opcional o ato de cozinhar. **G1.globo**, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/especial-publicitario/vero-home-gourmet/comida-e-afeto/noticia/2019/08/02/falta-de-tempo-tornou-opcional-o-ato-cozi->

nhar.ghtml>. Acesso em: 2 out. 2023.

ILHA DAS FLORES. Direção: FURTADO, Jorge. **Casa do Cinema de Porto Alegre/KODAK**. Porto Alegre, 1989. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wM9Te_NILQk>. Acesso em: 31 jan. 2024.

LAFARGUE, Paul. O direito à preguiça. 1 ed. Cidade São Paulo: **Editora Nova Alexandria**, 2010, 93 p.

LOUZADA, Maria Laura da Costa *et al.* Consumo de alimentos ultraprocessados no Brasil: distribuição e evolução temporal 2008–2018. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 57, p. 12, 2023. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsp/a/4NgBXsYpKjrKHvCBJ876P8F/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 3 out. 2023.

MONTEIRO, Luana Silva *et al.* Consumo alimentar segundo os dias da semana–Inquérito Nacional de Alimentação, 2008-2009. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 51, p. 93, 2017. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/pdf/rsp/2017.v51/93/pt>>. Acesso em: 3 fev. 2024.

PRG. **Horários-UFPB-1**. Disponível em: <<https://www.prg.ufpb.br/prg/codesc/processos-seletivos/horarios-ufpb-1.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2023.

TORAL, Natacha; CONTI, Maria Aparecida; SLATER, Betzabeth. A alimentação saudável na ótica dos adolescentes: percepções e barreiras à sua implementação e características esperadas em materiais educativos. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 2386-2394, 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/hFRdNXQhN7hf9rKdWrFDwxL/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 3 jan. 2024.

A INVISIBILIDADE SOCIAL DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS NA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA: PESQUISA DE CAMPO E ANÁLISE DO FENÔMENO SOCIAL E JURÍDICO

THE SOCIAL INVISIBILITY OF THE OUTSOURCED WORKERS IN THE FEDERAL UNIVERSITY OF PARAÍBA: A FIELD RESEARCH AND ANALYSIS OF THE SOCIAL AND JURIDICAL PHENOMENON

Maria Antônia da Costa Cavalcanti

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Maria Eduarda Sousa Ismael da Costa

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Pedro Lucas Rabelo Dias Miranda

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Tomás Costa Ribeiro Fonseca Clementino

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: A terceirização é um mecanismo amplamente utilizado dentro dos entes federativos por permitir que trabalhadores contratados por uma empresa privada realizem as atividades classificadas como meio dentro do serviço público efetuado. Nesse sentido, a relação jurídica que ampara os terceirizados é extremamente frágil e as atividades exercidas apresentam um caráter social de pouco prestígio dentro do competitivo ambiente universitário. Logo, o presente artigo tem como intuito compreender o fenômeno da invisibilidade sofrido por tal grupo de pessoas e como essa questão influencia em sua vulnerabilidade decorrente não só do âmbito social, mas também jurídico. A partir de uma pesquisa de campo, realizada principalmente pela análise de questionários respondidos pelo público que frequenta a Universidade Federal da Paraíba, os resultados obtidos indicaram que ainda existe uma certa invisibilização dos trabalhadores terceirizados nesse meio. A conclusão alcançada, portanto, identifica as diversas raízes que deram causa à problemática, além de reforçar a necessidade de mudança na consciência coletiva e de uma maior proteção jurídica a tais trabalhadores.

Palavras-chave: Invisibilidade. Vulnerabilidade. Terceirizados. Universidade.

Abstract: Outsourcing is a mechanism broadly deployed by the federative entities as it allows the workers hired by a private company to execute labor activities classified as middle activities of the public service. In that regard, the juridical relationship that supports the outsourced workers is extremely fragile and the labor activities done presents a social character of wispy prestige inside a competitive environment such as a university. Therefore, the present article intends to understand the phenomenon of invisibility suffered by such people and how this question takes influence in its vulnerability because not only the social aspect, but also the juridical. By a field research, mainly done by analyzing questionnaires answered by the people who attends the Federal University of Paraíba, the obtained results indicated still a existence of a certain invisibility of the outsourced workers in this context. The reached conclusion, thus, identifies the diversity of roots that caused the problematic, besides reinforcing the need for change in the collective consciousness and a wider juridical protection for these specific workers.

Keywords: Invisibility. Vulnerability. Outsourced. University.

Sumário: 1 Introdução – 2 Conceito de invisibilidade social; 2.1 Conceito de terceirização – 3

Métodos de análise da pesquisa qualitativa – 4 Resultados – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da sociedade capitalista, novas formas de trabalho passaram a ser estruturadas, a exemplo da terceirização, cuja dinâmica recente do ponto de vista histórico-social está presente inclusive nas autarquias brasileiras. Dentre elas, se encontra a Universidade Federal da Paraíba (UFPB), a qual conta com um grupo de pessoas contratadas de forma terceirizada, apresentando funções como segurança e limpeza do estabelecimento. Todavia, há uma problemática inerente à terceirização, cujo ponto central se respalda na invisibilidade desses trabalhadores, os quais são ignorados diante dos fatos e fundamentos jurídicos que expor-se-ão neste presente artigo, sofrendo certa marginalização.

Aqueles que habitualmente frequentam a Universidade Federal da Paraíba são inclinados pela pressão social e a visão estereotipada da superioridade como pessoa em relação à outra, ela sistemática da terceirização, a objetificar essas pessoas, conseqüentemente tratando-se de uma lógica de esquecimento do “outro” em detrimento do “eu”. Em observação casuística, nota-se que um fundamento para moldar o cenário de invisibilidade desse grupo é a própria dinâmica social da terceirização capitalista ao estabelecer uma verticalização do trabalho formal, diferente das comunidades mais primitivas, marcadas pela horizontalização. Isto posto, disserta-se que a pirâmide de hierarquização dentro do quadro terceirizado focaliza desproporcionalmente o reconhecimento daqueles que estão trabalhando na universidade.

Nessa ótica, tende-se a valorizar o professor, o qual é tido como um mestre ou doutor dos conhecimentos técnicos e científicos, enquanto os guardas de segurança ou as auxiliares de limpeza, por exemplo, exercem uma atividade considerada um serviço trivial, de tal modo que o cenário se revela como um jogo de poder no mundo do capital terceirizado: aquele que mais pode agregar no meu conhecimento deve ser mais respeitado, de modo que a terceirização no capitalismo desarrazoadamente ilumina quem mais tem autoridade, e marginaliza quem menos pode contribuir com o “conhecimento”.

Ademais, é notória a discrepância entre a própria quantidade de funcionários terceirizados em comparação com os servidores fixos da Universidade Federal da Paraíba, sendo esse último um total de 7.037 pessoas civis em exercício ativo, contra apenas 643 pessoas sujeitas ao contrato administrativo firmado com a instituição. Assim, percebe-se que a quantidade de terceirizados não chega a representar nem 10% da quantidade dos servidores efetivos, os quais concentram a atenção do público que frequenta a Universidade Federal da Paraíba.

Como consequência, o esquecimento do grupo terceirizado se torna um fenômeno constante no contexto universitário, não só para questões da falta de reconhecimento do trabalho na convivência, mas principalmente relacionado aos recursos destinados para suas atividades, formando uma categoria de trabalhadores invisibilizados socialmente e juridicamente. Diante de tal prisma, ainda que tais tarefas sejam indispensáveis à sociedade, os terceirizados não são percebidos enquanto sujeitos, sofrendo uma certa despersonalização do ser, negligenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, em razão do capitalismo modernista sustentar as pessoas como meros objetos de trabalho.

A relevância social do trabalho exercido pelo grupo de funcionários terceirizados é indubitável, tendo em vista que são fundamentais para o bom funcionamento das atividades acadêmicas e a conseqüente maximização de sua produção. Apesar disso, há um descompasso no reconhecimento de tais atividades, acarretando a invisibilização e conseqüente vulnerabilidade dos trabalhadores a partir da desvalorização e desrespeito com as funções que exercem. Logo, esta pesquisa tem o propósito de analisar como se dá o processo de invisibilização social dos profissionais terceirizados da Universidade Federal da Paraíba, em especial os motivos que

provocam tal fenômeno a partir de uma pesquisa de campo no próprio *Campus* sede do centro universitário em questão. Por meio de pesquisas teóricas aliadas a entrevistas particulares dos discentes, servidores e terceirizados, utiliza-se do método indutivo para apurar uma análise geral do contexto social e jurídico desses trabalhadores.

2 CONCEITO DE INVISIBILIDADE SOCIAL

O conceito de invisibilidade social é uma construção teórica que permite ser edificado em diferentes esquemas de percepção. Existem hoje na sociedade três diferentes grupos, são eles: os imunizados, os demonizados e os invisíveis (Vieira, 2007, p. 42). Os primeiros são aqueles que o sistema costuma direcionar posições de privilégios, isto é, em uma sociedade com altos índices de desigualdade social, os mais poderosos são vistos e se sentem como superiores à lei, de maneira que possuem imunidade sobre suas ações. O segundo grupo está relacionado com a polarização extrema, na qual aqueles que possuem um posicionamento divergente, não são vistos apenas como opositores, mas como inimigos. E por último, o terceiro grupo é formado por aqueles cujas dores são invisibilizadas, de modo que encontram-se às margens da sociedade.

O grupo dos invisíveis formam maioria na sociedade brasileira, fazem parte de uma massa de corpos invisíveis perante a lei, o Estado e a vida, de forma que sua observância reside no limbo, na intercessão, entre o nada e o ninguém. Os invisibilizados estão presentes de forma esmagadora no cotidiano, desempenhando funções essenciais para manutenção da dinâmica de todos, contudo, na maior parte das vezes, são sempre ignorados ou até mesmo humilhados. Entender os motivos para a ocorrência desses processos não é uma tarefa fácil, sua origem e disseminação se mostra nas entranhas do corpo social, sobretudo, na sociedade brasileira, dada sua origem escravocrata e a necessidade constante de validação da sua baixa burguesia, como diferentes e superiores às pessoas de classes vistas como inferiores ou com trabalhos de baixa remuneração.

Tal invisibilidade dar-se-á por dois principais fenômenos psicossociais construídos historicamente, o primeiro é a humilhação social e, o segundo, a transformação em coisa. São muitos os relatos de discriminação e de invisibilidade social sofridos, principalmente, por trabalhadores que ocupam postos de trabalhos destinados a limpeza e manutenção. De maneira específica, na pesquisa realizada neste artigo, os trabalhadores alegam que muitas vezes se sentem objetificados, que as pessoas transitam entre eles, precisam do trabalho deles, mas que não os enxergam como pessoas, estão muito mais direcionados ou observados como obstáculos no meio do caminho. Esta concepção repercute em todo o seio social como uma consequência ao preconceito com a profissão que estas pessoas ocupam, ou ainda, por suas características pessoais, já que é formado, majoritariamente, por grupos costumeiramente vulnerabilizados, ou seja, mulheres, negros e pobres.

O filme “Que Horas Ela Volta?”, da diretora Anna Muylaert, conta a história de uma empregada doméstica vinda do Nordeste e que é extremamente invisibilizada e tratada como inferior dentro da casa de seus patrões, na qual ela morava e trabalhava, mostrando o quão abrangente esse fenômeno pode ser e evidenciando que ele acontecer principalmente com as pessoas mais pobres e mais carentes da sociedade, que prestam serviços que são subvalorizados no âmbito social.

A invisibilidade social é capaz de atingir diversos grupos de nossa sociedade, mesmo que ocorra de forma velada, ela é capaz de gerar desconforto, angústia e sofrimento na vida daqueles que sofrem diariamente com a sua condição de invisível. Excluídos e esquecidos, essas pessoas sofrem para ter seus direitos validados e para que sua participação na sociedade se dê de forma justa, o que interfere diretamente na sua própria identidade pessoal, como cidadão e como ser importante para a dinâmica social. Afinal, a sensação de inferioridade é presente de forma latente para aqueles que sofrem da invisibilidade social e pública.

As relações desequilibradas que formam a sociedade, marcando uma estratificação perversa, na qual o superior manda e o inferior obedece sem, aparentemente, questionar-se sobre. De forma que, faz-se interessante perceber, que o problema não está apenas na vida material, está longe de se tratar de ser um problema social meramente de natureza tática, a problemática da invisibilidade social está presente na construção cultural da sociedade, de modo que tange a forma com a qual a sociedade foi estruturada e como ela se comporta.

A problemática está contida, sobretudo, no imaginário das pessoas, sendo, também, um problema de conscientização, o que torna tudo muito mais complexo. De modo que, além de gerar impacto na vida daqueles que realizam a invisibilidade, instruindo-os para alterar sua postura, também é preciso conscientizar os invisibilizados de sua condição, dando relevo para a sua existência como ser fundamental na sociedade e com a iniciativa de uni-los para fomentar a busca dos seus direitos e da justiça social.

A desigualdade e a invisibilidade social é capaz de subverter o Estado de Direito, segregando pessoas, valorizando e demonizando outras, de modo que com tal conjectura não é possível que todos, apesar de ser defendido por este modelo de Estado, sejam detentores e sujeitos dotados de direitos (Vieira, 2007, p. 29). De maneira que precisa-se lançar os olhos, como responsabilidade pessoal de cada um, para aqueles que são invisibilizados, mas que estão próximos, presentes e são fundamentais rotineiramente. A invisibilidade social é capaz de perpetuar desigualdades e garantir a manutenção de uma sociedade hierarquizada, ao passo que necessita-se rever paradigmas e educar em busca de um corpo social mais justo em que todos participam e são vistos.

2.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

O vínculo terceirizado é enxergado por dois âmbitos jurídicos, o trabalhista e o administrativo. No primeiro, define-se que essa modalidade consiste na contratação, por parte de uma determinada empresa, do trabalho de prestadores de serviço para que as atividades-meio de outra empresa, que não seja a tomadora de serviços, sejam realizadas. Já o segundo ramo do Direito que faz uso desse conceito é referente à regulação da Administração Pública, tendo em vista que boa parte do serviço público faz uso da terceirização no máximo de atividades possíveis, determinando os procedimentos necessários, além de respectivas limitações, cautelas e responsabilidades, por se tratar de uma relação entre pessoas jurídicas com origem em diferentes ramos do Direito.

Nesse sentido, a doutrina define que o processo de terceirização presente nos serviços da Administração Pública é regulado primariamente pelo Direito Administrativo. No entanto, por se tratar de uma matéria intrinsecamente relacionada aos direitos sociais e os valores sociais do trabalho, é fundamental que os órgãos públicos observem as regulamentações da Justiça do Trabalho. Tal necessidade se dá como forma de garantir os princípios constitucionais, evitando que essa modalidade de contratação tenha como intuito fraudar a legislação e provocar insegurança jurídica pela tentativa de impedir o exercício de direitos fundamentais (Di Pietro, 2023, p. 338).

Diante da conjuntura, vale ressaltar a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a qual prevê a exclusividade do uso do processo de terceirização apenas para atividade-meio.

Súmula n.º 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho tempo-

rário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (Brasil, 2003).

Isso significa que os trabalhadores contratados de acordo com tal modalidade não podem exercer funções que tenham relação direta com o produto ou serviço final entregue à sociedade. Portanto, é comum que esse vínculo trabalhista tenha o caráter de desempenhar funções de manutenção e logística, como limpeza, jardinagem, segurança, recepção e transporte. Como consequência do descumprimento de tal normativa jurisprudencial, tem-se a consideração do vínculo como empregatício, acarretando o exercício, por parte da tomadora de serviços, das responsabilidades, garantias e proteções previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

No entanto, a ADPF 324 (1) do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, veio de forma subsidiária apresentar um julgado que versa sobre a constitucionalidade da terceirização, desde que preenchidos certos requisitos.

Ementa: Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993). 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. 6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revo-

gada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. 7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”. 8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado (ADPF 324, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019).

Desta maneira, entende o STF que, seguindo o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, é constitucional a terceirização, uma vez que a contratante possui a responsabilidade de garantir os direitos humanos e trabalhistas do trabalhador subsidiariamente.

Além disso, cumpre destacar que com a Lei n.º 13.467/2017, a qual versa sobre a ampliação da contratação de serviço terceirizado, tanto na atividade meio como fim, não revogou nem alterou a Súmula 331 do TST. Lei essa que foi objeto da ADI 5685 em que foi julgada constitucional por 7 votos a 4, analisada principalmente pelo vértice da livre iniciativa para alegar sua constitucionalidade.

A doutrina do Direito estabelece que o principal problema da terceirização na Administração Pública consiste no fato dos seus funcionários serem regidos por normas administrativas, as quais divergem das trabalhistas. De tal modo, como os servidores públicos não apresentam vínculo empregatício com o ente ou o órgão público, não é possível ter esse reconhecimento como consequência do abuso da relação de terceirizados, como a presença de subordinação ou pessoalidade na relação entre tais profissionais e a instituição pública. Isso se deve em razão do trabalho dos servidores públicos ser submetido a uma normativa diferente, a Lei n.º 8.112/90, que consiste no próprio estatuto do servidor público, definindo o regime jurídico que estão subordinados. A única exceção de servidores que não se enquadram em tal regime são os contratados por tempo determinado com o intuito de atender necessidades específicas, como previsto no inciso IX do artigo 37 da Constituição (Di Pietro, 2023, p. 390).

No entanto, os órgãos públicos podem celebrar contratos com empresas, as quais mantêm vínculo empregatício com os seus funcionários, sendo tal acordo regulado pela lei de licitações de contratos da Administração Pública. Nesse sentido, a subordinação é caracterizada, no caso da terceirização no âmbito público, pela dependência jurídica do empregado ao empregador, o qual, por sua vez, exerce um poder de comando por organizar e controlar os fatores de produção, não sendo um elemento meramente técnico (Di Pietro, 2023, p. 393). É preciso apenas que o tomador de serviço tenha um poder disciplinar sobre os empregados da contratante, dirigindo seus serviços diretamente a eles, mesmo que a identidade do agente que efetua o trabalho lhe seja irrelevante por não se tratar de um contrato temporário e específico com caráter *institue personae*. A Administração Pública, portanto, não pode contratar o próprio funcionário, já que o vínculo contratual se dá com outra empresa que se encarrega de prestar serviços a terceiros.

Diante de tal perspectiva, juridicamente os trabalhadores terceirizados não podem ser considerados servidores públicos, enquadrando-se na figura conhecida como funcionário de fato, não podendo praticar atos administrativos, sendo estes inválidos ou sem efeitos jurídicos. Ademais, não podem ser considerados trabalhadores por contratação temporária, já que esses contratos são celebrados exclusivamente com pessoas físicas e não empresas que contratam

outras pessoas físicas.

Apesar disso, a Administração Pública não está isenta de se responsabilizar de forma civil, administrativa e penal pela própria celebração de contrato com as empresas, sujeitando-se à Lei de Improbidade Administrativa. Além dessa responsabilidade do Estado, há também a que incide em casos de danos causados por contratações irregulares, sendo objetiva e independente do agente causador, tendo em vista que, mesmo contratado ilicitamente, este é considerado público para fins de responsabilidade civil do Estado.

Portanto, é notório que o vínculo de trabalho dos terceirizados é extremamente frágil, em especial na Administração Pública. Algumas responsabilidades acabam sendo suprimidas, em razão da empresa celebrar contrato com entes de diferente natureza jurídica, portanto regido por outras normativas. Além disso, há uma relação de subordinação não só à empresa com a qual possuem vínculo empregatício, como também à tomadora de serviço, no caso a própria Administração Pública, dependendo da sua organização e controle dos fatores de produção. Nessa conjuntura, torna-se nítido que a forma como é organizada a estrutura do trabalho dos terceirizados favorece potencialmente o fenômeno social da invisibilidade, especificamente, na Universidade Federal da Paraíba em seu *Campus* sede, recorte de aprimoramento da pesquisa qualitativa.

3 MÉTODOS DE ANÁLISE DA PESQUISA QUALITATIVA

A metodologia utilizada é de suma importância para a devida compreensão do nexos causal entre as necessidades dos invisibilizados e a visão dos grupos frequentadores e utilizadores do espaço social da UFPB, sendo eles estudantes, professores e demais funcionários, além dos próprios trabalhadores terceirizados.

Esta busca por entender melhor a visão dos diferentes grupos em relação à notória invisibilidade dos terceirizados no *Campus* sede da universidade, sendo realizada uma pesquisa qualitativa, de forma que os dados coletados pudessem nortear a pesquisa para identificação dos maiores pontos de discussões deste problema. Tendo um enfoque mais prático, a pesquisa foi realizada de maneira empírica, buscando coletar os dados observáveis e mensuráveis, com o fito possibilitar o entendimento sobre a invisibilidade social dos trabalhadores terceirizados.

Após a análise bibliográfica, uma base para levantamento desses dados foi criada, assim como a maneira como essa pesquisa deveria ser realizada, buscando a realização de questionários diferentes para cada grupo entrevistado, de acordo com a realidade de cada um, sendo de suma importância essa diferenciação para melhor compreensão dos resultados obtidos e para uma percepção holística sobre a problemática em questão, sendo entrevistados 10 funcionários da UFPB, incluindo professores e do corpo técnico-administrativo, além de 10 alunos da instituição e 5 funcionários terceirizados, devido à grande dificuldade de conseguir permissão para entrevistar os terceirizados, trazendo as informações mais pertinentes das entrevistas realizadas.

Para alunos e funcionários da própria UFPB, as perguntas foram semelhantes, mas com certa diferenciação, indagando o quanto o trabalho dos terceirizados afeta a vida de cada um, a relação interpessoal que eles possuem com alguns desses trabalhadores, quais serviços são utilizados, se possuem o reconhecimento que merecem e questionando sobre a invisibilização deles.

Além disso, ao abordar alguns dos terceirizados, houve uma dificuldade para conseguir a realização das entrevistas, pois, muitas vezes por temer pelo seu emprego, não tinham interesse em participar das pesquisas e poder denunciar aquilo que porventura poderia estar irregular em sua situação de empregado, pois estão em constante fiscalização de seus trabalhos. Sendo assim, poucos se disponibilizaram para envolver-se na pesquisa, conseguindo poucos relatos,

sendo apenas anotadas as respostas para o questionário anteriormente formulado.

A Universidade Federal da Paraíba conta hoje com cerca de 7.037 funcionários terceirizados para atender toda sua extensão territorial e a quantidade de blocos e áreas comuns existentes na instituição, que em março de 2013 já contava com mais de 123 cursos de graduação, cerca de 35 mil alunos, incluindo graduação e pós-graduação e cerca de 6 mil funcionários distribuídos entre professores e técnicos-administrativos.

Dados esses que mostram o tamanho e a importância da UFPB no contexto do ensino paraibano, sendo necessário milhares de funcionários terceirizados para conseguir abranger toda a área da instituição e que contrasta de forma perceptível com a quantidade ínfima de trabalhadores que se disponibilizaram para conceder entrevista, visto o temor pelos seus empregos e a constante vigilância de seus superiores que a todo momento estão analisando se as atividades estão sendo realizadas de forma correta, destacando que, se eles fossem vistos, pelo seus supervisores, fora de suas atividades fornecendo informações sobre as dificuldades enfrentadas pelos terceirizados

Destarte, a maneira utilizada para entendimento desta pesquisa a respeito do problema em questão é de realizar uma pesquisa empírica de maneira qualitativa, para que, ao colocar o participante em reflexão após o questionário ser respondido, as análises corporais e comportamentais durante a obtenção das respostas daqueles que se dispuseram a participar, para que pudessem fornecer com clareza os resultados para as hipóteses anteriormente formuladas dos motivos para o agravamento da invisibilização dos terceirizados no âmbito da UFPB.

4 RESULTADOS

Em consonância com a metodologia utilizada, os resultados foram os esperados, uma vez que ao analisar as respostas e a negativa de participação por alguns terceirizados, restou clara a necessidade de intervir e mostrar a real importância dessas pessoas tão importantes para o bom funcionamento da instituição. Esses dados, apesar de coletados individualmente, foram agrupados consoante esse critério da função social exercida dentro do ambiente universitário.

Nesse sentido, o primeiro grupo a ser mencionado consiste no dos estudantes, os quais apresentaram uma maior disponibilidade para falar sobre a temática, apesar do pouco conteúdo agregado. Assim, foram recolhidos dados de entrevistas de dois estudantes do curso de Direito, duas estudantes do curso de Ciências Sociais e duas estudantes do curso de Psicopedagogia. Diante das perguntas realizadas, o resultado para as perguntas sobre cordialidade, enfrentamento de dificuldades, questão de reconhecimento e respeito ao trabalho foram unânimes. Por tal, os entrevistados declararam cumprimentar os terceirizados e ser cordiais com eles, além de que nunca enfrentaram intempéries relacionadas diretamente com a própria função desempenhada, mesmo entendendo o reconhecimento como incompatível e um forte desrespeito por esses trabalhos. Ademais, todos afirmaram que o serviço comumente exercido por terceirizados de manutenção, limpeza e segurança são realizados de forma completa e eficiente, mesmo que não sejam utilizados diretamente por eles, enxergam-os como de alto impacto e essencial para a qualidade de vida na universidade.

Partindo para um espectro particular, o primeiro entrevistado discente, estudante do curso de Direito há um ano, afirmou que, apesar de sempre cumprimentar esses trabalhadores, nunca teve a oportunidade de conversar com eles e não os reconheceria em uma circunstância fora da universidade. Já o segundo entrevistado discente, estudante também do curso de Direito há 6 meses, alegou que não conhece nenhum dos trabalhadores terceirizados e que possivelmente, em uma situação de encontrá-los fora da universidade, reconheceria os rostos apenas de alguns dos que realizam suas funções no Centro de Ciências Jurídicas, onde estuda. Apesar disso, o estudante relatou que já ouviu de uma trabalhadora terceirizada que ela se sente invisível dentro do centro que trabalha, achando que se trata de uma questão de elitismo dos estudantes

do curso de Direito.

Por outro lado, as estudantes do curso de Ciências Sociais têm apenas 2 meses de vivência na universidade e relataram que não conhecem os trabalhadores terceirizados pessoalmente, apesar da terceira entrevistada discente ter afirmado que conseguiria identificá-los em outro contexto por apresentar boa memória fotográfica. Ela ainda acrescentou que muitas pessoas passam por esses trabalhadores e não fazem o mínimo da educação de cumprimentar e que a causa dessa invisibilidade está relacionada ao serviço em si. Para desenvolver seu argumento, explicou que outros cargos são vistos com mais respeito, como os professores, mas a limpeza é considerada quase insignificante, as pessoas só consideram para levantar pontos negativos como a existência de sujeira e bagunça, quando muitas vezes estão atrelados ao próprio comportamento dos estudantes. Ela concluiu sua entrevista alegando que existe ainda uma certa consciência, dentre as pessoas que frequentam a universidade, de respeitar o trabalho dos terceirizados, de forma que imagina não ocorrer situações tão drásticas. Para ela, uma possível solução consistiria em trazer uma forma de ampliar a visibilidade desses trabalhadores, tendo em vista que são pessoas como as outras, o reitor, professor, estudante, os quais têm tanto direito de serem respeitados e vistos. Já para a quarta entrevistada discente, outra futura cientista social, a problemática da invisibilidade não é individual, mas de conscientização para não realizar uma hierarquia de cargos.

Concluindo o bloco dos estudantes, ressaltamos o que foi considerado pela quinta entrevistada discente, estudante do curso de psicopedagogia há um ano e meio, a qual declarou que acredita existir, na Universidade, um grande desrespeito pelo patrimônio público, o que dificulta os trabalhadores encarregados da manutenção. Além disso, afirmou conhecer os terceirizados de alguma forma, que executam suas atividades no Centro de Educação, chegando a estabelecer uma conversa razoável quando ocorre de sentir uma confiança no diálogo, apesar de acreditar não consistir em um relacionamento frequente no *Campus*. Dentre as razões apontadas pela entrevistada, a invisibilidade se dá por um processo da sociedade, de não observar essas pessoas que estão fazendo um serviço considerado de menor relevância, criando um ambiente de superioridade e menosprezo. Já a sua colega, a sexta entrevistada discente, acredita que os terceirizados passam despercebidos por se tratar de um trabalho menos reconhecido e solicitado, apesar de concordar com a superioridade e um certo grau de elitismo existente dentro do ambiente universitário.

O segundo grupo entrevistado foram os servidores públicos da Universidade Federal da Paraíba, especificamente os professores. Assim, a primeira entrevistada docente, a qual alegou que os serviços terceirizados são muito eficientes, sobretudo os de portaria e limpeza, que são os que ela mais utiliza. Afirmou nunca ter enfrentado dificuldade alguma, é sempre cordial e conhece alguns desses trabalhadores, até porque eles se mantêm no centro. A professora afirmou que tais serviços possuem reais impactos principalmente na manutenção da infraestrutura, pela natureza de constância do serviço. Em geral, consoante a entrevistada, os terceirizados não têm o reconhecimento que merecem, além de que a grande questão da terceirização envolve o fato deles não se sentirem trabalhando para um empregador como a universidade. Dessa forma, acabam sendo invisibilizados por não comporem o real quadro da universidade, sendo uma possível solução medidas de maior integração com os outros funcionários da instituição.

Dando prosseguimento às entrevistas, a segunda entrevistada docente, declarou que os terceirizados realizam serviços essenciais, sendo o tipo de serviço a universidade simplesmente não funcionaria sem eles. Apresentou ser curioso que do ponto de vista social são serviços fundamentais, mas, em contrapartida, é a típica profissão mais invisibilizada e mais mal paga que temos no *Campus* sede, com menos direitos e submetidas a todo tipo de autoritarismo. Afirmou que muitas pessoas dizem que devem ser remuneradas de acordo com a importância social do que é executado, e que, se fosse assim, os trabalhadores ligados às atividades de manutenção e limpeza deveriam ser as que mais recebem. Apesar de nunca ter enfrentado dificuldades com

esses serviços, a entrevistada denunciou que o maior problema é pelo fato da própria terceirização do trabalho, porque são contratos muitos disputados, envolvendo muito dinheiro, além de provocar uma rotatividade nas pessoas selecionadas, ocorrendo uma quebra de relação entre os terceirizados e professores e estudantes, sendo colocados como uma categoria à parte. Assim, a professora retomou que as funções hoje terceirizadas, eram de servidores públicos, havendo ainda um sentimento de pertencimento, realidade alterada com a década de 90, a partir de políticas neoliberalistas de retirada de direitos.

Para tratar dos motivos das relações hierarquizadas percebidas diante dos trabalhadores na universidade, a segunda entrevistada docente mencionou o argumento da falta de qualificação o qual ela discorda por acreditar que a construção das hierarquias se dá por vários elementos como a família, tipo de educação, valores e atos. Além disso, ela ressaltou o tratamento super explorado, mal pago e com poucos direitos dados aos terceirizados, salientando o exemplo de que, na pandemia, foram esses trabalhadores que mais se arriscaram. Portanto, ela conclui que o preconceito surge como uma justificativa para as pessoas tratarem da situação como algo biológico e não socialmente construído, como de fato é. Quanto à relação dos estudantes, afirmou que a sociedade brasileira tem uma tradição escravagista muito forte e isso está muito presente na pequena burguesia, que consiste na maior parte de quem frequenta a Universidade, mostrando da nossa formação social e o tratamento dado aos terceirizados é um reflexo de tal contexto. Consoante a professora, enquanto não superarmos a base agrária do país e desenvolver a área industrial, essas questões vão permanecer, uma vez que a maneira dessa camada social, da pequena burguesia, diferenciar-se é uma forma de justificar seus privilégios.

Por isso, tendo em vista que atuam forças muito desagregadoras dentro da universidade e os servidores e os funcionários não se reconhecem como trabalhadores parte de uma atividade coletiva e conjunta, é necessário lutar por uma unificação. De acordo com a docente, essa separação favorece o próprio enfraquecimento enquanto funcionários, já que todas as hierarquias sociais fragilizam a comunicação. Portanto, primeiro deve ser realizada uma organização interna dos terceirizados, a qual é difícil até para formar sindicatos pelo vínculo empregatício frágil. Além disso, é de responsabilidade dos trabalhadores com vínculo mais forte incluir as pessoas nas reivindicações, entendendo que essas pessoas fazem parte da grande maioria da população brasileira, e se a universidade quer ter influência na sociedade, tem que enxergá-las.

Para concluir o bloco de entrevistas com os professores, o terceiro entrevistado docente afirmou que eles mantêm o nosso prédio em condições que permitem você encontrar ambientes limpos e arejados, próprios para o ambiente de ensino e aprendizado e que também mantêm as áreas comuns limpas e organizadas e que permitem os encontros e os abraços, mostrando assim que são de suma importância para o dia a dia no bloco CCJ (Centro de Ciências Jurídicas), assim como afirmou que eles não costumam ter o reconhecimento que merecem, pois são sempre invisibilizados em seu local de trabalho, afirmando, inclusive, que ao encontrar alguém que trabalha nesse contexto fora de sua farda, você não a reconhece, criando uma questão de que a farda que dá a identidade, é também um manto de invisibilidade, reconhecendo a pessoa apenas quando fardada, algo que não acontecesse apenas na UFPB, mas com pessoas que trabalham com limpeza de uma maneira geral nos diversos locais.

Desta maneira, o professor falou bastante sobre o quanto é imprescindível a presença deles no ambiente de ensino, alegando que tem a sensação de um prédio cuidado para acolher alunos e professores para um ambiente de aprendizagem, tendo sempre a impressão de que o prédio está à espera dos alunos, pois está, a todo momento, bem cuidado pelos terceirizados e finaliza a sua participação.

Por fim, a busca de entrevista com os trabalhadores terceirizados se mostrou com diversos empecilhos, em especial pelo medo de denunciar a sua realidade e acabar tendo como consequência alguns prejuízos em seu vínculo empregatício frágil. Assim, conseguimos entrar em contato com apenas três trabalhadores terceirizados, os quais preferiram não se identificar e

não informaram muitos detalhes.

Neste sentido, cumpre destacar que os terceirizados são divididos em quatro grandes grupos de trabalhadores dentro da UFPB, e são eles a manutenção predial, a limpeza e o apoio administrativo, a condução de veículos e a vigilância e portaria.

O primeiro entrevistado terceirizado a entrarmos em contato exerce a função de motorista, e trabalha na universidade há 12 anos. No primeiro momento, ele explicou o que é ser terceirizado e como conseguiu um emprego como terceirizado no ramo, ele descreveu em seguida que sua principal função era de viajar com professores, alunos e funcionários para locais dentro da universidade e fora. O seu trabalho é determinado por meio de uma escala diária, na qual é definido os horários e as rotas que precisam ser cumpridas. A dificuldade que ele cita sobre seu trabalho é o trânsito intenso, de forma que ele não tem nenhuma dificuldade com a universidade, nem com a empresa que trabalha. Ele afirmou que conhece todos os funcionários que trabalham na mesma empresa, que tem uma ótima troca com os estudantes e com os professores. Por fim, ele afirma que os funcionários e os estudantes são sempre muito cordiais, cumprimentam e dialogam com frequência.

Já o segundo entrevistado terceirizado executa seu ofício como porteiro e recepcionista do bloco de pós-graduação. Ele relatou que, além da função principal, ajuda todos que o procuram na medida que consegue, já que tem alguns conhecimentos relacionados à área tecnológica por cursar uma graduação na área. O recepcionista afirmou que não tem dificuldade técnica de realizar seu ofício, mas reconheceu que é necessário desenvolver habilidades para conseguir conviver de forma amistosa, já que a forma de lidar com pessoas nesse ofício exige uma postura mediadora. Explicou também que não teve nenhum problema com a instituição em si, apesar de ver alguns problemas com a universidade que os estudantes também enxergam, como a falta de água e a baixa qualidade da *Internet*.

Acerca do relacionamento com os estudantes e professores, o recepcionista relatou que todos passam e falam. Foi o seu primeiro emprego e ficou um pouco cismado, com medo de como os outros o tratariam, mas teve uma experiência boa de conhecer quase todos os estudantes da pós-graduação e de ser tratado com igualdade por outros funcionários, mesmo que já tenha enfrentado professores que desejavam obter "tudo na hora" e que alguns estudantes de fato não o cumprimentam. No entanto, o entrevistado afirmou entender que cada um tem a sua realidade de timidez e de história pessoal, não enxergando como uma tentativa de invisibilização. Quando questionado se já presenciou alguma atitude desrespeitosa, disse que não viu, mas já ouviu relato de pessoas que lidaram com problema na questão da limpeza, uma vez que os universitários sujam o banheiro e reclamam que os trabalhadores não limpam, tendo que limpar novamente sem reclamar, consistindo em um grande desrespeito ao trabalho dessas pessoas porque "tem quem faça", consoante o entrevistado. Ele sabe da existência de diversos atritos, os quais prefere se abster, como ocorreu em uma situação em que alguém da recepção apresentava atitudes prepotentes com outros funcionários também terceirizados, preferindo não se intrometer para não causar mais confusão.

Ao falar de sua rotina, afirmou ser muito carregada, já que tem uma jornada de trabalho de quase 9 horas, além de fazer uma graduação à noite. O recepcionista diz que tenta manter uma rotina com uma boa qualidade de vida, mas é sempre muito difícil. Apesar disso, afirma estar realizado na função que desempenha até porque gosta de ajudar no que pode, evitando, contudo, deixar os outros tirarem vantagem de seu serviço. Para solucionar os problemas apresentados quanto ao relacionamento entre os terceirizados e aqueles que se utilizam de seus serviços, o recepcionista apontou medidas com o caráter de conscientização de que os cargos não dão o direito de diferenciação, porque somos todos seres humanos.

Por fim, a terceira entrevistada terceirizada a dar seu depoimento é auxiliar de serviços, trabalhando especialmente com a limpeza dos blocos. Ao ser entrevistada, brincou que ser terceirizada significa trabalhar demais, afirmando também que seu trabalho não é valorizado

da forma que precisa. Disse que tinha suas funções fixas de limpar os corredores no bloco de Central de Aulas, mas que às vezes não tinha material suficiente para realizá-las. Apesar disso, tem uma relação tranquila com a empresa e nunca teve problema com a UFPB. Por outro lado, constatou que não conhece muitos funcionários servidores da universidade e não tem muito contato com os estudantes, já que nem todos dão bom dia, alegando que só uns 20% dos estudantes são cordiais, mesmo não tendo presenciado desrespeito algum. Alegou que, na maioria do tempo, ela está trabalhando na universidade, não tendo uma vida muito equilibrada. Como solução para melhorar suas condições de trabalho, disse que é essencial designar mais funcionários para trabalhar em seu setor porque está ficando cada vez mais atarefado.

5 INVISIBILIDADE E TERCEIRIZAÇÃO

Ao entrar em contato com os trabalhadores terceirizados, com os docentes, com estudantes da UFPB, no *Campus* sede, e com todo o apanhado teórico jurídico para o desenvolvimento deste artigo, percebe-se que a problemática da invisibilidade aos trabalhadores terceirizados é resultado de um conjunto de fatores sociais e jurídicos que fragilizam as relações que estes profissionais estão envolvidos. Ao passo que estão alicerçados em uma estrutura capaz de marginalizar suas necessidades e direitos, fruto de uma construção coletiva arraigada de preconceitos e de relações trabalhistas fragmentadas responsáveis por subverter o Estado de Direito e previsões constitucionais ao desenvolver desigualdades e prejudicar sua unificação.

Ao longo das pesquisas, vale salientar que os terceirizados não alegaram tão somente ausência de materialidade objetiva ou de recursos para a execução de suas atividades laborais, mas de percepção social sobre sua importância naquele ambiente, sobre a constante invisibilidade que sofrem, ao passo que se equivalem a um objeto ou obstáculo no meio da calçada e corredores da Universidade. O que colabora com a posição de ser uma construção social potencializada pelo tratamento exploratório, submetido por sua profissão, de modo que as bases formadoras da sociedade moderna brasileira permite que seus entes permaneçam enclausurados em suas próprias convicções e realidades, com um claro déficit de conscientização e compromisso social, o que se reflete no ambiente acadêmico em destaque. Não permitindo observar, portanto, as relações pessoais que deveriam interconectar os grupos presentes na universidade, e sobretudo, o esforço invisível dos trabalhadores terceirizados.

A problemática da invisibilidade dos trabalhadores terceirizados na Universidade no que tange a sua perspectiva jurídica no ramo da Administração pública, consoante ao que foi apresentado pela doutrina e pela pesquisa qualitativa, consiste no conteúdo da normatização administrativa que os rege e os difere das normas trabalhistas, sendo estas pautadas na valorização do trabalhador. De forma que tal condição os direciona em um certo lugar de insegurança e vulnerabilidade, tendo em vista que não é possível reconhecer a autoridade direta sobre a execução do seu trabalho, de maneira que apresenta camadas de controle sobre aquilo que desenvolve, em um vínculo empregatício frágil que não os caracteriza como servidores públicos e não permite pessoalidade na relação entre tais trabalhadores e a instituição pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto, diante dos fatos e fundamentos descritos anteriormente, assevera-se que a problemática da invisibilidade dos trabalhadores terceirizados da Universidade Federal da Paraíba apresenta diversas raízes. Estas não partem apenas de movimentações históricas, haja vista que a própria construção da sociedade brasileira se alicerçou em uma lógica hierarquizada, de tal modo a estimular a desigualdade social como parâmetro de funcionamento, como também aspectos jurídicos. Isso porque, a própria estrutura normativa da legislação brasileira corrobora com a perpetuação da objetificação desses trabalhadores, a exemplo das incompatibilidades

entre as normas administrativas vigentes e os princípios sociais trabalhistas supramencionados.

Além disso, menciona-se que o cenário descrito mostra um desafio não só teórico, mas também, prático, cujas nuances contêm espeque em pesquisas qualitativas com alunos, servidores públicos e terceirizados da UFPB. De tal modo que se observa um lastro documental robusto, pois o trabalho realizado explorou a vivência – prática – da sociedade universitária, e, conseqüentemente, possibilita-se concluir que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está sendo transgredido no cotidiano dos terceirizados da Universidade Federal da Paraíba, os quais são humilhados, discriminados e colocados às margens do convívio humano.

Logo, conclui-se a necessidade de mudança na consciência social das pessoas, no intuito que os terceirizados não sejam vistos como obstáculos, empecilhos, ou, no pior dos cenários: não vistos – tidos por invisíveis, de tal modo a conservar o Estado de Direito. Outrossim, nota-se ser preciso uma reforma das normas de Direito Administrativo, no fito de harmonizar os princípios sociais trabalhistas com as regras administrativas, de proporção a gerar um cenário de reconhecimento dos terceirizados da UFPB com a própria Instituição Federal e seus frequentadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República [2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2022.

_____. **Decreto-Lei n.º 5452, de 1 de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14 fev. 2024.

_____. **Lei n.º 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 14 fev. 2024.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 331**. Contrato de prestação de serviço. Legalidade. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2011]. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 14 fev. 2024.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência. Página de despesas públicas. **Detalhamento da despesa pública**. Disponível em: <<https://portaldatransparencia.gov.br/despesas/orgao/consulta?de=01/01/2024&ate=31/01/2024&orgaos=OR26240&ordenarPor=grupoDespesa&direcao=asc>>. Acesso em: 9 mar. 2024.

_____. Portal da Transparência. Página de Órgãos Governamentais Superiores. **Despesas do órgão**: execução orçamentária e financeira. Disponível em: <<https://portaldatransparencia.gov.br/orgaos/26240-universidade-federal-da-paraiba>>. Acesso em: 9 mar. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023, 1128 p. 388-393.

LENCIONI, Caio. Profissões invisíveis: como é não ser enxergado pela sociedade. Observatório terceiro setor. **Observatório do Terceiro Setor** [S.l.], 8 ago. 2018. Disponível em: <<https://>>

observatorio3setor.org.br/carrossel/profissoes-invisiveis-como-e-nao-ser-enxergado-pela-sociedade/>. Acesso em: 20 set. 2023.

NASCIMENTO, J. C. P. do. A INVISIBILIDADE PÚBLICA E SOCIAL DOS TRABALHADORES: UMA REVISÃO DA LITERATURA SOBRE TRABALHOS INVISÍVEIS NA SOCIEDADE. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 8, n. 12, p. 149–160, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i12.8019. Disponível em: <<https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/8019>>. Acesso em: 20 set. 2023.

NUNES, Cauê. Invisibilidade social dos trabalhadores. **Ciência e Cultura**, São Paulo, vol. 59 n.3, p. 8-9, jul./set. 2007. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252007000300004>. Acesso em: 20 set. 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA. Superintendência de Serviços Gerais. Página inicial. Relatório de gestão. Disponível em: <<https://www.ufpb.br/ssg/contents/relatorio-de-gestao-ssg-2023.pdf>>. Acesso em: 9 mar. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 29-51, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/18794>>. Acesso em: 19 set. 2023.

ASSÉDIO MORAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TST: LIMITES ENTRE A (DES)REGULAMENTAÇÃO LEGAL E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

MORAL HARASSMENT IN THE JURISPRUDENCE OF THE TST: LIMITS BETWEEN LEGAL (DE)REGULATION AND THE APPLICATION OF PRINCIPLES CONSTITUTIONAL

Anderson Henrique Vieira

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Mestre em Planejamento e Dinâmicas Territoriais no Semiárido pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e professor substituto (UFCG).

Bruna Érica Dantas Pereira Diógenes

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Herbert Ryan Rodrigues dos Santos

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Lívia Oliveira Almeida

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Pedro Lucas Formiga de Almeida

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Resumo: O avanço do neoconstitucionalismo, especialmente após o fim do século XX, conferiu aos princípios constitucionais importante papel na resolução dos conflitos jurídicos, sobretudo diante da ausência de regulamentação legal. Esse é o caso do assédio moral, que, a partir do contexto neoliberal associado aos instrumentos tecnológicos, ganha relevância no cenário jurídico nacional. Devido à ausência de um corpo legislativo autônomo e específico que o tutela, permite-se ao judiciário recorrer aos princípios constitucionais para oferecer reparação ao alto número de demandas recebidas, nas quais a introdução desses aspectos axiológicos fundamenta a validade do ordenamento jurídico e contribui para a garantia dos direitos fundamentais. Nesse sentido, questiona-se: na ausência de regulamentação legal específica acerca do assédio moral no âmbito do trabalho, os princípios constitucionais representam marcadores importantes na prolação de acórdãos no âmbito do TST? Assim, o objetivo geral do artigo é analisar a utilização dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a honra, a imagem e o bem-estar individual, nos acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho (TST) acerca do assédio moral, no intuito de auxiliar na identificação ou não de tais condutas. Como metodologia, foi utilizada a pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa. A principal conclusão indica que a aplicação dos princípios constitucionais, muito embora seja importante enquanto elemento de fundamentação nos acórdãos analisados, mostra-se como insuficiente, se utilizados de forma única, para coibir o assédio moral, sendo fundamental a regulamentação legal específica como auxílio na identificação e na caracterização do assédio moral no caso concreto e suas reverberações.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Assédio Moral. TST. Regulamentação.

Abstract: The advance of neoconstitutionalism, especially after the end of the twentieth century, gave constitutional principles an important role in the resolution of legal conflicts, mainly in the absence of legal regulation. This is the case of moral harassment, which, from the neoliberal context associated with technological instruments, it presents relevance in the national legal

scenario. Due to the absence of an autonomous and specific legislative device that protects it, the judiciary is allowed to resort to constitutional principles to offer reparation to the high number of demands received, in which the introduction of these axiological aspects grounds the validity of the legal system and contributes to the guarantee of fundamental rights. In this way, the question is: in the absence of specific legal regulation about moral harassment in the workplace, do constitutional principles represent important markers in the pronouncing of judgments within the scope of the TST? So, the objective of the article is to analyze the use of constitutional principles, such as the human dignity, honor, image and individual well-being, in the judgments of the Tribunal Superior do Trabalho (TST) about moral harassment, in order to assist in identifying or not such conduct. As a methodology, bibliographical research with a qualitative approach was used. The main conclusion indicates that the application of constitutional principles, although it is important as an element of reasoning in the judgments analyzed, show to be insufficient, if used in a single way, to restrain moral harassment, being fundamental the specific legal regulation as an aid in the identification and characterization of moral harassment in the concrete case and its reverberations.

Keywords: Constitutional Principles. Moral Harassment. TST. Regulation.

Sumário: 1 Introdução – 2 Os princípios e neoconstitucionalismo: notas conceituais; 2.1 Neoconstitucionalismo: introdução principiológica; 2.2 Haberle e ampliação dos atores na interpretação do ordenamento jurídico; 2.3 Valores e força normativa: princípios jurídicos – 3 Assédio moral e amparo legal – 4 Princípios como instrumentos de suporte para a identificação do assédio moral na jurisprudência do TST; 4.1 Quantitativo de princípios utilizados como argumento aos casos de assédio moral; 4.2 Utilização dos princípios no *quantum* indenizatório – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O termo trabalho surge do latim *tripalium*, nome dado a um instrumento constituído por três estacas de madeira utilizado na Antiguidade pelos romanos para torturar escravos e homens livres que não podiam pagar impostos. A partir disso, o sentido do termo se encontra associado a aspectos pejorativos na história ocidental, com a agravante de ser identificado como uma atividade exercida por escravos ou pelos grupos vulneráveis da sociedade. A valorização do homem livre se dava a partir da sua possibilidade de exercer o ócio criativo, para os gregos, enquanto o trabalho manual era desprezado. Esse cenário prosseguiu para a Idade Média, e a percepção acerca do trabalho só adquiriu aspectos positivos durante o Renascimento através da expansão do Calvinismo, que orienta a criação de uma ética favorável ao lucro, ao trabalho árduo e ao enriquecimento pessoal de modo a sinalizar a predestinação.

Entretanto, com as transformações da Revolução Industrial, baixos salários, jornadas exaustivas de trabalho, acidentes e relações desiguais entre os donos dos meios de produção e os operários em condições precárias, fez surgir um novo contexto pejorativo ao trabalho, dando espaço para abusos, como o assédio moral. Apesar de diversos direitos terem sido conquistados ao longo da história, em especial, graças aos movimentos sociais, a exploração capitalista assume uma nova roupagem com o neoliberalismo e os interesses do capital, através de justificativas que objetivam reduzir suas garantias mediante a introdução de formas sutis de exploração, resultando no assédio moral. Os aspectos simbólicos que configuram o assédio moral dificultam seu reconhecimento e demonstram a necessidade de regulamentação específica, a fim de assegurar a dignidade do trabalhador.

Diante desse cenário, percebe-se que, no Direito, o uso dos princípios favorece o combate aos conflitos jurídicos existentes no país. Dessa forma, ao trazer esse aspecto, predominante-

mente axiológico, o judiciário pode dar maior relevância em seus julgados aos valores intrínsecos pertencentes aos direitos e garantias fundamentais. No caso do assédio moral no trabalho, é perceptível a questão do dano moral, em que valores como honra, imagem e dignidade aparecem como imprescindíveis na análise do caso concreto. A partir disso, surge o seguinte questionamento: na ausência de regulamentação legal específica acerca do assédio moral no âmbito do trabalho, os princípios constitucionais representam marcadores importantes na prolação de acórdãos no âmbito do TST? Desse modo, o artigo tem como objetivo analisar a influência dos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, da imagem e da honra, da segurança física e psíquica, da razoabilidade e da proporcionalidade, na formulação dos acórdãos do TST diante dos casos de assédio moral, tendo em vista a inexistência de legislação unificada sobre a temática.

Para trazer possíveis respostas ao questionamento proposto pela pergunta de pesquisa, realizou-se uma análise jurisprudencial de 59 acórdãos no banco de decisões do Tribunal Superior do Trabalho, disponível em seu sítio eletrônico, no qual o resultado da busca pelo termo é ordenado automaticamente pelo sistema do TST. Apenas acórdãos foram considerados na pesquisa. Essa escolha se deu pela necessidade de construir análises seguras, tendo em vista que os acórdãos representam decisões colegiadas, o que reduz a possibilidade de eventuais parcialidades nos discursos em questão. Por conseguinte, como critério de inclusão/exclusão, foi estabelecido o filtro do termo chave “Assédio Moral” no buscador do TST, no dispositivo do acórdão e, posteriormente, de forma manual, o termo “princípios” no inteiro teor dos acórdãos, de forma cumulativa.

A análise se deu de forma sistemática em relação ao conteúdo dos acórdãos sobre assédio moral e a utilização dos princípios como apoio aos argumentos de identificação e recusa das práticas abusivas, a partir do auxílio dos métodos hermenêutico e dedutivo, a fim de ressaltar os possíveis impactos ao ordenamento jurídico brasileiro.

Os dados que foram usados para permitir o levantamento foram: I) Número do processo; II) Datas; III) Conteúdo referente à utilização dos princípios constitucionais nos julgados sobre assédio moral. No que se refere à delimitação temporal, foram considerados os anos de 2021 e 2022, tendo em vista a recorrência da temática nos últimos anos.

Esse protocolo de pesquisa permitiu a elaboração de um banco de dados contendo 59 acórdãos, cujos conteúdos analisados dos entendimentos se deram em 28 deles. Os critérios adotados para a pesquisa foram estabelecidos de acordo com: a) identificação e quantificação dos princípios; b) os princípios como argumentos do reconhecimento/não reconhecimento do assédio moral; c) divergência entre os tribunais regionais e superior (TRT e TST) e d) utilização dos princípios na definição do valor indenizatório. Estes dados serão condensados em tabelas para melhor compreensão do leitor.

A metodologia está amparada em uma pesquisa quali-quantitativa, hermenêutica e exploratória, a fim de proporcionar maior compreensão acerca do objeto de estudo. Utilizou-se, ainda, pesquisa bibliográfica, com livros e artigos, tendo como principais conceitos as teorias de Habermas (2002), Hart (2005), Dworkin (2007, 2011) e Reale (1994).

O artigo está estruturado, além desta introdução, da seguinte forma: no tópico 2, é feita uma abordagem principiológica a partir da ótica do neoconstitucionalismo, com foco nos valores e sua força normativa; no tópico 3, trata-se da conceituação e requisitos do assédio moral, assim como o seu amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro; o tópico 4 traz as considerações acerca dos acórdãos analisados, explicitando os dados por meio de tabelas com os instrumentos valorativos utilizados para combater o assédio moral no trabalho; e, por último, no tópico 5, são feitas algumas considerações finais acerca da temática deste artigo.

2 OS PRINCÍPIOS E O NEOCONSTITUCIONALISMO: NOTAS CONCEITUAIS

Os valores podem ser definidos a partir da conceituação estabelecida pelos seres humanos a um dado fato, que varia conforme espaço, data e cultura. Apesar dos valores representarem meras construções utópicas e idealistas, também são detentores de caráter coercitivo pela sua presença no âmbito da consciência do ser humano. Assim, Reale (1994, p. 125) expõe que “a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas”.

Apresenta como responsabilidade vincular “de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam” (Carraza, 2002, p. 33). Essa vinculação de entendimentos expõe seu alto grau de abstração e seu papel na integração e interpretação normativa. Isso é possível pois as normas, eventualmente, podem portar lacunas, as quais poderão ser suprimidas através da utilização dos princípios, a partir da integração. Além disso, são cruciais na função interpretativa, pois reduzem a discricionariedade, limitando a subjetividade do legislador (Rothenburg, 2003). Portanto: “[...] os princípios exercem função relevante dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais” (Siqueira Júnior, 2004, p. 161-162).

Todas essas possibilidades estão viabilizadas no art. 4º da LINDB (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), no intuito de impedir a invocação do *non liquet*, que se configura em deixar de julgar caso em que pela subsunção, não há solução, seja pela legislação possuir lacuna, seja por ter algum tipo de omissão. Assim, o enunciado do dispositivo da LINDB (Brasil, 2010) é bem claro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

Dito isso, pode-se afirmar que “os princípios foram reconhecidos como verdadeiras normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata” (Barroso; Barcellos, 2003, p. 149) por refletirem aquilo de mais relevante em uma sociedade, sendo, assim, uma “norma jurídica qualificada” (Carraza, 2002, p. 41), que passa a compor o cenário jurídico em face das demandas que reacenderam a necessidade por novos formatos em tentar entender o Direito, além dos aspectos meramente dogmáticos ou metafísicos.

Isso porque, ao longo da Idade Contemporânea, observa-se que, com os eventos do pós 1ª Guerra Mundial, o iluminismo defendido no surgimento dessa Era havia se esvaído. O mundo assistiu à ascensão de uma nova guerra, à crescente onda de refugiados e ao nazismo. Até então, o positivismo era muito utilizado, pois sua “pureza” se configurava como fator da efetiva segurança jurídica. No entanto, a partir de tais acontecimentos, ficou nítido o quanto um ordenamento amparado apenas em regras poderia justificar atrocidades, conforme Arendt (1999) sugere com o conceito de banalidade do mal, demonstrando o oposto de uma racionalidade defendida à época. Assim, vê-se a necessidade de reconhecer os valores e a moral como fonte do direito, possibilitando o surgimento do neoconstitucionalismo e, a partir disso, a introdução de princípios no ordenamento jurídico, conforme será demonstrado a seguir.

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO: INTRODUÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA

O neoconstitucionalismo surge pela necessidade de reformar o ordenamento jurídico até então vigente, definindo a Constituição como o elemento mais importante do sistema, além de reconhecer sua força normativa (Hesse, 1991). Esse novo cenário (Delgado; Alves; Lima, 2022, p. 67):

[...] reaproxima o Direito dos valores morais, colocando o ser humano e a sua dignidade como o seu centro de órbita. Foi reforçado também o caráter prescritivo e teleológico do Direito, enquanto instrumento de emancipação do indivíduo, de transformação social e de mudança do “*status quo*”.

Ainda nesse âmbito de alterações, o ordenamento passou a ser composto de regras e princípios, ideal defendido por Ronald Dworkin (2011). Assim, instaurou-se um Estado Democrático de Direito com princípios codificados, possibilitando o exercício da hermenêutica constitucional, conforme dispõe Streck (2010, p. 81-82):

[...] agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. (...) A legalidade reclamada, neste caso, é uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional.

Assim, o autor critica o positivismo ao definir que o ordenamento é formado por princípios e regras, diferentemente do que a clássica dualidade positivista expunha. Os princípios têm como características o grau de abstração e a generalidade, isso significa que se referem a um número indeterminado de pessoas ou casos, enquanto que as regras são mais concretas. O fundamento de validade estabelece diferenças em cada, haja vista que os princípios são deduzidos a partir do Estado Democrático de Direito, já as regras provêm de textos normativos. Além disso, os princípios não estão submetidos a uma regra de reconhecimento, como Dworkin (2011) denominava de teste de *pedigree*. Dito isto, os princípios têm dimensão aceita pela sua própria composição, derivados de moralidades que são relacionadas às normas aceitas em dada comunidade, assim, o direito se encontra amparado pelo “ser” e “dever ser”.

A partir disso, o autor estabelece a lógica do “tudo ou nada”, na qual dada uma regra, ou ela é válida e a decisão a partir dela deve ser aceita, ou ela é inválida e, nesse caso, não haverá contribuição para a jurisprudência. Já os princípios não possuem consequência jurídica de fato, pois são a concretização de um valor derivado da atitude interpretativa e são aplicados a partir da ponderação.

Fica evidente para o autor que a argumentação com os princípios constitui uma dimensão importante ao permitir que o Direito não se torne restrito ao sistema de regras. Os princípios firmam fundamentos que justificam determinada decisão. Esse aspecto adquire concretude por meio da interferência do magistrado na decisão, o qual requer que suas possibilidades de visões estejam em harmonia aos princípios daquela comunidade, como explicitado por Dworkin ao se referir a personalidade do Juiz Hércules, o qual exercita:

[...] o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (Dworkin, 2007, p. 291).

Assim, o Direito, na contemporaneidade, é visto em associação à hermenêutica e estabelece a introdução do sistema normativo a partir da união de regras e princípios, os quais devem atuar em prol da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

2.2 HABERLE E AMPLIAÇÃO DOS ATORES NA INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Conforme o poder discricionário atribuído por Dworkin como possibilidade viável à completude de lacunas (Hart, 2005) encontradas nas normas jurídicas, Häberle (2002) define que o círculo de intérpretes da Constituição deve ser ampliado no intuito de integrar não apenas as autoridades políticas e demais elementos que compõem o sistema representativo, mas a todos os cidadãos que vivenciam a realidade e, assim, constroem as demandas necessárias a serem incluídas no texto constitucional, de forma expressa e a partir de uma interpretação aberta e

pluralista da Constituição.

A ampliação dos atores sociais no ordenamento visa a pluralidade de alternativas em âmbito constitucional e “representa o conteúdo central dos princípios jurídico-constitucionais mais relevantes” (Häberle, 2002). A teoria referente à pluralidade de possibilidades seria a forma de estabelecer condições de liberdade para todos os cidadãos, tendo em vista a possibilidade de favorecer uma condição harmônica entre os diversos interesses sociais, e, assim, proteger a Constituição com a viabilidade de alteração conforme a modificação nas demandas e percepções acerca da realidade. Esse cenário permite o desenvolvimento de políticas públicas mais adequadas às diferentes roupagens e valores que as comunidades apresentam com o passar do tempo, pois quanto mais específico o objeto de fundamento das políticas públicas, mais eficientes são seus efeitos.

2.3 VALORES E FORÇA NORMATIVA: PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Dessa forma, verifica-se que o Direito nasce da observação humana diante dos fatos externos, que sofrem atribuição axiológica decorrente de dado contexto, sendo, portanto, viabilizada a edição dos atos normativos conforme a alteração do meio externo. Isso porque, fato e valor juntos compõem e fundamentam a norma. Conforme admite Cappelletti (1993, p. 22), o intérprete é “chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”, pois o Direito se aproxima de um ideal valorativo, o da justiça. Esse elemento valorativo, na dinâmica entre tempo e espaço formador do fato, ganha concretude com a norma.

A força normativa da Constituição permite que este diploma se torne responsável por estabelecer mudanças constantes acerca dos valores que vão se reciclando como dominantes em uma sociedade, no intuito de se tornarem a base dos princípios. Isso se verifica na exposição de Dworkin (2007), ao afirmar que as regras jurídicas detêm positividade e valor, por isso os princípios também detêm força normativa. Apesar da ação de Alexy (2012) em diferenciar a natureza de princípios e valores, os princípios constitucionais se embasam nos ‘reais fatores de poder’ na definição de Lassalle (1988), sendo aqueles elementos necessários à sociedade, dentre eles, os valores.

Dito isto, a Constituição, acompanhada dos seus valores essenciais, não mais apenas detentora do caráter consultivo, busca promover a justiça social através do princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88), que se constitui no elemento basilar do ordenamento jurídico brasileiro, ocasionando o surgimento dos demais princípios, uma vez que, para Bonavides (2011), a unidade constitucional se dá através de uma dupla dimensão, que engloba os aspectos formal e axiológico.

Sendo assim, os princípios, quando inseridos na constituição, no papel de valores predominantes, conferem efetividade aos direitos fundamentais ao mesmo instante que ampara valores que devem ser protegidos por todos, introjetando na consciência dos indivíduos integrados nesse ordenamento, uma cultura de valorização e respeito. Estes elementos não estão suscetíveis às abolições decorrentes de emendas constitucionais, por estarem dispostos no rol taxativo das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º e respectivos incisos da CRFB/88), tendo como exemplo os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CRFB/88). Além disso, tem-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) como um princípio basilar (um fundamento da República Federativa do Brasil, no caso), sendo conceituada por Sarlet (2001, p. 60) como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desu-

mano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A própria ordem econômica garantida pela Constituição Federal de 1988 busca, em primeiro lugar, assegurar a dignidade humana, o que evidencia o repúdio, por parte do princípio fundamental da República Federativa Brasileira, à exposição do indivíduo a condutas abusivas, a pressões psicológicas e a condições de trabalho precárias, elementos que caracterizam o assédio moral, conceito que será definido detalhadamente no tópico seguinte.

3 ASSÉDIO MORAL E AMPARO LEGAL

O assédio moral configura-se, na ótica de Rodolfo Pamplona Filho (2016, p. 50), como “uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social”. Portanto, possui condições de ocorrer em múltiplas situações e espaços de convivência humana, seja na família, na escola, na política, em corporações militares, e também no trabalho.

A ampla gama de conceituações acerca do assédio moral prejudica a identificação de suas condutas como devidamente correspondentes e a temática encara obstáculos no que se refere às ações abusivas, visto que são repletas de sutilezas que podem ser vistas no meio familiar, como consequência da intimidade entre parentes, e no ambiente do trabalho, como efeito da política de gestão da empresa.

Além disso, o aspecto cultural também se configura como empecilho à construção de nomenclaturas mais certas acerca do tema. A relatividade do conceito se deve à relação intrínseca que possui com os aspectos culturais. Isso porque, o que pode ser apontado como ação abusiva caracterizadora de assédio, em outro país ou até mesmo em outra região, pode estar vinculado aos valores compartilhados por um povo. Nesse cenário, Bobroff e Martins (2013, p. 254) elencam certas condutas como possíveis configuradores das práticas de assédio moral, sendo elas: “1) a realização de ato abusivo ou agressivo; 2) a repetição, a frequência, a duração destas práticas hostis; 3) a intenção do assediador”.

Ainda, Pasold (2022) destaca que a intencionalidade pode ser substituída pela consciência, na medida em que, embora se relacione com a primeira, pode-se ter o caso do assediador praticar um ato abusivo/agressivo, mas, para a configuração do assédio moral, não necessariamente deva existir a intenção de causar um mal à vítima. Também, é válido ressaltar que, sob a perspectiva da vítima, “pouco importa se havia ou não a intenção, desde que o ofensor tivesse um mínimo de consciência de que a ação era inadequada e potencialmente ofensiva” (Pasold, 2022, p. 73).

Ademais, em algumas ocasiões, o assédio moral pode ser identificado através do ato ilícito, sendo este suficiente por si só para evidenciar a dimensão de impacto à vítima (em aspecto objetivo). Essa própria consumação do ato ilícito se torna uma prova chamada *in re ipsa*. Isso é possível pois, nos casos de assédio moral, busca-se o ressarcimento diante do abuso sofrido por meio da indenização por danos morais, a qual pode derivar da aferição de culpa (responsabilidade subjetiva) ou não (responsabilidade objetiva). Sendo assim, em alguns casos, torna-se necessário haver a evidente violação aos direitos da personalidade e, por isso, a importância dos princípios como forma de suporte aos casos de reconhecimento.

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há uma legislação unificada tratando do tema, o que ajudaria no direcionamento a ser tomado pelo judiciário em relação às características do assédio e seus limites. Apesar disso, encontram-se Leis estaduais, as quais definem e coíbem o assédio moral. Entretanto, tais Leis ainda estão restritas ao âmbito da Administração Pública e apenas em alguns estados, como Goiás (Lei n.º 18.456/2014), Mato Grosso (Lei n.º

11.882/2022) e Rio de Janeiro (Lei n.º 3.921/2002), prevê-se punição às práticas abusivas, sendo as legislações, em parte, encontradas apenas para implementação da semana do combate ao assédio moral. A Lei do estado do Rio de Janeiro foi a pioneira em se tratando da temática, a qual “Veda o assédio moral no trabalho, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, [...]”, além de dar outras providências.

Nesse sentido, devido à crescente relevância do assédio moral no ambiente de trabalho, vários outros estados do Brasil começaram a legislar sobre a matéria, haja vista que, não havendo legislação unificada, tornou-se necessária a regulamentação em nível estadual para o combate à prática. Entretanto, não se faz suficiente, tendo em vista que a falta de corpo legislativo autônomo e unificado permite, segundo Vieira *et al.* (2012, p. 263) “afirmar a ilicitude do abuso de poder diretivo do empregador em prejuízo da dignidade e da integridade física, moral e psíquica do empregado”.

Em que pese a ausência de uma Lei específica sobre assédio moral a nível federal, a Lei n.º 13.815/2015 – que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) – por exemplo, pode ser usada de maneira analógica para a identificação das práticas de assédio moral, haja vista que o *bullying* é caracterizado quando há “violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação” (Brasil, 2015). Nesse ínterim, a prática da intimidação sistemática (*bullying*) pode se adequar, de uma certa maneira, aos atos caracterizadores do assédio moral no trabalho. No entanto, vale destacar que as condutas próprias do assédio moral (já citadas anteriormente) não se restringem apenas à situação de *bullying*.

Portanto, diante da ausência de um corpo legislativo autônomo, específico e organizado que tutele a temática do assédio moral, o atual ordenamento recorre aos princípios constitucionais para tentar oferecer reparação ao alto número de demandas recebidas pelos tribunais, principalmente através de ações trabalhistas. Assim, é preciso investigar quais instrumentos principiológicos são mais referenciados pelo TST e qual sua relação com as respectivas decisões em prol do reconhecimento ou não do assédio moral. É o que se pretende analisar no tópico seguinte.

4 PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTOS DE SUPORTE PARA A IDENTIFICAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TST

Os princípios constitucionais detêm importância para os ordenamentos jurídicos, pois representam os fundamentos de validade desses instrumentos. Assim, as normas, de forma geral, devem ser interpretadas sob a ótica dos princípios, permitindo que essa análise esteja mais voltada aos direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988. Isso faz com que seja possível o seu uso para o combate aos casos de assédio moral no ambiente de trabalho.

Dito isto, realizou-se as análises de 59 (cinquenta e nove) acórdãos, datados de 2021 e 2022, que mencionam diretamente o termo “assédio moral” no dispositivo, a partir dos seguintes critérios: a) identificação e quantificação dos princípios; b) os princípios como argumentos do reconhecimento/não reconhecimento do assédio moral; c) divergência entre os tribunais (TRT e TST) e d) utilização dos princípios na definição do valor indenizatório, conforme estarão os três primeiros critérios dispostos na tabela a seguir, sendo a última coluna quantificada de forma cumulativa, tendo em vista que, em um mesmo acórdão, mais de um princípio pode ser utilizado.

Tabela 01: Argumentos Principlológicos nos casos de Assédio Moral

Princípios	Quantidade de Acórdãos (Total)	Referência Legislativa	Reconhecimento/não reconhecimento do assédio moral
Dignidade da Pessoa Humana	6	art. 1º, III, CF	14
Imagem	4	art. 5º, X, da CF/1988	18
Honra	5	art. 5º, X, da CF/1988	19
Direito à vida, do bem-estar individual	5	art. 5º, caput, CF	5
Direito à segurança física e psíquica	5	—	7
Proporcionalidade	11	—	6
Razoabilidade	8	—	4

Fonte: Jurisprudência do TST (2021-2022).

4.1 QUANTITATIVO DE PRINCÍPIOS UTILIZADOS COMO ARGUMENTO AOS CASOS DE ASSÉDIO MORAL

323

Quando da análise dos acórdãos selecionados, foi possível constatar que 47% utilizaram algum princípio constitucional em sua fundamentação. Desse quantitativo, em 23 acórdãos, os princípios foram utilizados enquanto elementos de caracterização e identificação da conduta abusiva do assédio moral, enquanto que em 5 acórdãos, foram utilizados como apoio para negar essa prática. Em relação ao reconhecimento do assédio moral, foram citados a indenização por dano material, moral e à imagem (art. 5º, V), a dignidade da pessoa humana (art 1º, III) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X), todos dispostos na Constituição Federal de 1988.

O princípio da proteção à moral e à imagem, presente em 32% dos julgados, diz respeito a dois tipos de dano, sendo o material a perda de patrimônio, e o moral, que corresponde a violação aos direitos da personalidade, como honra, imagem, intimidade ou privacidade. Nesse sentido, percebe-se a importância da utilização desses princípios nos casos de assédio moral, haja vista que fica evidente a lesão aos bens jurídicos citados em decorrência das práticas abusivas, fazendo com que seja necessária, por exemplo, a proteção à honra e dignidade da vítima diante de um caso concreto.

A dignidade da pessoa humana (50% dos casos com princípios) se tornou elemento crucial, tanto em âmbito nacional, quanto internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e pode ser definida, conforme expõe Barroso (2013), em três dimensões, sendo elas o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário. Essa tridimensionalidade diz respeito à sua condição ontológica, à liberdade dos indivíduos em determinar suas modalidades de vida, dentro do considerado lícito, e à proteção aos direitos de toda a sociedade em detrimento dos interesses individuais.

Dito isto, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana se insere para modificar o contexto do assédio moral devido à existência de grupos vulneráveis, como os trabalhadores, que têm seus direitos corrompidos. Sua funcionalidade se traduz em oferecer

orientação para a aplicação de regras e subprincípios constitucionais, adotando-se a interpretação de garantir a proteção aos direitos fundamentais, em âmbito público e privado, mesmo em relação àqueles que estão dispostos em outras partes da Constituição ou de forma implícita.

Além disso, esse princípio está previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB/88), de modo a conferir, conforme Sarlet (2017, p. 67), a “unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no ‘ponto de Arquimedes do estado constitucional [...]’ e, portanto, sua utilização no entendimento dos acórdãos do TST é relevante, pois vincula o Estado no sentido de instaurar medidas de precaução para se evitar futuras lesões ou minimizar seus efeitos, a partir da reparação do dano. No entanto, de forma isolada, sua eficácia se torna limitada, por estar passível de subjetividades que prejudicam o seu alcance normativo ao caso concreto.

Por outro lado, o emprego dos princípios para negar as condutas abusivas representaram 17% do todo. Isso porque, houve o entendimento do TST pela não violação aos princípios da intimidade, vida privada, honra, imagem e dano material. Assim, destaca-se a subjetividade do magistrado diante do caso concreto, em que há uma margem interpretativa, conforme o entendimento do juiz, sobre o que configura a violação aos princípios citados nos casos de assédio moral, nos quais, vale ressaltar, faz-se necessário o atendimento aos requisitos que ajudam a identificar o assédio moral, tais como a prática reiterada do abuso e a intencionalidade de ferir moralmente a vítima, além das consequências que os atos podem causar, como o comprometimento da capacidade para o trabalho e a autoestima afetada.

A partir desse contexto, é possível mensurar a tentativa do Tribunal em estabelecer postura combativa no que diz respeito aos casos de assédio moral, pois sua maior autonomia pode ser benéfica diante da utilização dos princípios constitucionais e sua consequente função de proteger “os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional” (Sarmiento, 2000, p. 34), que podem ser colocados em xeque pelo Estado ou por grupos autoritários.

Com base nisso, os tribunais utilizaram em mais da metade das decisões de reconhecimento, os fundamentos principiológicos, o que evidencia sua importância em face da ausência legislativa e lacunas nos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento brasileiro, como a CLT e o Código Civil de 2002, mas, em contraponto, também realça sua dependência em relação a elementos abstratos e voláteis. Assim, pode-se reconhecer maiores interferências subjetivas, oriundas das mudanças nos parâmetros de base utilizados como cruciais à identificação de práticas abusivas, por meio dos valores que ora adquirem protagonismo no contexto social, ora são relegados a uma condição secundária, conforme o intervalo temporal, histórico e cultural. A consequência disso é a formação de entendimentos jurídicos respaldados em critérios flexíveis e, portanto, viáveis de serem utilizados também em sentido oposto, ao fundamentar os critérios de não ocorrência do assédio moral, sendo citados em 5 decisões a não violação ao art. 5º, X, da CF/88, o qual diz respeito à proteção à vida privada, honra e imagem.

O formato de aplicação de tais princípios constitucionais, por meio da ponderação, pode corroborar a sua relativização, diante do papel subjetivo do magistrado em relação à qual valor deve se sair preponderante a cada caso concreto. As decisões, assim, tornam-se imprevisíveis, além de instáveis. De acordo com Streck (2011, p. 221), “o abuso de princípios, nas decisões judiciais, enfraqueceria a autonomia de um direito marcado pelo positivismo [...]”.

Dessa forma, percebe-se que esse cenário impacta a segurança jurídica, definida por Theodoro Júnior (2006) como o princípio que possibilita a previsibilidade dos entendimentos jurídicos e a estabilidade normativa diante das eventuais alterações a que estão sujeitos. Portanto, configura um elemento importante do ordenamento jurídico no intuito de garantir equilíbrio para as relações desenvolvidas em sociedade e objetivar o respeito aos direitos fundamentais.

A falta de proteção decorre, sobretudo, das interferências praticadas pelo setor privado em face da sua atuação voltada ao acúmulo de capital, enquanto o poder público, muito embora também associado à busca por lucro, tenha, em tese, o compromisso com o bem estar social e com o interesse público. Assim, a organização do capital privado dificulta os avanços no cenário dos direitos trabalhistas, uma vez que o subsídio para contextos como esses se encontra respaldado pelo aspecto econômico, sendo o Estado inviável de fornecer as variedades e numerosas políticas públicas, de forma a associar-se a empresas privadas, as quais contribuem para a manutenção da hegemonia capitalista neoliberal. Assim, torna-se notória a predisposição à restrição de direitos, fazendo com que reverbere no baixo combate às problemáticas existentes no ambiente laboral, como o assédio moral.

Em torno dos princípios, é possível a ponderação no que diz respeito à adequação ao caso concreto, permitindo que um direito possa ser utilizado em detrimento de outro, tendo em vista que não há direitos absolutos. Como exemplo, tem-se a cobrança de metas no trabalho, a qual é, em condições normais, comum, mas se feita de maneira abusiva, pode acarretar na violação à honra do empregado.

Além disso, há certa dificuldade na recepção da aplicação principiológica no ordenamento brasileiro, por se configurar em um sistema tão marcado pelo positivismo e com a influência do *civil law*. Essa conjuntura reflete a prevalência por instrumentos jurídicos escritos, o que não exclui o auxílio dos demais institutos, como os princípios e os costumes, conforme dispostos na LINDB, mas os confere tratamento meramente acessório.

Para a confirmação das práticas abusivas, em alguns casos, houve mudança na decisão proferida pelo TRT, que foi reformulada pelo TST no sentido de reconhecer a configuração do assédio moral. Esse critério foi estabelecido devido à ideia de que, com a reformulação de uma decisão pela instância superior, tendo como apoio os princípios destacados na tabela, possa haver uma atividade jurisdicional mais próxima do propósito de justiça, permitindo que um mesmo processo obtenha entendimentos opostos, como se verifica nos 12 casos observados diante do acervo de acórdãos.

Um exemplo nítido da divergência entre os tribunais citados se encontra nos casos da limitação ao uso de banheiro, que em determinados casos não é considerado assédio moral pelos TRTs, sendo que a questão já encontra guarida em jurisprudência consolidada pelo TST, no sentido de constituir nítida lesão ao empregado, acompanhada de violação da dignidade humana e dos direitos mínimos trabalhistas. A exemplo do processo de número 1741-55.2013.5.05.0196, julgado pela 2ª Turma do TST em dezembro de 2021:

O Tribunal Regional considerou indevida a indenização por assédio moral por entender que a parte reclamante não sofreu humilhações em face da limitação ao uso do banheiro. Esta Corte Superior, contudo, entende que a limitação ao uso do banheiro configura abuso do poder diretivo do empregador e ofensa à dignidade e à privacidade do trabalhador, a caracterizar assédio moral passível de reparação. Ofensa ao artigo 5º, X, da Constituição da República configurada (TST, 2021).

Por isso que a existência de legislação específica para regulamentar a questão do assédio moral, adotando os pressupostos de existência para identificação (abusividade ou agressividade, reiteração na prática dos atos, ofensa à dignidade do trabalhador), pode colaborar para a atuação dos tribunais tanto no reconhecimento quanto na recusa, pois utilizando a conceituação de sistema binário de Luhmann (2016), ao inserir determinadas condutas abusivas ao quadro configurador de assédio moral, ocorre a exclusão das demais possibilidades resultantes da complexidade do ambiente, o que não significa dizer que a norma seria capaz de invalidar as demais configurações, que porventura sejam identificadas como condutas lesivas em decisões judiciais, posto que o subsistema jurídico opera através da norma e da decisão. No entanto, cabe salientar que a regulamentação em torno da problemática estabelece parâmetros para a sua identificação.

Esse aspecto reduziria a problemática de divergência entre TRTs e TST na função e no direcionamento dos princípios.

Assim, apesar do Judiciário demonstrar a busca pelo combate aos casos de assédio moral, também possibilita a presença de contradições em seus entendimentos, os quais seriam mais precisos, além de ser possível garantir a segurança jurídica e cristalizar entendimentos mais uniformes acerca da temática, caso houvesse legislação unificada.

4.2 UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

O ordenamento jurídico brasileiro não detém legislação acerca do *quantum* indenizatório por danos morais, deixando a cargo do juiz, que, baseando-se principalmente no art. 944 do Código Civil de 2002, indenizará conforme a extensão do dano. Em decorrência dessa lacuna, o papel do magistrado se torna indispensável nos casos em que há a necessidade de reparação por dano moral, pois condiciona sua atuação a partir das peculiaridades dos casos concretos, utilizando como fundamento à sua decisão, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais são princípios cuja observância independe de previsão expressa em texto constitucional, pois pertencem à natureza e essência do Estado de Direito, portanto, são princípios implícitos.

As indenizações correspondem a uma forma de punição nos casos nos quais se constata a responsabilidade civil, cuja estruturação se deve ao dano material/patrimonial ou moral (violação aos direitos da personalidade, como imagem, honra e intimidade), juntamente aos elementos da conduta (ação ou omissão) e culpa (nos casos da responsabilidade subjetiva). Assim, ao se constatar a ocorrência de um ato ilícito, enseja a reparação do dano sofrido (art. 927, do Código Civil de 2002). Com base nisso, em decorrência da falta de legislação que ofereça valor base para as indenizações aos casos de dano moral (art. 186 do Código Civil de 2002), o magistrado é responsável por fixar o valor indenizatório adequado a fim de reparar a lesão da vítima, averiguada a partir da violação aos princípios jurídicos constitucionais, respaldados em suma pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88). Esse recorte provoca divergências em relação ao valor indenizatório decorrente do assédio moral, como no caso do processo de número 11813-85.2016.5.09.0002, julgado pela 3ª Turma do TST em novembro de 2022:

Ocorre que o valor da indenização atribuído pelo Tribunal Regional decorrente das ofensas desferidas pelo preposto da reclamada, admite sua revisão, porque excessivamente módico ante a violação do bem jurídico tutelado - honra subjetiva. 5. Nestes termos, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, levando em consideração a extensão do dano, a culpa e o aporte financeiro da reclamada - pessoa jurídica (capital social de 5 milhões de reais) -, bem como à necessidade de que o valor fixado a título de indenização por danos morais atenda à sua função social e preventiva, capaz de convencer o ofensor a não reiterar sua conduta ilícita, uma vez que "*não há notícia nos autos de que tenham sido tomadas providências para fazer cessar o assédio moral*" perpetrado, verifica-se que o valor atribuído à indenização é excessivamente módico, razão pela qual resta majorado o *quantum* indenizatório pelo dano decorrente do assédio moral para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nos termos do art. 5º, V e X, da Constituição da República (TST, 2022).

De acordo com a redação dos acórdãos, foi possível observar a recorrência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (em 19 casos), além da extensão do dano causado à vítima, para resolver discrepâncias acerca do valor indenizatório, tendo por base o resultado da aferição de intensidade da lesão à vítima e do nexo de causalidade entre a lesão apresentada e a ação ou omissão de terceiro. No entanto, devido à falta de um entendimento pacífico acerca dos critérios analisados, como a extensão do dano e a gravidade da conduta, há, de certa maneira, a flexibilização do impacto dos danos às vítimas, em que o TRT pode considerar como um

dano menor que o ocorrido, resultando na reformulação por parte do Tribunal Superior, apesar de ambos constatarem o assédio moral.

Tendo em vista esse cenário, a discordância (7 casos) foi responsável por estabelecer aumento ou redução em relação à decisão da segunda instância. Em torno do aumento indenizatório (5 casos), a discussão se deu a partir de três fatores: a extensão do dano, a gravidade dos abusos cometidos e a adoção do princípio da proporcionalidade. Todos esses fatores convergem a partir da análise acerca do dano moral causado, que é preciso definir uma quantificação que seja proporcional às condutas abusivas e às consequências geradas na vítima. Além disso, como na decisão supracitada, outros aspectos também são analisados, a exemplo do aporte financeiro do agressor, o qual se comporta de modo a influenciar o montante indenizatório final.

Também houve casos de redução, apesar de em menor quantidade (2 casos). Essa alteração é possível diante da aplicação da súmula 439 do TST, a qual dispõe que a atualização monetária é possível a partir do período da decisão do arbitramento ou da alteração do valor. Ademais, tais reduções no *quantum* indenizatório foram baseadas em outros julgados semelhantes do TST, que entendeu ser mais cabível a redução do valor colocado pelo Tribunal Regional, apesar de ambos concordarem pela configuração do assédio moral.

Essa variação ocorre em decorrência da diferença com que os tribunais tratam as práticas abusivas e seus respectivos impactos às vítimas. Enquanto um tribunal avalia a cobrança de metas como uma política empresarial, o outro cristaliza o entendimento de que esses elementos, de fato, podem compor a política da empresa, no entanto, possuem limites e devem ser analisados juntamente aos meios de praticá-los. Essa problemática poderia ser resolvida com a implantação de legislação específica apta a determinar os limites de condutas lesivas e sutis, evidenciando quais atos caracterizam ou não a prática de um assédio moral, fazendo com que haja um entendimento pacífico sobre o tema.

Diante das jurisprudências analisadas, o emprego dos princípios elencados pela pesquisa mostra que eles são importantes elementos para o aperfeiçoamento do ordenamento brasileiro, principalmente no que diz respeito à validade que conferem às normas jurídicas. No entanto, os dados da pesquisa demonstram que a aplicação dos princípios constitucionais, apesar de corresponderem a elementos relevantes de fundamentação nos acórdãos analisados, mostraram-se insuficientes, se utilizados de forma isolada, para coibir o assédio moral, pois observa-se, conforme as análises, a divergência de entendimento sobre a fundamentação dos princípios.

Esse cenário se tornou perceptível ao observar a flexibilidade em sua utilização, havendo, inclusive, divergência entre os tribunais regionais e superior sobre a abordagem e intensidade oferecida aos princípios nos processos de assédio moral. Dessa forma, ora são utilizados para comprovar, ora para negar, dentro do mesmo processo, com os mesmos elementos comprobatórios e factuais, o que registra forte divergência de entendimento.

Em decorrência dessas nuances, torna-se fundamental a regulamentação legal específica para auxílio na identificação e caracterização do assédio moral no caso concreto e suas reverberações, o que ofereceria ao judiciário atuação mais precisa a partir da formação de entendimentos mais pacíficos e coerentes sobre o que caracteriza ou não o assédio moral no trabalho, de forma a buscar a consolidação dos direitos trabalhistas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que os princípios jurídicos possuem grande relevância no ordenamento brasileiro, em face da condição que passam a assumir, mediante a introdução da ordem neoconstitucional, como institutos estruturantes aos ordenamentos jurídicos, além do suporte exercido em torno das jurisprudências. Contudo, analisando a influência dos princípios constitucionais na formulação dos acórdãos do TST diante da temática de assédio moral, a qual é recorrente no judiciário, a viabilidade exclusiva desse instrumento provoca divergências entre

os tribunais em face da ausência de legislação consolidada capaz de reunir os elementos necessários para a configuração dos atos abusivos no âmbito do trabalho.

Os dados provenientes das análises permitiram verificar que em 47% dos acórdãos analisados, os princípios constitucionais foram utilizados para fundamentar as decisões prolatadas, bem como foi possível identificar que os tribunais utilizam, em mais da metade das decisões de reconhecimento, os fundamentos principiológicos, evidenciando sua relevância diante da ausência de uma legislação consolidada e específica sobre o assédio moral e as lacunas presentes nas legislações do ordenamento brasileiro. Contudo, diante de tal situação, ocorre a formação de entendimentos jurídicos respaldados em elementos abstratos e de caráter flexível em tempo e contexto. Além disso, pode-se pontuar que a utilização de tais institutos jurídicos, por meio da ponderação, contribuem com a relativização dos argumentos, produzindo decisões contingentes e variáveis.

Diante disso, tendo em vista as análises referentes a esse estudo e as conceituações abordadas, fica explícito que os empecilhos podem possibilitar confronto entre direitos fundamentais. Dessa forma, objetivando proteger os direitos trabalhistas em conformidade com a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) e aos direitos sociais referentes ao art. 6º da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), é necessário a elaboração de legislações com abordagens específicas diante do tema, visto que a regulamentação em nível estadual, presente no contexto brasileiro, para o combate à prática abusiva não é suficiente. Assim, faz-se necessária a criação de uma legislação unificada, tendo em vista a crescente relevância do assédio moral no ambiente de trabalho, com o intuito de que os direitos assegurados aos trabalhadores não possuam função meramente ilustrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

BARROSO, L. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____, ____; BARCELLOS, A. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45690>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BOBROFF, M; MARTINS, J. Assédio moral, ética e sofrimento no trabalho. **Revista Bioética [online]**, v. 21, n. 2, 2013, p. 251-258. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1983-80422013000200008>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-4657compilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2023.

_____. **Lei n.º 13.185, de 06 de novembro de 2015.** Institui Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm>. Acesso em: 17 fev. 2024.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (2. Turma). **PROCESSO N.º TST-RR - 1741-55.2013.5.05.0196.** I - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. ATIVIDADES DE CALL CENTER. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. INTERVALO INTRAJORNADA. EXTRAPOLAÇÃO HABITUAL DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS. SÚMULA 126 DO TST. INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL. LIMITAÇÃO AO USO DO BANHEIRO. (RR-1741-55.2013.5.05.0196, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 03/12/2021). Relator: Maria Helena Mallmann, 03 de dezembro de 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (3. Turma). **PROCESSO N.º TST-RR-11813-85.2016.5.09.0002.** I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. LEIS N.ºS 13.015/2014 E 13.467/2017. DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. DESRESPEITO À HONRA SUBJETIVA. OFENSAS DECORRENTES DE INJÚRIA RACIAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO TEMPO DE DURAÇÃO DA SOBREJORNADA. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. DESRESPEITO À HONRA SUBJETIVA. OFENSAS DECORRENTES DE INJÚRIA RACIAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. (RR-11813-85.2016.5.09.0002, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 18/11/2022). Relator: Alberto Bastos Balazeiro, 18 de novembro de 2022.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARRAZZA, R. **Curso de direito constitucional tributário.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, M. **Ativismo judicial: garantia de direitos fundamentais ou violação do princípio da segurança jurídica?** 2019. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4536/1/ATIVISMO%20JUDICIAL.%20GARANTIA%20DE%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20OU%20VIOLA%3%87%-C3%83O%20DO%20PRINC%3%8DPIO%20DA%20SEGURAN%3%87A%20JUR%3%8DDICA.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

DELGADO, M.; ALVES, L.; LIMA, M. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O OBJETIVO CONSTITUCIONAL DA BUSCA DO PLENO EMPREGO. **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, 2022. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/index.php/resseveraverumgaudium/article/view/128972>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____, _____. **O império do Direito.** Trad. de Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HART, H. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, F. **A Essência da Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LUHMANN, N. **Sistemas Sociais**. Rio De Janeiro: Vozes, 2016.

PAMPLONA FILHO, R. **Assédio Moral Laboral e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 2016.

PASOLD, A. O assédio moral no trabalho a partir de seus elementos: a intencionalidade é essencial para o conceito?. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**, Florianópolis, v. 25, n. 34, p. 65-80, 2022. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/210133>>. Acesso em: 17 fev. 2024.

REALE, M. **Teoria Tridimensional do Direito - situação atual**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei n.º 3921, 23 de Agosto de 2002**. Veda o assédio moral no trabalho, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, do poder legislativo, executivo ou judiciário do estado do rio de janeiro, inclusive concessionárias e permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público, e dá outras providências. Rio de Janeiro (Estado), Rio de Janeiro, 24 ago. 2002. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jsp?_afzLoop=95401501452826365 & dataSource=UCMServer%23dDocName% 3A107719 &_adf.ctrl-state=vhbghggn_9>. Acesso em: 13 fev. 2023.

ROTHENBURG, W. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARLET, I. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____, _____. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, 2017. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic2.pdf?d=636675533238095643>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SIQUEIRA JUNIOR, P. Função dos princípios constitucionais. **Revista do Instituto dos**

Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 7, n. 13, p.157-166, jan/jun. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87880>>. Acesso em: 17 fev. 2024.

SOARES, F. O assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Fórum Trabalhista – RFT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 21-47, mar./ abr. 2014. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/06/O-assedio-moral-no-ordenamento-juridico-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

STRECK, L. O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista” In: COUTINHO, J. N. de M.; FRAGALE FILHO, R.; LOBÃO, R. (Orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221-242. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CJS-UNIPAR_v.19_n.02.07.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2023.

_____, ___. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, H. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações como o Princípio da Segurança Jurídica. In.: **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, n. 1, p. 103, 2006. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista35/revista35_15.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2023.

VIEIRA, C; LIMA, M; LIMA, F. E se o assédio não fosse moral?: perspectivas de análise de conflitos interpessoais em situações de trabalho. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 37, p. 256-268, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572012000200007>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

DAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE TRABALHO: O TELETRABALHO E SUAS PECULIARIDADES NO MUNDO GLOBALIZADO

SPECIAL LABOR RELATIONS: TELEWORKING AND ITS PECULIARITIES IN THE GLOBALIZED WORLD

Gustavo de Nery e Santos

Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Layla Fernanda de Sousa Gouveia

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Mirelly Susanne de Sousa Ribeiro

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Pedro Lucas Xavier Costa de Souto

Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Agnes Pauli Pontes de Aquino

Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Orientador e Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Resumo: O teletrabalho existe enquanto modalidade gerencial há mais de um século, contudo, não há dúvidas de que o desenvolvimento dos meios de telecomunicação e das tecnologias da informação são fatores cruciais para alcançar a conjuntura que essa espécie de contrato empregatício vislumbra na contemporaneidade. Passando pela própria abordagem conceitual de teletrabalho e pela definição dos outros contratos especiais, o presente artigo se dedica a tratar do bojo normativo que acomoda o *teleworking* na realidade brasileira, bem como a diferenciá-lo do simples trabalho de casa. Desenvolveu-se, ainda, tratamento de questões paradigmáticas acerca da situação jurídica do teletrabalho, concluindo-se pela consideração final de como o teletrabalho se insere enquanto gênero laboral de vanguarda na nova realidade globalizada.

Palavras-chave: Teletrabalho. Contratos Especiais. Legislação Trabalhista. Direito à Desconexão. Controle de jornada.

Abstract: *Teleworking has existed as a managerial modality for over a century; however, there is no doubt that the development of telecommunications and information technologies are crucial factors in achieving the current scenario that this type of employment contract envisions in contemporary times. Following the conceptual approach to telecommuting and the definition of other special contracts, this paper deals with addressing the normative framework that accommodates teleworking in the Brazilian reality, as well as differentiating it from simple remote work. A treatment of paradigmatic issues regarding the legal status of telecommuting has also been developed, concluding with a final consideration of how teleworking fits in as a leading labor genre in the new globalized reality.*

Keywords: *Teleworking. Special Contracts. Labor Legislation. Right to disconnect. Journey Control.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Características, Elementos e Tipos de Contratos Laborais Especiais – 3 Da Matéria: Teletrabalho, sua definição mutada à contemporaneidade – 4 Teletrabalho: Di-

ferenciações e Espécies – 5 Alterações Legislativas e suas implicações; 5.1 Teletrabalho: Formalidade Contratual (art. 75-C); 5.2 Das responsabilidades legalmente previstas (art 75-D e art. 75-E) – 6 A controvérsia dos direitos fundamentais do trabalhador com a integração dos meios de telecomunicação ao teletrabalho – 7 As medidas de urgência e as implicações do cenário de pandemia da doença Covid-19 nas relações de teletrabalho; 7.1 O regime normativo especial da pandemia e seus impactos nas relações de teletrabalho – 8 O potencial do teletrabalho no mundo globalizado e os desafios diante da legislação vigente no país – 9 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

As últimas décadas trouxeram ao âmbito laboral avanços tecnológicos, principalmente na seara das tecnologias da comunicação e informação. Nesse rumo, o sociólogo estadunidense Daniel Bell (1973) denominou, em sua obra “O Advento da Sociedade Pós-Industrial”, a nossa era como a “Sociedade da Informação”. No referido contexto de revolução tecnológica, surgiram diversas espécies de contratos laborais revestidos de aspectos complexos e próprios, que justificam uma regulação peculiar. O presente artigo destaca, entre esses, a espécie de trabalho que se convencionou denominar teletrabalho.

Por essa razão, o ensaio aqui exposto é intitulado “Das Relações Especiais de Trabalho: o Teletrabalho e suas Peculiaridades no Mundo Globalizado”. Para tanto, objetiva analisar as peculiaridades do teletrabalho no cenário globalizado da contemporaneidade brasileira, considerando os desafios e as oportunidades que esta modalidade de trabalho oferece tanto para empregadores quanto para trabalhadores.

O objetivo central deste estudo é explorar alguns aspectos legais, sociais e econômicos do teletrabalho, enfatizando como esta modalidade de trabalho se adapta e se integra ao dinâmico ambiente de trabalho globalizado. Busca-se, assim, entender como as regulamentações vigentes no Brasil se relacionam e respondem às especificidades do teletrabalho, além de identificar possíveis lacunas legais e oportunidades de melhorias na legislação trabalhista.

Neste proceder, se pretende delimitar o que seja teletrabalho e diferenciar esse contexto de outras modalidades de trabalho à distância, e por esse percurso, historiar um pouco das origens e situações primevas e mais recentes em que esse tipo de prestação se fez presente, bem como analisar a evolução legislativa nacional comparando-a com outras normativas estrangeiras para com esses elementos poder analisar as controvérsias desta modalidade de labor, indicando seus pontos positivos e negativos na dinâmica do mercado de trabalho.

A justificativa para a escolha deste tema reside na sua relevância crescente no mercado de trabalho moderno, especialmente no contexto da pandemia de Covid-19, que acelerou a adoção do teletrabalho em escala global. Compreender as nuances do teletrabalho é fundamental para garantir que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados e para que as empresas possam se adaptar eficazmente a esta nova realidade laboral. Essa abordagem permite uma compreensão abrangente e atualizada do tema, contribuindo para um debate informado e construtivo sobre o futuro do teletrabalho no Brasil e no mundo.

Assim, a referida pesquisa bibliográfica utilizou-se da análise documental de Leis locais e estrangeiras, além de perspectivas construídas por teóricos da temática. Nesse ponto, a metodologia aplicada se fixa como sendo a da análise bibliográfica e documental, utilizando normas e legislação pátria e alienígena, bem como documentos jornalísticos e estatísticos. A observação e a interpretação de legislações como a Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição da República Federativa do Brasil tornaram-se basilares para incitar a reflexão frente a temática principal e suas ramificações.

Também foram adotados questionamentos acerca da rigidez da regulamentação jurídica dessas relações e sua flexibilização característica. Nesse ponto, faz-se mister lançar luz nas

alterações advindas das regras impostas pela Reforma Trabalhista de 2017, responsáveis por instituir a devida e necessária delimitação jurídica quanto ao que se entende por teletrabalho, determinando o tratamento legal para tais relações laborais.

Ao longo da discussão perceber-se-á o cuidado de tratar da temática sob diversos aspectos, dentre os quais: o histórico, jurídico, político e sociológico. Faz-se necessário esclarecer os elementos que caracterizam um contrato laboral especial como tal; tratar da delimitação conceitual de teletrabalho, que o distingue da modalidade de trabalho à distância, bem como das implicações que as singularidades trazidas pelo cenário pandêmico entre 2019 e 2021, sobretudo no que tange às medidas urgentes e muitas vezes controversas quanto aos direitos dos trabalhadores.

O teletrabalho é uma modalidade de trabalho à distância, típica dos tempos modernos, na qual o avanço da tecnologia permite o labor preponderantemente fora do estabelecimento do empregador (normalmente na própria residência do empregado), embora mantendo o contato com este por meio de recursos eletrônicos e de informática, principalmente o computador e a *Internet* (Garcia, 2017, p. 141).

A primeira menção ao conceito de “trabalho à distância” se deu nos anos 1950, por meio dos estudos de Norbert Wiener no âmbito da Cibernética, na qual o autor cita a hipótese de um arquiteto que, residindo na Europa, é capaz de supervisionar uma construção arquitetônica situada nos Estados Unidos, utilizando-se da tecnologia de *fac-símile* (Serra *apud* Lemesle; Marot, 1994). Como relata Serra (2003, p. 10), mais tarde, já nos anos 1960, a Europa viu o crescimento do trabalho em domicílio, principalmente nos setores de produção têxteis, de vestuário e calçados. O impulsionamento desse tipo de trabalho expandiu-se, nos anos 1970, para áreas como embalagem e montagem de equipamentos elétricos e eletrônicos, alimentação, bebidas, plásticos, cosméticos, entre outras. É nesse contexto que os termos “trabalho à distância” e “trabalho em domicílio” se convergem para a concepção do conceito de teletrabalho.

O protagonismo das relações de teletrabalho a partir da década de 70 deve-se a fatores diversos, tais como a crise energética do petróleo, a redução dos preços e o conseqüente incremento da possibilidade de acesso às Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs), bem como ao crescimento da telemática, ramo que combina as tecnologias da informação e das telecomunicações. Nesse prisma, Jack Nilles, físico que trabalhava para a NASA (Administração Nacional de Aeronáutica e Espaço), introduz em 1973 o conceito de *telecommuting/telework* por meio de um projeto pioneiro de teletrabalho, destinado a uma companhia de seguros da Califórnia. Nesse sentido, Fernandes (2021, p. 7) apresenta a conclusão obtida por Nilles de que essa modalidade laboral reduzia os custos com deslocamentos para o trabalho, denominado por Nilles como *commuting*, substituindo-o pela telecomunicação e demonstrando o claro benefício que a implantação do teletrabalho traria às empresas.

2 CARACTERÍSTICAS, ELEMENTOS E TIPOS DE CONTRATOS LABORAIS ESPECIAIS

Observando atentamente o artigo 442 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), podemos compreender que o contrato de trabalho nada mais é do que um acordo entre partes que pode ser realizado de forma verbal ou escrita, ou de forma tácita. Dada a sua característica de consensualidade, um simples acordo será suficiente para tornar o contrato válido. Dessa maneira, as partes terão obrigações recíprocas, originando um equilíbrio formal entre as prestações ajustadas. Assim, haverá um acordo bilateral, um contrato sinalagmático. Ao celebrar o contrato, as partes terão conhecimento das vantagens que, porventura, receberão, uma vez considerando seu adimplemento.

Contudo, por ser uma obrigação de trato sucessivo, o contrato não se esgota no mero cumprimento da obrigação, mas ressurgirá após a realização dela. Essas obrigações decorrentes

do contrato são economicamente mensuráveis para as partes envolvidas tanto quanto as perdas e vantagens. No que tange aos contratos de trabalho, por seu turno, percebe-se que há uma complexidade em razão da abertura a possibilidades de celebração de contratos acessórios a ele como, por exemplo, um de locação. Identifica-se, portanto, que neste contexto o empregado adere às condições impostas pelo empregador no momento em que aceita a relação trabalhista. Em virtude disso, o contrato de trabalho é caracteristicamente coadunado ao direito privado.

Em conformidade com o artigo 104 do Código Civil, chegamos ao conhecimento dos elementos essenciais de um contrato de trabalho. Este artigo preleciona acerca dos pré-requisitos para a validação do negócio jurídico. É o caso, por exemplo, da necessidade de ser o agente capaz de obter direitos e assumir obrigações, sobretudo porque, na perspectiva laboral, é imprescindível que o empregador seja apto para realização das atividades profissionais. Nesse ínterim, depreende-se, portanto, que na contratação de funcionários, o critério de capacidade do agente incide da seguinte forma: a) quando o agente for menor de 16 anos, só poderá trabalhar em condição de jovem aprendiz, após os 14 anos; b) quando o agente tiver entre 16 e 18 anos, será preciso a presença dos pais, ou responsáveis, para a celebração do contrato; e, por fim, c) quando maior de 18 anos, o agente poderá celebrar o contrato.

Em seguida, o diploma civilista trata, em seu inciso II do art. 104, acerca do requisito de *objeto lícito, possível, determinado ou determinável*. Por se tratar de um negócio jurídico, o contrato não poderá ter como objeto serviços que vão contra a moral e a lei, sendo vedada a prática de atividades laborais apontadas pelo ordenamento jurídico pátrio como crime ou contravenção penal. Assim, a celebração de contrato de trabalho cujo objeto seja ilícito implicará na sua invalidez. Por último, o inciso III do mesmo artigo cuida da forma do negócio jurídico, elemento contratual essencial. No contrato de trabalho, a lei não exigirá uma forma especial para a sua realização, podendo ser celebrado de maneira tácita ou expressa, em sua forma verbal ou escrita.

Ademais, faz-se mister abordar os tipos de contrato de trabalho, em suas variadas modalidades, cada uma abrangendo um tipo específico de atividade, cujas regras estão previstas na legislação trabalhista. Adentrando em uma breve apresentação destes, destaca-se, a saber: a) contrato por tempo determinado, em que será estabelecido o tempo exato que o contratante terá um contratado prestando serviço ao estabelecimento; b) contrato de experiência, que diverge do supracitado por apresentar regras tais como, por exemplo, a limitação de prorrogação e período do contrato; c) contrato por tempo indeterminado, tipo mais comum no país. Já o contrato por tempo indeterminado caracteriza-se por ostentar tempo indeterminado de vínculo empregatício, cabendo-lhe benefícios como férias remuneradas, décimo terceiro e seguro-desemprego em caso de demissão sem justa causa.

Não obstante, cita-se, ainda, o contrato de trabalho eventual e de estágio, ambos caracterizados pela inexistência de vínculo empregatício com o empregado, sendo o primeiro comum a serviços esporádicos. Há, ademais, o contrato intermitente, que permite a prestação de serviço de maneira subordinada e não contínua, estando a jornada de trabalho sujeita à alteração.

Entretanto, o presente estudo enfoca, de modo especial, o contrato de teletrabalho, que, em virtude da pandemia do novo coronavírus, tem se tornado ainda mais recorrente nas relações trabalhistas. No que diz respeito às suas características gerais, o trabalhador que o celebra vê-se diante da possibilidade de realizá-lo por um tempo indeterminado ou determinado, tendo a sua carga horária flexibilizada, podendo escolher a melhor hora para realizar o trabalho. Assim, dadas as suas peculiaridades, vê-se razão de ser esse tipo de contrato mais atrativo no mercado de trabalho, o que justifica a maior demanda por ele, de modo a motivar, inclusive, a produção de pesquisas acadêmicas como esta.

3 DA MATÉRIA: TELETRABALHO, SUA DEFINIÇÃO ADEQUADA À CONTEMPORANEIDADE

A princípio, faz-se necessário delinear o escopo do que entenderemos por teletrabalho. Sob uma análise mais generalista e sintética, é possível dizer que o teletrabalho existe enquanto prática gerencial da prestação de serviços há mais de cento e cinquenta anos, se considerarmos o caráter de *long distance management* já adotado nas vias férreas do oeste dos Estados Unidos que se industrializava em meados do século XIX (K, 1996). Logo, para os efeitos de nosso exame, será relevante a análise pura e simples do teletrabalho como o desenvolvimento da atividade do empregado apartada da supervisão física e direta de seu empregador? Não.

Inicialmente, por uma questão de mutação definitiva do conceito mais aceito, e estrito, que é o de trabalho desenvolvido através dos meios de comunicação das novas tecnologias de informação (como professa a própria Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 75-B, introduzido pela Reforma de 2017): o trabalho que não impera a exigência de um *locus laborandi* (local de trabalho), mas somente da *laboris instrumenta*, isto é, do meio de acesso à conexão da rede em que se desenvolve a produtividade.

4 TELETRABALHO: DIFERENCIAÇÕES E ESPÉCIES

À luz da definição supracitada do que vem a ser *teletrabalho*, é possível defini-lo, restritivamente, como trabalho à distância, com a utilização de TICs (Rosenfield; Alves, 2011, p. 216). Numa perspectiva extensiva, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) determina diversas variáveis para que se conceitue as diferentes espécies das quais o teletrabalho é gênero, a saber: a) o local/espço de trabalho; b) o horário/tempo de trabalho (parcial ou integral); c) o tipo de contrato (trabalho independente ou assalariado); d) competências requeridas (conteúdo do trabalho). Não demora para observarmos tais elementos e vislumbrarmos um leque de modalidades resultantes das tantas combinações disponíveis na seara do teletrabalho.

Embora já se tenha chegado a um conceito mais tangível de teletrabalho, há de salientar que sua definição não é, ainda, uniforme. Isso dado que, ao ater-se às análises feitas por estudiosos da temática em diferentes países (Sakuda, 2005, p. 41), vê-se que é comum a utilização de diferentes termos para se referir à mesma coisa, e, da mesma forma, para remeter às diferentes especificidades, razão pela qual se percebe a heterogeneidade de questões ainda não bem unificadas. Destarte, surge a necessidade de apontar categorias compreendidas no universo do teletrabalho, visto que, como dito, este é gênero, não espécie. Conforme supra apontado, diversos são os espectros que surgiram e que ainda podem surgir.

Dentre as variáveis apontadas pela OIT, um estudo realizado com teletrabalhadores de 10 países da Europa, dos EUA e do Japão (European Commission, 2000), permitiu um recorte das 6 principais categorias de teletrabalho. Rosenfield e Alves, num artigo intitulado “Autonomia e Teletrabalho Informacional: O Teletrabalho” (2011), os sintetizou da seguinte maneira: 1) trabalho em domicílio; 2) trabalho em escritórios satélites; 3) telecentros ou *telecottages*; 4) trabalho móvel; 5) empresas remotas ou *off-shore*; e 6) trabalho informal ou teletrabalho misto.

Resta evidente, todavia, que não diz respeito a um rol taxativo. Isso dado que o constante avanço tecnológico e social faz surgir a necessidade de novas formas para o exercício das atividades laborais que se utilizam das TICs, de modo que é possível perceber, no decurso do tempo, diversas outras combinações dessas categorias primárias percebidas pelo estudo realizado no início dos anos 2000. Por essa razão, não é suficiente atribuir ao teletrabalho o simples conceito de “trabalho à distância”. Há que ressaltar que, embora sutis, existem diferenças entre essas duas terminologias.

Nessa perspectiva, o teletrabalho, quanto ao tempo, geralmente refere-se ao trabalho remoto integral ou parcial, quer seja a domicílio ou fora do estabelecimento comercial da empresa. O exercício da atividade é feito por meio da tecnologia de comunicação e colaboração digital, como videoconferência, *e-mail*, aplicativos de mensagens, plataformas de compartilhamento de arquivos para manter os teletrabalhadores conectados entre si e, assim, realizarem

suas tarefas.

O trabalho à distância, por seu turno, diz respeito a um termo mais abrangente, incluindo desde o trabalho na filial de um escritório que tem sua sede no Texas, ou no escritório inteiramente remoto dessa, até trabalhar em trânsito, como é feito por um representante de vendas em viagem. Além disso, o trabalho à distância pode ser temporário ou permanente, a depender das necessidades da empresa e do funcionário. Nesse tipo de atividade é comum aos trabalhadores o uso da tecnologia de comunicação digital como forma de auxílio, não como meio principal, dado que a eles não é permitido trabalhar em casa ou em algum local remoto em tempo integral.

Outrossim, é possível observar as diferenças existentes entre essas duas terminologias, ainda, no próprio ordenamento jurídico pátrio, sobretudo na Consolidação das Leis do Trabalho (Brasil, 1943). Com as alterações advindas da Lei n.º 12.551/11 (Brasil, 2011), o artigo 6º do referido diploma legal, fazendo clara referência à modalidade ampla que é o trabalho à distância, preleciona que:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (Brasil, 2011).

Ademais, resta evidente que existem diferenças, pois a Lei n.º 13.467 (Brasil, 2017) acrescentou (embora não se trate ainda de regulamentação específica) um capítulo para dispor tão somente do teletrabalho: o Capítulo II-A. Nesse sentido, para consagrar a peculiaridade do teletrabalho, o art. 75-A indica que a prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto no referido capítulo.

Em síntese, depreende-se que o teletrabalho é uma forma específica de trabalho remoto que envolve trabalhar em casa ou em outro local usando tecnologia de comunicação e colaboração digital, tendo, inclusive, especificidades legalmente previstas. Por outro lado, o trabalho à distância é um termo mais amplo que se refere a qualquer trabalho realizado fora do escritório da empresa, seja temporário ou permanente, sendo as relações de trabalho regidas pelas disposições gerais da Consolidação das Leis Trabalhistas. Por fim, neste prisma, pode-se dizer que o teletrabalho, dada sua restrição, é uma espécie de trabalho à distância, vide sua amplitude (Bezerra, 2017).

5 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E SUAS IMPLICAÇÕES

O teletrabalho, embora se trate de uma modalidade presente na sociedade desde muito tempo, como já visto, nem sempre foi legalmente resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro na Consolidação das Leis do Trabalho. Sabe-se que, como disposto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 5452/43, “Esta consolidação estatui normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho nela previstas” (Brasil, 1943). Nesse sentido, até que houvesse uma regulamentação acerca do teletrabalho, encontrava-se ele sem as delimitações específicas das quais necessita, dada sua peculiaridade.

A esse respeito, a primeira ação com vistas a abordar a temática na legislação trabalhista pátria foi a alteração do *caput* do art. 6º e o acréscimo do parágrafo único (cf. CLT, art. 6º) pela Lei n.º 12.551/11, igualando a modalidade do trabalho à distância às demais existentes e pela CLT devidamente regulamentadas. Entretanto, com o passar do tempo foi-se percebendo o aumento desse tipo de relação de trabalho, com características particulares, distintas entre si, de modo que pequenos pontos eram significativos para determinar certas diferenças.

Nesse ínterim, com o advento da Reforma Trabalhista, a Lei n.º 13.467 de 2017, o teletrabalho foi consagrado com uma regulamentação específica dentro da Consolidação das Leis do Trabalho. Observamos, assim, que a temática tem sua disposição legal no Capítulo II-A da CLT, do art. 75-A até o 75-E, tendo sido acrescentado, em 2022, pela Medida Provisória n.º 1.108 um novo dispositivo, o 75-F (Brasil, 2022). O objetivo fim dessa regulamentação pode ser compreendido pelo estabelecimento do conceito legal para o teletrabalho, os requisitos necessários para sua execução, sobretudo, a garantia de segurança jurídica para os teletrabalhadores, vide a forte ascendência dessa categoria de trabalho.

Em virtude do movimento contínuo de informações, a flexibilização e a descentralização do trabalho tornaram-se possíveis, ao passo que o teletrabalho surge como grande reflexo do progresso socioeconômico nas relações trabalhistas. Destarte, a legislação pátria atribui, no art. 75-B da CLT, um conceito para teletrabalho, como se vê, *in verbis*:

Art. 75-B Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo (Brasil, 2017).

O primeiro parágrafo aponta para o fato de que o comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto (Brasil, 2017).

Além disso, a Medida Provisória n.º 1.108 acrescentou uma série de parágrafos ao artigo 75-B, que tratam de questões particulares ao regime de teletrabalho. Em suma, objetiva-se mitigar, por meio de dispositivos que servem de respostas aos questionamentos que possam ser levantados acerca dessa temática pouco abordada e, diga-se de passagem, regulamentada (cf. §§ 2º ao 8º). Ademais, é pertinente atentar-nos ao § 9º da referida norma que estabelece que o acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais (Brasil, 2017).

Por essa razão, muito se discute acerca da natureza jurídica desse tipo de vínculo empregatício, de forma que o entendimento doutrinário majoritário atribui a ele a natureza jurídica contratual, estando ligada ao objeto do contrato, que poderá ser civil, comercial ou trabalhista (Barbosa, 2006, p. 618). No que diz respeito à autonomia ou subordinação desse tipo de relação de trabalho, o fato determinante para delimitar essa característica diz respeito tão somente ao conteúdo da prestação de serviço (Barbosa, 2006, p. 618-619).

5.1 TELETRABALHO: FORMALIDADE CONTRATUAL (ART. 75-C)

Daquilo que preleciona o art. 75-C da CLT, é possível observar a necessidade de formalidade quando da celebração de um contrato de trabalho na categoria de teletrabalho, visto que a prestação de serviços nesta modalidade deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado (Brasil, 2017).

Assim, dos parágrafos seguintes vê-se que é admissível a alteração entre o regime presencial e de teletrabalho, sendo necessário, para tanto, mútuo acordo firmado entre as partes, registrado em aditivo contratual. Ademais, é possível ainda a mudança para o regime presencial por determinação unilateral do empregador, desde que ao empregado seja garantido o prazo de quinze dias, devendo, do mesmo modo, ter registro em aditivo contratual. Salienta-se, ainda, que para esta última hipótese, o § 3º do art. 75-C reza que:

§ 3º O empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese de o empregado optar pela realização do teletraba-

lho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes (Brasil, 2022).

5.2 DAS RESPONSABILIDADES LEGALMENTE PREVISTAS (ART 75-D E ART. 75-E)

À luz do art. 75-D, as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito, não integrando tais utilidades, a remuneração do empregado. Outrossim, por meio do art. 75-E incluído pela Lei n.º 13.467, de 2017, vê-se que o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções que deve tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. A Lei aponta, ainda, que o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador (Brasil, 2017).

Por fim, a Lei preleciona, em seu art. 75-F, que:

Art. 75-F Os empregadores deverão dar prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou criança sob guarda judicial até 4 (quatro) anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto (Brasil, 2022).

Isso porque percebe-se que há maior flexibilidade nessa modalidade de trabalho, justificando, portanto, a prioridade que deve ser dada às situações demonstradas pelo presente parágrafo.

Assim sendo, considerando o supracitado, observa-se que o contrato de trabalho, conforme as novas disposições, será meio para a manifestação jurídica da relação desses vínculos trabalhistas, onde deverão constar de forma expressa e clara, todo e qualquer aspecto do trabalho a ser desenvolvido, assim como suas especificidades.

6 A CONTROVÉRSIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR COM A INTEGRAÇÃO DOS MEIOS DE TELECOMUNICAÇÃO NO TELETRABALHO

Isto posto, desvela-se com relevância fulcral um rol de problemáticas jurídicas quanto à relação laboral. De pronto, é distal que se fale em direitos fundamentais e da operacionalidade jurídica dos princípios do direito trabalhista enquanto elemento funcional da garantia destes. Partiremos da primeira e mais densa controvérsia que surge do fato de que, com o teletrabalho, o trabalhador não está mais fisicamente presente na sede empresarial, e muitas vezes utiliza seus próprios equipamentos e infraestrutura para desenvolver suas atividades. Isto suscita a questão sobre como caracterizar o vínculo de emprego neste contexto, já que as características da subordinação e da pessoalidade podem ser afetadas. É, na verdade, possível tratar de trabalho sem supervisão direta, com abertura à total flexibilização de um dos alicerces do direito trabalhista, uma prerrogativa fundamental do trabalhador: a carga horária definida.

Posto isso, a questão-problema da extrapolação da carga horária se evidenciou na pandemia, não por ter surgido nela, mas por ter o teletrabalho se tornado uma modalidade difusa e praticamente homogênea aos prestadores de serviços não essenciais (ou da “linha de frente”, como comumente se denominou). Neste contexto, tornou-se catedral a discussão do “direito à desconexão”, tratado por Cardim (2020) como “um novo direito fundamental”, que faz uma análise muito cuidadosa ao considerar que a desconexão não se trata absolutamente de estar fora do meio em que se desenvolve o trabalho, como uma forma de retornar à casa após o expediente, mas de uma complexa renovação do estado psíquico do trabalhador, de estar apartado

da atividade laboral.

Apesar de essenciais, devemos discordar das considerações da autora citada em aspectos lógico e jurídico, sem absoluto prejuízo às suas considerações. Logicamente, a desconexão completa do trabalho jamais existiu, em qualquer que fosse o regime, talvez, com a difusão e sugestão de adoção do *home office* durante a pandemia, esta realidade tenha sido significativamente agravada, e a desconexão tenha se tornado ainda mais impossível. Mas trazemos à nossa reflexão o destaque de que a incorporação de questões laborais à vida estritamente íntima é antiga, e bastante abordada, mesmo em produções cinematográficas e televisivas, como componente da personalidade ocidental neoliberal e *workaholic*.

Em tessitura jurídica, nossa ressalva dar-se-á no que tange ao aspecto de ser a desconexão um direito fundamental *novo*. Vale retorno a uma definição do que são, efetivamente, direitos fundamentais: em si direitos subjetivos inerentes ao sujeito humano. O direito fundamental está tutelado e resguardado no ordenamento com afínco direto e imediato de conservação do ideal residual de um estado liberal (como o Estado Brasileiro), as liberdades de escolha: permanência, trânsito, negocial, dentre tantas outras liberdades. O exercício livre da vontade é aquilo que caracteriza em si o fundamento do estado democrático de direito, de forma que todas as diversas garantias fundamentais estão plenamente como acessórias à afirmação desta; ela é, axiologicamente, a manifestação efetiva da cidadania.

O Brasil, e alguns outros países, não nos deixam tão órfãos no aspecto normativo, já que têm bastante assentada em suas legislações os caracteres objetivos daquilo que forma a relação empregatícia, e positiva as obrigações e pretensões desta originadas. No caso brasileiro, a CLT contém, em definições bastante exaustivas e precisas, o teletrabalho, modelando a existência da relação de emprego pelo princípio da primazia da realidade, e a ela delegando os mesmos direitos que uma relação de trabalho presencial. Por isso, negamos que qualquer realização dessa modalidade de trabalho se configure de forma dúbia em relação à necessidade de observância e preservação dos direitos do trabalhador. Nas relações de emprego em casos como esse, está positivada na Lei a posição de que existe a relação de emprego, sem vantagens ou prejuízos de direitos em relação à desenvolvida presencialmente. Contudo, existe sim grande prejuízo no que se refere ao controle da jornada de trabalho na realidade prática do trabalho no Brasil.

Não há previsão, em tese, de jornada fixa de trabalho na modalidade que tratamos. Em tese, que se afirme novamente. É de nosso posicionamento que, em que pese não esteja descrita *in verbis*, o direito a uma jornada regular resiste, apesar de ser inexistente o mecanismo de controle, o que negaria o direito subjetivo à remuneração de horas extras (art. 62 da CLT), mandamento este irremediavelmente inconstitucional a nosso juízo, considerando a relação de hierarquia que existe entre o direito a uma jornada regular reforçado pelo princípio geral da primazia da realidade, aliado ao mandamento constitucional da jornada máxima de 44 horas semanais (CRFB art. 7, XIII). O cerne da questão, contudo, está num foro de ordem prática, que é o meio pelo qual se adotará a regulação de carga horária. Há quem argumente como sendo impossível esta tarefa, em face da Lei Geral de Proteção de Dados teoricamente impedir o monitoramento individual por imagem, em posição reforçada pela primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho em decisão de 2020 (processo RR-21162-51.2015.5.04.0014), tomando em consideração que o monitoramento do trabalho realizado em casa se configurasse na categoria de invasão de privacidade e intimidade. Contudo, não reside óbice a este controle por meios efetivos, a nosso juízo, como também ao de Gustavo Beckenkamp (2021):

Neste caso, o trabalhador estará sujeito ao controle de jornada de trabalho, como por meio de sistemas de log in e log off, vigilância por câmeras, monitoramento por chamadas telefônicas ou qualquer outro meio de comando e fiscalização. Consequentemente, será devido o pagamento de horas extras, consoante as demais hipóteses do art. 62 da CLT. Nesse contexto, caberá ao empregado o ônus da prova quanto ao controle de horário.

Assim, é seguro afirmar que o teletrabalho gera as mesmas obrigações e pretensões que o trabalho desenvolvido no *locus laborandi*, havendo completa igualdade entre os gêneros laborais, especialmente, essa modalidade enseja uma maior preocupação com uma jornada de trabalho legal e humana. Não há, encerrando este ponto, motivação para se considerar o teletrabalho como uma modalidade mais laxa em relação a montagem de horários e direitos, pois a estes não pode haver prejuízos de qualquer ordem.

7 AS MEDIDAS DE URGÊNCIA E IMPLICAÇÕES DO CENÁRIO DE PANDEMIA DA DOENÇA COVID-19 NAS RELAÇÕES DE TELETRABALHO

Como já mencionado neste estudo, o contexto de globalização pelo qual passa o mundo nas últimas décadas impôs grandes transformações nos padrões e modelos de trabalho. Não bastasse, a partir da decretação do estado de pandemia mundial pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em março de 2020, como consequência da disseminação do vírus Sars-Cov-2, causador da doença nomeada Covid-19, esse cenário ganhou novos contornos.

À vista disso, afirma-se que a pandemia tem certamente acelerado a adoção de teletrabalho por parte dos empregadores (Achando, 2021). Nesse ponto, enquanto dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) atestavam um total de 3,8 milhões de pessoas trabalhando em domicílio de residência no ano de 2018, com a emergência decorrente da doença Covid-19, esses números saltaram para cerca de 7,9 milhões de brasileiros trabalhando remotamente (Silva; Silva, 2021). Entretanto, a maneira como essa modalidade de trabalho foi colocada aos profissionais pode ter trazido incertezas quanto a sua pertinência no futuro.

Com a família toda em casa, os adultos viram-se, em geral, sobrecarregados seja pela responsabilidade de desenvolver seu trabalho habitual sem perder em rendimento e produtividade, seja pela variante de manter a organização da casa – ponto em as mulheres eram substancialmente afetadas – e auxiliar os filhos em suas atividades escolares no contexto do regime de aulas remotas. Não restam dúvidas de que a realização adequada, produtiva e segura do trabalho passa necessariamente pela garantia das condições de saúde do trabalhador. Ferreira (2021, p. 110-111) ressalta, a esse respeito:

O direito à saúde é considerado tanto um direito de defesa, ou seja, defender e garantir a saúde do trabalhador, impedindo sua não proteção e omissões diretas por parte das empresas, bem como acidentes de trabalho e doenças decorrentes da atividade laborativa, sendo também considerado um direito positivo, de prestações e ações de fazer por parte do Estado, no exercício de seu poder de polícia, bem como ao empregador e às empresas, devendo garantir ambientes salubres e seguros de trabalho, sob pena de responsabilização nas esferas administrativa, civil e penal.

O desgaste físico e emocional dos empregados se deu, ainda, observando a tendência de extensão da jornada de trabalho no cenário descrito, que tornou esses indivíduos *workaholics*, termo utilizado por estudiosos do tema para tratar de viciados em trabalho, demasiadamente preocupados com a manutenção de sua produção laboral habitual. A ausência de descanso ocasionou ou impulsionou o desenvolvimento de patologias diversas, seja no âmbito psíquico (ansiedade, depressão, solidão, *burnout*, etc.), seja na seara das doenças físicas (dores de cabeça e no corpo, estresse, insônia, alterações imunológicas, gastrite, dentre outras).

Nesse contexto, importa expor acerca do direito à desconexão dos trabalhadores, negligenciado diante da pandemia mundial. A falta de separação entre a vida pessoal e a profissional dos empregados evidenciada nas relações laborais em cenário remoto sinalizaram um importante alerta quanto aos direitos básicos dos teletrabalhadores e demais funcionários à distância no pós-pandemia. Silva (2021, p. 9-10) apresenta uma conceituação para o que se entende por direitos à desconexão, nesses termos:

O direito à desconexão é um direito fundamental, que garante ao empregado de forma literal desconectar do trabalho, ou seja, consiste no direito de o empregado de não trabalhar fora do seu horário de expediente do trabalho, e usufruir o seu tempo livre para atividades pessoais, familiares ou outras de interesse e que não estejam relacionados ao trabalho.

Assim sendo, pode-se dizer que o empregador que não observa as garantias à integridade física, saúde e segurança do trabalhador desrespeita a dignidade deste e nega direitos assegurados pela própria Constituição. A propósito, a CRFB/88 trata do dever de redução dos riscos inerentes ao trabalho por parte do empregador através do seu art. 7º, inciso XXII, prescrições essas que foram desconsideradas, sobretudo na conjuntura de pandemia mundial, abrindo espaço para claras violações aos princípios do sistema normativo brasileiro nas relações laborais de teletrabalho.

7.1 O REGIME NORMATIVO ESPECIAL DA PANDEMIA E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TELETRABALHO

Como já foi tratado no presente estudo, a modalidade laboral de teletrabalho ganhou regulamentação jurídica recentemente, com a alteração do art. 6º da CLT e a adição do Capítulo II-A no mesmo diploma legal. O cenário pandêmico a partir de 2020, entretanto, evidenciou a necessidade de revisão das regras tão recentemente editadas. Em caráter de urgência, foram promulgadas uma série de instrumentos normativos pelo Governo Federal no sentido de garantir o isolamento social crucial ao combate ao coronavírus. Nesse âmbito, destaca-se a Medida Provisória n.º 927/2020 (Brasil, 2020), responsável por prever que, durante o estado de calamidade pública, o empregador poderia, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho ou outro tipo de trabalho à distância (art. 4º, MP n.º 927/20). Quanto aos equipamentos necessários à migração de regime laboral, o mesmo artigo dispõe em seu § 4º acerca da hipótese de o empregado não possuir a tecnologia ou a infraestrutura adequada à prestação do teletrabalho, por esses termos:

§ 4º Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou
II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

A MP 927/2020 reforçou, em harmonia com o disposto no art. 2º da CLT, a transferência da responsabilidade pelos riscos inerentes à execução da atividade econômica para o empregador. Nessa perspectiva, ficou estabelecido o reembolso de quaisquer despesas contraídas pelo empregado (art. 4º, § 3º, MP 927/20).

Saliente-se, contudo, que tais disposições declaradas em caráter de urgência e em razão da excepcionalidade das consequências da pandemia da doença Covid-19 não foram convertidas em Lei e, portanto, deixaram de gerar efeitos em 19 de julho de 2020. Dessa forma, tal como afirma Linero e Rocha (2020, p. 138), após a vigência da MP 927, os empregadores que tenham interesse em manter o regime de teletrabalho devem ajustar seus procedimentos em conformidade com as previsões da CLT descritas no item anterior deste estudo.

8 O POTENCIAL DO TELETRABALHO NO MUNDO GLOBALIZADO E OS DESAFIOS DIANTE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NO PAÍS

Tendo em vista o supracitado, resta evidente que o contexto de mundo globalizado, aliado ao protagonismo da conexão instantânea entre as pessoas, eliminou as barreiras geográficas presentes no mundo. Por conseguinte, romperam-se as delimitações tradicionais que vinculavam o trabalho às dependências da empresa e surgiram relações laborais como o teletrabalho, que possibilitam ao empregado realizar as suas atividades de sua própria residência ou de qualquer outro lugar em que se encontre.

Nesse ínterim, o teletrabalho surge como uma tendência mundial, de modelo flexível e em total harmonia com o largamente integrado mundo moderno. O grande espaço de atuação que essa modalidade laboral representou em um contexto tão conturbado como foi a pandemia da doença Covid-19 no período de 2020-2021 é prova fática da versatilidade e dinamicidade que o teletrabalho representa para as relações de trabalho no futuro.

Saliente-se, entretanto, que embora o art. 6º da CLT demonstre a impossibilidade de os teletrabalhadores sofrerem qualquer espécie de prejuízo em direitos trabalhistas em relação aos trabalhadores comuns que prestam atividades presenciais, algumas determinações e percepções equivocadas da legislação vigente e do próprio conceito de teletrabalho, acende um alerta quanto aos desafios que o crescimento das relações laborais desse tipo podem representar no futuro.

Como já foi introduzido em tópicos passados deste estudo, demonstra clara contrariedade ao que consta do art. 6º aludido, a redação do art. 62, inciso III, da CLT, que evidencia a fragilidade da regulamentação conferida aos teletrabalhadores ao determinar que esse regime de trabalho não admite a percepção do adicional de horas extras, sob a justificativa de que não é possível ao empregador realizar o controle de jornada, o que é equivocado ao observar-se os mecanismos tecnológicos atualmente disponíveis.

Nesse sentido, já firmou precedente o Tribunal Superior do Trabalho (TST):

CONTROLE DE JORNADA. POSSIBILIDADE. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O entendimento uniformizado por esta Corte é de que, além de ser admissível o controle indireto da jornada de trabalho, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se exclua a hipótese do dispositivo legal em questão. [...] Assim, constatada a possibilidade de controle, são devidas as horas extras pleiteadas. Recurso de revista conhecido e provido (Brasil. TST. RR 8872120145120038, 2019).

Ademais, diante das percepções incorretas perpetradas no passado, de que o teletrabalho elimina o requisito de subordinação entre empregado e empregador nas suas relações, o TST reconheceu que tal entendimento é indubitavelmente equivocado, de acordo com julgado de Maurício Godinho Delgado:

Isso não elimina, porém, necessariamente, a presença de subordinação na correspondente relação socioeconômica e jurídica entre o trabalhador e seu tomador de serviços, desde que ultrapassado o conceito tradicional desse elemento integrante da relação empregatícia em favor de sua dimensão objetiva ou, até mesmo, em favor do conceito de subordinação estrutural. Dentro deste novo, moderno e atualizado enfoque da subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do home office, podem, sim, ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados (Brasil. TST. AIRR 62141-19.2003.5.10.0011, 2010).

Outrossim, de modo a demonstrar o potencial do teletrabalho na contemporaneidade, muitas empresas já manifestaram interesse em manter o regime de teletrabalho ou ao menos adotar um modelo híbrido de relação de trabalho. Para isso, contudo, faz-se necessário que o contrato laboral tenha previsões claras quanto a aspectos como delimitação dos dias em que o trabalho deva ser presencial ou remoto, disponibilização de ferramentas de trabalho, reembolso de despesas, horário da jornada de trabalho e instrução quanto à segurança e doenças ocupacionais.

Amparados nos pontos históricos, teóricos e objetivos que foram expostos nesse estudo, resta evidente que o teletrabalho é visto com altas expectativas de expansão e tem todos os requisitos necessários para configurar alternativa pertinente de contrato de trabalho em um mundo globalizado e cada vez mais dinâmico, alterando, assim, a própria forma como se trabalha e se produz riquezas no ambiente laboral.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foram exploradas as peculiaridades do teletrabalho no mundo globalizado, considerando-o como um meio de desenvolver atividades através das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). Durante esta análise, foram destacadas diversas considerações importantes relacionadas a esse tipo de relação especial de trabalho. Primeiramente, ressalta-se que a pandemia da doença Covid-19 trouxe inovações significativas no campo do teletrabalho. Com a implementação da Medida Provisória 927 (Brasil, 2020), foram estabelecidas diretrizes e regulamentações para o teletrabalho, buscando adaptar a legislação trabalhista às novas demandas impostas pela crise sanitária. Essa medida evidenciou a importância do teletrabalho como uma alternativa viável para manter a continuidade das atividades laborais em situações de emergência, além de abrir possibilidades de trabalho remoto para muitas empresas e profissionais.

No que diz respeito ao *status* do teletrabalho, enfatiza-se que ele deve ser tratado de forma equivalente às outras relações de emprego. Embora a modalidade de trabalho remoto apresente características distintas, é essencial que os direitos e as obrigações sejam garantidos e estabelecidos em níveis similares aos do trabalho presencial. Os teletrabalhadores devem usufruir dos mesmos benefícios e proteções sociais assegurados aos trabalhadores convencionais, tais como salário digno, jornada de trabalho regulamentada, descanso semanal remunerado, férias, entre outros direitos fundamentais.

No entanto, é importante salientar que a qualidade optativa do pagamento de horas extras para o teletrabalho pode ser considerada inconstitucional, o que é assunto ainda não discutido satisfatoriamente e que merece abordagem em estudo específico no futuro. A ausência de controle efetivo sobre a jornada de trabalho pode levar à sobrecarga de horas e à exploração do trabalhador remoto. Portanto, a legislação precisa ser revisada para garantir a justa remuneração por horas extras, a fim de evitar abusos e assegurar a qualidade de vida do teletrabalhador.

Por fim, destacamos a relação intrínseca entre o teletrabalho e a globalização. O avanço das TICs e a conectividade global possibilitaram o desenvolvimento e a expansão do trabalho remoto, superando as barreiras geográficas e temporais. O teletrabalho permite que profissionais e empresas se conectem em âmbito mundial, aproveitando vantagens como a diversidade cultural, a flexibilidade e a otimização de recursos. Ao mesmo tempo, o teletrabalho é influenciado pela globalização, uma vez que as tendências econômicas, políticas e tecnológicas globais moldam o contexto no qual essa modalidade de trabalho se insere.

Em síntese, o teletrabalho se configura como um meio fundamental para o desenvolvimento das atividades laborais em um mundo cada vez mais globalizado. Desse modo, a pandemia, sem dúvida, demandou a aceleração de sua adoção e evidenciou a necessidade de regulamentações adequadas para garantir os direitos dos teletrabalhadores. Portanto, é imprescindível que as políticas públicas e as legislações busquem acompanhar as transformações no mundo do trabalho, assegurando condições justas e equitativas para aqueles que exercem suas atividades, seja em contato direto com a supervisão empregatícia, ou não.

Durante este estudo outras questões correlatas foram surgindo, tais como o acúmulo de atividades em especial, com perspectiva de gênero, a invasão dos horários de trabalho na vida pessoal, os custos operacionais mantidos pelo trabalhador em sua residência. Mas não poderiam ser alcançados neste texto por questões materiais, mas semeia-se a proposta para novos

debates e pesquisas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHANDO, Cristiana. **Um estudo comparativo entre os teletrabalhadores habituais e os novos teletrabalhadores, associados à pandemia gerada pela Covid-19**.1-61. Dissertação de Mestrado. Instituto Universitário de Lisboa. Lisboa, 21 dez. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/21859>>. Acesso em: 7 mai. 2023.

BARBOSA, Robison Luís Duarte. O teletrabalho dentro de uma visão mais ampla da subordinação jurídica. **Revista Direito e Liberdade**. v. 3, n. 2, p. 607-628, 2006. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16046868.pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2023.

BECKENKAMP, Gustavo. LGPD e o teletrabalho: o tratamento dos dados sensíveis do empregado no pós-contrato de trabalho. **Revista da Graduação PUC-RS**. Porto Alegre, 2021. 1-36. Orientadora: Denise Pires Fincato. Artigo Científico. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/gustavo_beckenkamp.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 mai. 2023.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho., Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 9 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm>. Acesso em: 9 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 7 mai. 2023.

_____. **Medida Provisória n.º 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n.º6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>>. Acesso em: 8 mai. 2023.

_____. **Medida Provisória n.º 1.108, de 25 de março de 2022**. Dispõe sobre o pagamento

de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei n.º 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/mpv/mpv1108.htm>. Acesso em: 8 mai. 2023.

CARDIM, Talita Corrêa Gomes. Direito à desconexão: um novo direito fundamental do trabalhador. In: VEIGA, Fábio da Silva; GONÇALVES, Rubém Miranda (ed.); MARTINS, Flávio; RODRIGUÉZ, Gabriel Martín (coord.). **Direitos Fundamentais e Inovações no Direito**. Porto: IBEROJUR, 2020, cap. 17, p. 143-150.

DE OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves. **As novas tecnologias da informação e da comunicação nas relações do trabalho**: o teletrabalho. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 2, 2013, Santa Maria. Anais [...]. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013. p. 839-851. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/6-7.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Benchmarking progress on new ways of working and new forms of business across Europe: ECaTT final report 2000**. Bruxelas: IST, 2000.

FERNANDES, Liliana da Mota. **A (r)evolução do teletrabalho**: modalidade de contrato contemporânea. 2021. 98 f. Tese de Doutorado. Instituto Politécnico de Coimbra. Coimbra, 2021. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.26/39013>>. Acesso em: 6 mai. 2023.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Marcela Pereira. A ampliação do teletrabalho e home office em tempos de pandemia e seus reflexos na saúde do trabalhador. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, [S.l.], v. 07, n. 1, p. 101-119, jan–jun. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9857/2021.v7i1.7934> Disponível em: <<https://scholar.archive.org/work/ids2d7uuqvhmljguejpa42ensa/access/wayback/https://indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/download/7934/pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2023.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CÔBO, Jorcele Aparecida. **Considerações sobre o Teletrabalho no Contexto da Pandemia da COVID-19**. 2020. 16 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de Uberaba (UNIUBE), Uberaba. Disponível em: <<https://dspace.uniube.br/handle/123456789/1278>>. Acesso em: 8 mai. 2023.

JUNIOR, Irineu Francisco Barreto; SILVA, Josiane Machado da. Novas Tecnologias e Relações de Trabalho na Sociedade da Informação: o Teletrabalho. **Revista Direito e Justiça**. Santo ngelo. v. 15, n. 24, p. 21-50, 2015. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/322640758.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2023.

KUGELMASS, Joel. **Teletrabalho: novas oportunidades para o trabalho flexível**: seleção de funcionários; benefícios e desafios; novas tecnologias de comunicação. Tradução: Geni G. Goldschmidt, São Paulo: Atlas, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LINERO, Cibelle; ROCHA, Larissa Medeiros. Os desafios na manutenção do regime de teletrabalho no Brasil após a pandemia da Covid-19. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, [S.l.], v. 2, n. 4, p. 125-148, 2020. Disponível em: <<https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/93>>. Acesso em: 8 mai. 2023.

PAULINO, Lincoln. Contrato de trabalho, suas características, seus elementos e classificações. **Jusbrasil**, [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/contrato-de-trabalho-suas-caracteristicas-seus-elementos-e-classificacoes/849278474/amp>>. Acesso em: 13 mai. 2023.

RAMOS, Clarissa Maria Bastos Oliveira. Teletrabalho e reforma trabalhista. **DireitoNet**, [S.l.], 05 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11809/Teletrabalho-e-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 8 mai. 2023.

ROSENFELD, Cinara Lerrer; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, p. 207-233, 2011. DOI: 10.1590/S0011-52582011000100006.

SAKUDA, Luiz Ojima. **Teletrabalho: desafios e perspectivas**. 2001. 163 f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Programa de Pós-Graduação em Administração, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2001.

SERRA, Joaquim Paulo. O Teletrabalho - conceito e implicações. In: CORREIA, João Carlos; FIDALGO, António; SERRA, Joaquim Paulo (orgs.). **Informação e Comunicação Online, Volume III – Mundo Online da Vida e Cidadania**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2003, cap. II, 03, 163-187 Disponível em: <https://www.bocc.ubi.pt/pag/jpserra_teletrabalho.html>. Acesso em: 6 mai. 2023.

SILVA, Gustavo Martinato Gonçalves; SILVA, Ricardo Talles Cotta. **Teletrabalho no contexto da pandemia do Covid-19**. 2021. 13 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário UNA, Betim. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/14666>>. Acesso em: 8 mai. 2023.

REALIDADE CONTEMPORÂNEA DO TRABALHO ESCRAVO NO SUL DO BRASIL

THE REALITY OF THE MODERN SLAVE LABOR IN SOUTHERN BRAZIL

Beatriz Carneiro da Silva Cavalcante

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Sabrynna Mykaelly Assis

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Willian Gabriel Reis Martins

Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Agnes Pauli Pontes de Aquino

Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Orientador e Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Resumo: Este artigo discute a escravidão contemporânea no viés jurídico-trabalhista, a partir da análise e caracterização do trabalho alusivo à escravidão ocorrido no primeiro trimestre de 2023, ainda com ênfase no caso que se destacou nos meios de comunicação e na mídia: o resgate de 207 trabalhadores em Bento Gonçalves, Rio Grande do Sul, amplamente repercutido nas mídias. Questiona-se, perante uma análise histórico-jurídica, a hipótese de que o trabalho exaustivo foi exaurido da sociedade por meio da abolição da escravatura. Além disso, busca expor o impacto das decisões públicas na realidade, bem como as consequências do trabalho forçado à curto e longo prazo, além das soluções empregadas no combate a essa problemática.

Palavras-chave: Trabalho escravo. Jornada exaustiva. Trabalho forçado. Exploração.

Abstract: *This article discusses contemporary slavery from a legal-labor perspective, based on the analysis and characterization of work alluding to slavery occurred in the first quarter of 2023, also with emphasis on the case widely reflected in the media about the plantations in the southern region of the country. Questioning, then, in the face of a historical-juridical analysis, the hypothesis that exhaustive work was exhausted from society through the abolition of slavery, as well as trying to expose the bias of the impact of public decisions on a given reality, as well as the consequences of the reality of forced labor in the short and long term and the solutions used to combat this problem.*

Keywords: *Slavery work. Exhaustive journey. Forced labor. Exploration.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Características e estatísticas do trabalho escravo contemporâneo – 3 Ciclo do trabalho escravo contemporâneo – 4 Legislação e combate – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Em 1888, foi declarado, por meio da Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888, o fim da escravidão no Brasil (Brasil, 1888). Junto a isso, a licitude da escravidão extinguiu-se do âmbito

jurídico. Nesse viés, deixaria de existir a posse ou a servidão de alguém. Entretanto, a sociedade contemporânea, em geral, encontra-se ainda em face de discutir as condições desumanas aplicadas a trabalhadores vulneráveis.

Assim, como uma tentativa de sanar essa discussão em âmbito internacional, fez-se presente, no art. 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a proibição de trabalho escravo ou servidão. Já no Brasil, a norma responsável por ditar tal regra é o art. 149 do Código Penal, que criminaliza a redução de alguém a uma condição análoga à de um escravo*, implementando consigo a utilização das expressões “trabalho forçado”, “jornada exaustiva” e “condições degradantes” para se referir a tais práticas que perderam sua tipicidade (Brasil, 2003).

Ainda, quando o termo “jornada de trabalho” é abordado, faz-se referência à jornada instaurada pelo fordismo, que determinou 8 horas diárias e 44 horas semanais, para garantir o melhor fluxo de produção e dignidade humana do trabalhador. Essa determinação está explicitamente refletida na Constituição Federal de 1988 quando diz:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (Brasil, 1943).

Ou seja, toda a prática que extrapola a limitação legal imposta inflige diretamente a dignidade humana, pondo em risco a saúde mental e física do trabalhador. Nesse sentido, a exposição dos empregados a condições degradantes de labor análogas à escravidão serve como meio para estabelecer os interesses deste empregador que preza pelo lucro em detrimento do bem-estar do trabalhador. Disso, surge o sentido da jornada exaustiva, que foi definida em 2013 pelos autores Figueira, Prado e Galvão como:

[...] imposta a alguém por outrem em relação de trabalho, além dos limites legais extraordinários estabelecidos na legislação de regência, e/ou capaz de causar prejuízos à saúde física e mental. É decorrente de uma situação de sujeição que se estabelece entre ambos, de maneira forçada ou por circunstâncias que anulem a vontade do primeiro (2013, p. 36).

Para além do exposto, quando se refere a condições degradantes, tem-se o seu sinônimo intimamente relacionado à precariedade do trabalho e às condições de vida do trabalhador. Ou seja, trata-se de situações nas quais estão presentes um alojamento precário, péssima alimentação, falta de assistência médica, ausência de saneamento básico e água potável; situações de maus-tratos; e, em alguns casos, até mesmo ameaças físicas e psicológicas.

Dito isso, no ano de 2023, uma situação de trabalho alusivo à escravidão se destacou nos meios de comunicação e na mídia: o resgate de 207 trabalhadores em Bento Gonçalves, Rio grande do Sul. O caso em questão teve impacto na sociedade, pois a denúncia envolveu, além da jornada exaustiva, o emprego de espancamento, de choque elétrico, de *spray* de pimenta e a utilização de balas de borracha.

A operação – realizada em conjunto entre a Polícia Rodoviária Federal (PRF), a Polícia Federal e o Ministério Público do Trabalho – fez-se possível após a fuga de três dos trabalhadores em questão, os quais alegaram terem sido mantidos presos em um alojamento contra a sua vontade. Em seus depoimentos, além das agressões físicas, os trabalhadores viviam em

*É notório observar que o termo “escravo” compreende uma visão desatualizada, que condiciona o estado natural do indivíduo, e por isso a atualidade aceita o termo “escravizado” como o correto, pois a epistemologia traduz-se em uma condição imposta por outrem. Assim, enfatiza-se que a legislação vigente faz referência a linguagem utilizada no início do século, não acompanhando as conquistas e mudanças étnico-linguísticas advindas do avanço social.

constante medo, devido às ameaças direcionadas às suas famílias. Também, eram vítimas de um endividamento perene, porque apenas conseguiam adquirir seus produtos de subsistência por meio de um único estabelecimento de venda nas proximidades do local, a qual superfaturava o preço dos produtos, assim, mantendo os trabalhadores na obrigação de quitar seus débitos (G1, 2023).

Outrossim, o Rio Grande do Sul protagonizou, duas semanas após o caso supracitado, mais um episódio de trabalho alusivo à escravidão. Nesse caso posterior, foram libertadas mais de 82 pessoas, que, dessa vez, trabalhavam em plantações de arroz, na cidade de Uruguaiana, envolvendo o emprego de mão de obra jovem, com adolescentes entre 14 e 17 anos (G1, 2023).

Destacando o Rio Grande do Sul como padrão de localidade, a pesquisa da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (Detrae/MTE), responsável por quantificar o recorde de resgate dos trabalhadores em jornada exaustiva de trabalho no primeiro trimestre de 2023 (918 vítimas), expondo um aumento de 124% com relação ao primeiro trimestre de 2022 (G1, 2023).

Por fim, a pesquisa em questão, apresentou o Rio Grande do Sul como um dos líderes quantitativos de vítimas resgatadas, estando atrás apenas de Goiás que libertou mais de 300 pessoas por meio de operações do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) (UOL, 2023).

Assim, o presente artigo tem o intuito de analisar as condições de trabalho empregadas no caso das vinícolas de Bento Gonçalves, em contraste com as características do trabalho escravo contemporâneo, como também as soluções empregadas e disponibilizadas no ordenamento brasileiro, por meio da pesquisa avaliativa e de pesquisas bibliográficas.

2 CARACTERÍSTICAS E ESTATÍSTICAS DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Nos termos do artigo 149 do Código Penal, são elementos que caracterizam e possibilitam a identificação da redução à condição análoga à de escravo: a submissão a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas, a sujeição a condições degradantes de trabalho e a restrição de locomoção do trabalhador – o parágrafo primeiro deste instrumento, por sua vez, determina que impedir o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, mantê-lo sob vigilância ostensiva ou se apoderar de seus documentos ou objetos pessoais com o fim de retê-lo no local de trabalho, configura-se como trabalho análogo ao de escravo (Brasil, 2003).

Dessarte, tais elementos são determinantes e devem ser devidamente observados. O trabalho forçado configura-se como a submissão ao exercício do trabalho ou a continuidade do mesmo contra a vontade do sujeito, mediante uso de força, chantagem, por alguma dívida ou por qualquer outro motivo; a jornada exaustiva é aquela em que o trabalhador é submetido a longos períodos na atividade laboral, sem descanso entre as jornadas e, na grande maioria das vezes, sem remuneração ou com uma remuneração e descanso tanto inadequados quanto insuficientes, o que coloca em risco a integridade física e a saúde da vítima; a servidão por dívida caracteriza-se pela situação em que o trabalhador é obrigado a continuar no ofício para quitar dívidas com o empregador, que, diversas vezes, estabelece-as ilegalmente para manter a vítima retida. Por fim, é necessário estar atento às condições a que os trabalhadores estão submetidos, de modo que, se degradantes, vão muito além da violência, como a falta de assistência médica, saneamento, água e alimentação adequadas, mas também alojamentos em situação de precariedade desenham essas condições (UOL, 2014).

Assim, é possível constatar diversos elementos no acontecimento em foco. Logo que as três vítimas fugiram, procuraram a unidade operacional da PRF em Caxias do Sul, relatando que teriam sido mantidas em um alojamento contra a própria vontade (G1, 2023). As equipes do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e da Polícia Federal (PF) certificaram-se sobre a veracidade dos fatos descritos pelos trabalhadores, encontrando evidências de que, de fato,

estavam nos alojamentos.

Dessa maneira, as vítimas não só tinham seu direito à livre locomoção cerceado sob a pena de pagamento de multa por quebra do contrato de trabalho, como também enfrentavam episódios de violência física – chicotadas, choque elétrico, palmatória e *spray* de pimenta caso parassem para descansar. Além de todo o terror psicológico, visto que, como já exposto, suas famílias eram ameaçadas, ainda sofriam humilhações verbais. Comitadamente, passaram por longas e exaustivas jornadas de trabalho, fora as condições desumanas nas quais foram obrigados a viver dentro do alojamento em Bento Gonçalves, no que concerne à insalubridade das condições de moradia (G1, 2023).

As estatísticas são, pois, imprescindíveis para mapear e analisar os possíveis padrões de perfis da vítima, dos empregadores criminosos, do ambiente no qual ocorrem esses crimes, do tipo de labor e, conseqüentemente, das soluções necessárias para o combate ao trabalho análogo ao escravo. As pesquisas, no geral, indicam que os trabalhadores têm em sua maioria baixo nível de escolaridade e, portanto, findam por aceitar qualquer trabalho em busca de renda, tanto para a própria subsistência quanto para auxiliar a família. Muitos são enganados, outros não têm o devido acesso à informação, nem conhecimento sobre os próprios direitos (Brasil Escola, 2023).

De acordo com o banco de dados do Seguro-Desemprego do Trabalhador Resgatado, do Sistema de Acompanhamento do Trabalho Escravo (SISACTE) e do Sistema de Controle de Erradicação do Trabalho Escravo presente no Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil, lançado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2022, 7% dos trabalhadores resgatados eram analfabetos e cerca de 43% não completaram o ensino fundamental (Brasil Escola, 2023).

Também, a princípio, a maioria dos 44 mil brasileiros resgatados desde 2002 eram homens e jovens, um quarto destes possuíam até 24 anos, enquanto as mulheres configuram apenas 7% das vítimas. Os dados mais recentes do Ministério do Trabalho (MT) e Previdência apontam que, dentre as brasileiras resgatadas nos últimos vinte anos, 50% se declararam pardas, 21% brancas, 14% pretas, 12% amarelas e 3% indígenas. Dentre os trabalhadores resgatados em 2022, 83% se autodeclararam negros (UOL, 2023).

Nesse ínterim, quanto ao tipo de trabalho realizado, grande parte se caracteriza como rural, por meio da produção de café, soja, cana-de-açúcar, frutas, como também pela criação bovina, pela produção de carvão, no extrativismo mineral e vegetal. Desde 2003, a pecuária tem cedido o seu espaço no *ranking* dos ramos com mais casos de trabalho escravo, para o cultivo, principalmente da cana-de-açúcar e para as atividades de apoio à agricultura. No começo do ano de 2003, 54% dos casos de trabalho análogo à escravidão aconteciam na pecuária; esse percentual caiu para 29% (UOL, 2023).

Enquanto, no meio urbano, o trabalho escravo mostra-se presente especialmente na construção civil e nas indústrias têxteis. Porém, não deve ser esquecido o trabalho escravo no âmbito doméstico, um tipo velado de trabalho análogo à escravidão, porque é muito comum que o empregador justifique as condições com pequenas recompensas, mantendo, diversas vezes, a vítima no local de trabalho, inclusive permanentemente, arguindo-se de que esta seria tratada como parte da família.

Por fim, dados da mesma pesquisa informam que o número de brasileiros resgatados em 2022 foi de 2.469, claramente alarmante, visto que configurou o maior em dez anos. Enquanto isso, o ano de 2023 não teve um bom começo. Apenas no primeiro trimestre foram resgatadas 294 pessoas no estado do Rio Grande do Sul (UOL, 2023).

Contudo, o maior resgate de trabalhadores escravizados no Brasil aconteceu em 2007, quando 6.025 pessoas foram encontradas pela Inspeção do Trabalho, a maioria no estado do Pará (1.934) e no estado do Mato Grosso do Sul (1.646). Embora mais de 132 milhões de reais tenham sido recebidos pelos trabalhadores, entre 1995 e 2022, como verba rescisória, a luta nacional permanece difícil, pois, desde 2011, o número de auditores fiscais do trabalho diminuiu

37% no Brasil. Doze anos atrás, o país contava com 3,1 mil profissionais; hoje há apenas 1,9 mil (UOL, 2023).

3 CICLO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Sabe-se que o trabalho escravo é uma prática condenada por organismos internacionais. Na contemporaneidade, pode-se observar que é comum, na caracterização dessa prática, um ciclo que se repete em grande parte dos casos: vulnerabilidade socioeconômica, aliciamento e migração, trabalho escravo. Logo, em situações de fuga do trabalhador ou de denúncia, tem-se ainda a continuação do ciclo: fuga, fiscalização, libertação, pagamento de direitos e, muitas vezes, a volta à vulnerabilidade socioeconômica (Repórter Brasil, 2014).

Nesse contexto, as vítimas do trabalho escravo vêm de locais com condições precárias de subsistência, normalmente originárias de zonas rurais ou cidades pequenas. Desse modo, na primeira fase do ciclo, a vulnerabilidade social fica evidente, posto que as vítimas são pessoas com baixa renda ou desempregadas, caracterizando a vulnerabilidade socioeconômica. Assim, essas pessoas buscam conseguir uma melhor condição de vida, a exemplo das acometidas no caso situacional em estudo que, em sua grande maioria, migraram da Bahia para o Rio Grande do Sul.

Posteriormente, na segunda fase do ciclo, os chamados “gatos” são pessoas que ficam com a responsabilidade de aliciar as pessoas em condições de vulnerabilidade. Inicialmente, os trabalhadores recebem a promessa de um trabalho digno, com remuneração excelente, para que consiga chamar a atenção das vítimas. No caso sulista abordado, foram prometidos salários maiores que 3 mil reais para os trabalhadores. Contudo, a exploração das vítimas se constitui normalmente a partir do primeiro golpe: uma dívida decorrente da realocação da terra em que reside o indivíduo até o local de trabalho no qual será abusado, humilhado e forçado a trabalhar.

Em Bento Gonçalves, a responsável pela contratação foi a empresa Fênix Serviços Administrativos e Apoio à Gestão de Saúde LTDA, que prestava serviços a três grandes vinícolas da região: Aurora, Cooperativa Garibaldi e Salton. Também, o responsável pela terceirizada em questão já passara por outra investigação de mesmo teor em 2021 (G1, 2023).

Outrossim, tratando-se da terceira fase do ciclo, ao chegar no local de trabalho, as vítimas tomam ciência da verdadeira condição degradante a qual serão submetidas. Desse modo, a dívida antes adquirida com a passagem soma-se às despesas básicas para a subsistência, como a alimentação, alojamento e ferramentas para a realização do trabalho. Assim, é comum a retenção dos documentos, até que as vítimas quitem as suas dívidas, mas, devido à baixa remuneração, é impossível que isso ocorra.

Ademais, na quarta fase do ciclo, as pessoas se colocam em risco ao buscar a fuga, pois a rede do trabalho escravo é complexa, contando com capatazes para que consigam ter o controle das vítimas. Assim, caso consigam fugir, elas têm a possibilidade de realizar a denúncia. Entretanto, muitas não sabem que podem fazê-lo e outras preferem não se envolver por medo.

Ainda, na quinta fase do ciclo, com o surgimento da denúncia, instaura-se o dever para as autoridades estatais de investigar o objeto da notificação, ou seja, o caso. É inconteste que a investigação é o processo que possibilita a libertação das vítimas e, concomitantemente, o descobrimento de quem são os indivíduos envolvidos no crime. Na ocorrência sulista, esse processo contabilizou 207 trabalhadores, encontrados e libertos da fazenda de Bento Gonçalves (Extra Classe, 2023).

Por conseguinte, na sexta fase do ciclo, sendo crime no Brasil, os responsáveis podem sofrer penas diversas, chegando até a reclusão. Os condenados devem arcar com indenizações à vítima, e também com o pagamento de direitos trabalhistas, como férias remuneradas, adicional de férias, FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) e décimo terceiro salário de acordo com o tempo trabalhado. Além disso, também é incluído o salário mínimo relacionado

à jornada trabalhada, de acordo com o estabelecido pela convenção coletiva de trabalho, responsável pelo regimento da função anteriormente exercida. Assim, por determinação judicial, estima-se que a verba rescisória, paga pelo empresário da “Fênix” aos trabalhadores, ultrapassou o valor de 1 milhão de reais (Extra Classe, 2023).

Já na sétima fase do ciclo, muitas vítimas do trabalho escravo retornam para as suas terras natais e enfrentam novamente a condição de vulnerabilidade na qual se encontravam no início do ciclo. Entretanto, essa situação pode ser revertida, por meio do trabalho de setores, principalmente governamentais, que busquem oferecer assistência às vítimas.

4 LEGISLAÇÃO E COMBATE

Diante do exemplo exposto acerca do trabalho análogo à escravidão nota-se que infelizmente, mesmo 135 anos após a promulgação da Lei Áurea, as condições degradantes de trabalho ainda são uma realidade no Brasil. Portanto, para combater essa problemática, o Poder Executivo Federal, por intermédio do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), estabeleceu variados expedientes que buscam disseminar informações e promover o oferecimento de denúncias e a conscientização dos cidadãos, a exemplo da campanha “Trabalho Escravo não!” ou, também, a divulgação das sociedades empresariais sancionadas com sua inserção no “Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo”.

É importante salientar, dentre as bases constitucionais, os fundamentos da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho humano, no caso das vinícolas de Bento Gonçalves, feriu diretamente art. 1º da Constituição Federal (CF) que dita:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - A dignidade da pessoa humana;

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Brasil, 1988).

Nesse contexto, as situações às quais os trabalhadores eram submetidos, tais como a ausência de atendimento às suas necessidades básicas de subsistência, não pagamento de horas extras e adicional noturno, representam uma série de transgressões que vão contra o que é previsto na Carta Magna de 1988. Desse modo, a convergência de todos esses fatores culmina no atentado aos valores e funções sociais defendidos pelo art. 186 da CF, o qual dita acerca das disposições legais do trabalho e do trabalhador, assim sendo:

Art. 186 A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

III - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (Brasil, 1988).

Nesse ínterim, a Constituição Federal assume papel fundamental na principiologia do Direito, bem como em suas garantias, as quais abrangem tanto a possibilidade de um ambiente de trabalho digno e saudável quanto o direito de ir e vir de um indivíduo. Ademais, a Constituição reconhece o trabalho como um direito social fundamental (CF, art. 6º), conferindo uma extensa proteção aos direitos dos trabalhadores. Ainda, a consagração dos valores sociais do trabalho impõe ao Estado o dever de proteção das relações de trabalho contra qualquer tipo de aviltamento ou exploração, cuja ocorrência tem sido frequente na história do trabalho assala-

riado.

Porém, embora a Carta Magna proponha manter os direitos e garantias citados anteriormente, a realidade vivenciada pelas vítimas de escravidão moderna nas vinícolas do sul do país evidenciam uma clara ofensa ao próprio direito e a negligência com a sociedade civil. Já em relação à análise criminal da legislação brasileira, o tipo penal “redução à condição análoga à de escravo” está previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro, como dito anteriormente durante a construção deste artigo. Está posto:

Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência (Brasil, 1940).

Por certo, as normas jurídicas englobam, alternativa ou cumulativamente, a submissão a trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho ou a restrição de locomoção do empregado por conta de dívida. Ou seja, no caso em estudo, a Constituição Federal, de fato, aparece como garantidora da dignidade humana das vítimas.

Ora, é legítimo visualizar o potencial de implementação de medidas para o melhor uso de ferramentas já disponibilizadas pelo Governo adequando-as ao tema. Dentre as medidas surge a necessidade do aperfeiçoamento das Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário (TPU) – criadas pela Resolução-CNJ n.º 46/2007 com intuito de aprimorar e uniformizar a coleta de informações estatísticas sobre assuntos, movimentações e documentos processuais para melhor planejamento estratégico do Poder Judiciário para que contemple também temas de pesquisa referentes ao trabalho em condição análoga à de escravo.

Ainda, outra providência é ampliar a divulgação dos trabalhos do Comitê Nacional de Enfrentamento à Exploração do Trabalho em Condição Análoga à do Escravo e ao Tráfico de Pessoas e do Fórum Nacional para o monitoramento e solução de demandas atinentes à Exploração do Trabalho em Condição Análoga à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas (Fontet), ambos vinculados ao Conselho Nacional de Justiça (UOL, 2014).

Em suma, a Justiça do Trabalho vem assumindo um importante papel no combate ao trabalho em condição análoga à de escravo, por meio da fixação, em ações civis públicas ou coletivas, ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, e condenações de ordem pecuniária (multas e indenizações pelos danos causados ao trabalhador e à sociedade).

Outrossim, a promoção da informação pelo Ministério Público do Trabalho, com o fito de educar a população acerca dos seus direitos garantidos por lei, a assistência às vítimas, como pagamento indenizatório e qualificação profissional para garantir que o cidadão não retorne para aquela situação degradante, e, por fim, a punição, a fim de coibir essa violação de Direitos Humanos, por meio de penas, sob regime de reclusão e multa, são outros “remédios jurídicos” utilizados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o trabalho forçado contemporâneo é evidenciado como um retrocesso de todas as conquistas sociais adquiridas durante o decorrer da história nacional. Nesse sentido, o combate a essa prática criminosa mostra-se insuficiente, em decorrência do aumento de casos de vítimas resgatadas pelo Ministério do Trabalho (MT) apenas no primeiro trimestre de 2023, um recorde de 918 casos (G1, 2023). Além disso, vale ressaltar a grande concentração de escravos em regiões de atividade agropecuária, como fazendas e sítios, com destaque para os estados do Rio Grande do Sul e Goiás. Assim, são as pessoas em situação de vulnerabilidade social, que

não tiveram acesso a um sistema de ensino de qualidade, as principais vítimas dessa prática.

Por conseguinte, embora o art. 149 do CP e o art. 4º da DUDH em seu escopo visem garantir a manutenção de um ambiente de trabalho saudável, a prática escravocrata na região Sul do país vai de encontro às premissas estabelecidas. Dessa maneira, abusos trabalhistas têm sido identificados em profusão, como o citado nas fazendas de vinícolas, caracterizados pela jornada exaustiva de trabalho, juntamente às condições degradantes às quais as vítimas são forçadas a aderirem. Dessarte, são infligidas as dignidades físicas e psicológicas dos trabalhadores por meio da violência, ameaças, medo e restrições de suas liberdades. É desse modo que os abusadores mantêm o ciclo vicioso de servidão e dominação.

Assim, com a necessidade de solucionamento, o governo do Estado da região iniciou um projeto de reinserção dos resgatados no mercado de trabalho, a fim de tentar devolver a dignidade e solidificar as garantias legislativas da Constituição da República Federativa Brasileira. Portanto, com o objetivo de reprimir a ação escravocrata na região o Ministério do Trabalho (MT) e a Secretaria Estadual do Trabalho do Rio Grande do Sul estão atuando em conjunto em uma série de operações de resgate, penalizações e sancionamentos contra qualquer forma de trabalho escravo que possa ser identificado na região.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888**. [Código Penal]. Carta de Lei, Rio de Janeiro, 13 de maio de 1888. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em: 22 mai. 2023.

_____. **Lei n.º 10.803, de 11 de dezembro de 2003**. [Código Penal]. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de dez. 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.803.htm>. Acesso em: 22 mai. 2023.

FIGUEIRA, R. R.; PRADO, A. A.; GALVÃO, E. M. **Privação de liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea**. Rio de Janeiro: Mauad X. 2013.

FRAGA, César. Trabalho escravo: 207 trabalhadores resgatados e mais 23 produtores envolvidos. **Extra Classe**. Brasil, 25 de fevereiro de 2023. Disponível em: <<https://www.extraclasse.org.br/justica/2023/02/trabalho-escravo-207-trabalhadores-resgatados-e-mais-23-em-presas-envolvidas/>>. Acesso em: 21 mar. 2024.

GORZIZA, A.; MACHADO, L.; BUONO, R.. Faces da Escravidão Contemporânea. **UOL**. Piauí, 20 de março de 2023. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/faces-da-escravidao-contemporanea/>>. Acesso em: 21 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 20 mai. 2023.

PORFÍRIO, Francisco. Trabalho escravo contemporâneo. **Brasil Escola**. [S.l.]. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/escravidao-nos-dias-de-hoje.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2023.

PREITE, Wanderley. Resgate de pessoas em situação análoga a escravidão no RS dispara em 3 anos. **UOL**. São Paulo, 06 de março de 2023. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/03/06/trabalho-analogo-a-escravidao-rio-grande-do-sul-resgates.htm>>. Acesso em: 22 mai. 2023.

SALATI, Paula. Brasil resgatou 918 vítimas de trabalho escravo em 2023, recorde para um 1º trimestre em 15 anos. **G1**. São Paulo, 21 de março de 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2023/03/21/brasil-resgatou-918-vitimas-de-trabalho-escravo-em-2023-recorde-para-um-1o-trimestre-em-15-anos.ghtml>>. Acesso em: 21 mai. 2023.

VEZZALI, Fabiana. Escravo, nem pensar!: uma abordagem sobre trabalho escravo contemporâneo na sala de aula e na comunidade. **Repórter Brasil** (Programa “Escravo, nem pensar!”). São Paulo: Repórter Brasil, 2012. 2ª edição atualizada, p. 27.

A PARTICIPAÇÃO DO MOVIMENTO NEGRO NA CONSTRUÇÃO DE LEIS ANTIRRACISMO

THE PARTICIPATION OF THE BLACK MOVEMENT IN THE CONSTRUCTION OF ANTIRRACISM LAWS

Danila Paula Nunes da Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Resumo: A participação do movimento negro no Brasil desempenhou um papel crucial na construção e promoção de leis antirracismo ao longo da história. O ativismo negro foi fundamentado, de modo a enfatizar a questão da discriminação racial quanto para pressionar mudanças legais que visam combater o racismo estrutural. Diversas conquistas foram alcançadas, como a implementação das cotas raciais em universidades, a criminalização da prática de racismo, além da criação de leis que visam promover a igualdade racial em diferentes setores da sociedade. A mobilização contínua do movimento negro tem contribuído significativamente para moldar a legislação brasileira em direção a uma sociedade mais justa e igualitária. No entanto, desafios persistentes destacam a importância contínua da atuação do movimento negro na busca pela efetiva ação, mas também pelo aprimoramento dessas leis.

Palavras-chave: Racismo. Ativismo Negro. Constituição.

Abstract: *The participation of the black movement in Brazil played a crucial role in the construction and promotion of antiracism laws throughout history. Black activism was instrumental in drawing attention to racial discrimination and pushing for legal changes aimed at combating structural racism. Several achievements were achieved, such as the implementation of racial quotas in universities, the criminalization of the practice of racism, and the creation of laws that aim to promote racial equality in different sectors of society. The continuous mobilization of the black movement has contributed significantly to shaping Brazilian legislation towards a more just and egalitarian society. However, persistent challenges highlight the continued importance of the black movement's role in seeking to effectively take action and improve these laws.*

Keywords: *Racism. Black Activism. Constitution.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Resumo histórico do movimento negro no Brasil; 2.1 Movimento negritude; 2.2 Democracia racial e luta de classes – 3 Lei de Injúria Racial; 3.1 Inafiançabilidade e pena preventiva – 4 Lei de Cotas e principais barreiras – 5 Equiparação da homofobia e trans-fobia ao crime de racismo – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, é importante destacar que o racismo enraizado em nossa sociedade é um dos muitos produtos da questão social, “que se trata de um conjunto de problemas e desafios que surgem no âmbito das relações sociais” (Netto, 2005, p. 28), fruto das mais diversas discussões e problematizações, tanto no âmbito sociológico quanto no direito.

Dito isso, cumpre observar que os Movimentos Sociais tomaram proporção a partir da organização da classe trabalhadora* – a organização das massas é uma expressão da questão

* “A questão das classes sociais” também é uma temática complexa, sua análise implica entender o desenvolvimento do próprio modo de produção, formas de distribuição, divisão social do trabalho, formas de propriedade e outras determinações sociais e históricas. Portanto, os movimentos sociais não estão dissociados das lutas de classes, sendo que muitos movimentos sociais emergem a partir de tal dinâmica” (Macedo, 2019, p. 2).

social. Desse modo, torna-se uma ação importante devido às lutas de classe, bem como a organização social, ainda mais na sociedade brasileira com uma vasta diversificação étnico-racial e social.

Para um melhor entendimento acerca do Movimento Negro no Brasil, é preciso tecer algumas considerações sobre o fenômeno da hierarquização racial. Trazemos, pois, uma reflexão quanto aos sistemas de opressão nomeados de racismo e desigualdade de classes, com vistas à realidade da população negra.

Acreditamos que o fenômeno do racismo começa a ser instaurado na nação brasileira em função das relações de poder existentes durante a colonização portuguesa. Inclusive, iremos destacar algumas análises de pensadores que defendem o surgimento da pluralidade no Brasil. Todavia, precisamos compreender que a população negra brasileira resistiu mesmo com as intempéries da escravização. Os séculos de exploração e injustiças sofridas pelas pessoas negras, cujos reflexos das relações escravocratas ainda são visíveis na sociedade atual, contribuíram para que a população negra enfrentasse um grande desafio: lutar contra a opressão racial e a desigualdade social.

No sentido de buscar respostas à problemática apresentada, o referido artigo tem como objetivo analisar a importância do Movimento Negro na constituição social do país, em como este movimento foi importante para a obtenção de direitos para a população negra, sendo também importante para o combate ao racismo. Para tal, utilizaremos da revisão bibliográfica como metodologia e nossa base teórica será pautada nas perspectivas de autores, como: Fernandes (1989), Moura (1983), Gonzalez (1988), Almeida (2018) e o principal dentre os instrumentos do Direito, a Constituição Federal.

Trabalhamos em quatro tópicos: primeiro, um sucinto resumo do surgimento do Movimento Negro, trazendo reflexões sobre sua estruturação na sociedade brasileira; nos subtópicos, uma abordagem sobre o Movimento Negritude que embasa as discussões políticas acerca da subalternização dos negros nas lutas sociais e, por consequência, na ordem social. Além de incluirmos uma breve discussão sobre o mito da democracia racial, que culmina numa tentativa de dispersão do movimento negro, embasado nas visões políticas neoliberais; em seguida, tratamos da Lei de Injúria Racial e a sua inafiançabilidade. Logo após, a Lei de Cotas e suas barreiras; na sequência, a decisão do Supremo Tribunal Federal, responsável por equiparar a homofobia ao crime de racismo e, por fim, tecemos as considerações finais, buscando reforçar questões relevantes a respeito da discussão realizada neste artigo.

2 RESUMO HISTÓRICO DO MOVIMENTO NEGRO NO BRASIL

Os primeiros *insights* do movimento social negro no país se deram durante o período de escravização, quando as pessoas negras escravizadas se mobilizaram em busca de liberdade. Uma das figuras mais marcantes e relevantes para este movimento foi Zumbi dos Palmares, um dos grandes líderes da luta contra a escravização, pela liberdade religiosa de culto e defesa das práticas da cultura africana no país. Tanto é, que no dia 20 de novembro, data da morte de Zumbi, é celebrado o Dia da Consciência Negra em todo o país.

Os negros trazidos da África não possuíam direitos, sendo que, no cenário interno, a escravização de pessoas negras era a principal fonte geradora de acumulação de capital. Por outro lado, externamente, o país se encontrava isolado, já que nas demais nações havia sido abolida a escravização, o que tencionava o império a tomar medidas para que ocorresse uma abolição gradativa dessa prática

Nesse contexto, importa destacar a promulgação da Lei Eusébio de Queirós, que proibiu o tráfico negreiro, optando por uma abolição gradual e não uma ruptura drástica que colocasse em risco a economia do país, permitindo a emergência de um trabalho livre e assalariado nos moldes do capitalismo.

Durante o reinado de Dom Pedro II foi concedido aos negros um dos primeiros direitos civis da historicidade brasileira: os filhos de escravas nascidos nesse período seriam considerados livres (Lei do Ventre Livre, de 1871). Além disso, conferiu-se autonomia social aos mulatos, o que mais tarde, conforme a concepção lombrosiana, culminaria em uma possível tentativa de “branquear a população negra”.

As tensões políticas externas reforçam a necessidade de uma reforma para acabar com o escravismo, principalmente com a Guerra de Secessão nos Estados Unidos e a Revolução Haitiana, um movimento revolucionário liderado por pessoas escravizadas. No contexto brasileiro, o movimento negro, fomentado pelo movimento liberal abolicionista, conquista a promulgação da Lei Áurea, que criminaliza a comercialização de escravizados, pondo fim à escravização em 1888.

O Movimento Liberal abolicionista possuía um duplo caráter, pois a abolição da escravatura no Brasil não foi de cunho humanístico, mas sim político-econômico, em razão do excedente da mão de obra negra. No entanto, a mão de obra escravizada não seria substituída por uma mão de obra negra livre, como destaca Fernandes (1989) em “O significado do Protesto Negro”, mas sim por uma mão de obra branca estrangeira ou o mestiço e pobre que sempre é marginalizado pelo processo de acumulação de capital.

Desse modo, a marginalização do negro, após a abolição da escravatura fez-se presente na sua desvalorização pela burguesia brasileira, ele não tinha espaço dentro da nova ordem capitalista a qual o país se submeteu.

Com o advento da república, o negro ocupava uma posição de subalternização em relação ao trabalhador livre assalariado, exercendo os piores trabalhos (limpar latrinas, trabalhar na lavoura, serem servos no campo como boiadeiro sem o mínimo para sobreviver, tendo apenas uma refeição por dia; limpando as ruas; trabalhando na infraestrutura das novas cidades modernas, sem o direito de moradia). De fato, o negro pós-abolição não era visto como cidadão, portanto excluído do mercado de trabalho como os demais: brancos estrangeiros, por exemplo. Nesse sentido, torna-se evidente que os dilemas enfrentados pelos negros na sociedade atual advêm de relações sócio raciais impostas a ele, pois – existem barreiras sociais e, ao lado delas, barreiras raciais na luta pela conquista de “um lugar ao sol” e da “condição de gente”.

No contexto externo, a constituição das lutas de combate à discriminação racial toma força principalmente nos anos 60 com a luta contra o *apartheid*, na África do Sul, e a luta pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos. Nisso se destacam duas grandes figuras: Martin Luther King, com uma perspectiva mais humanizada, que buscava uma integralidade na luta contra a discriminação racial nos Estados Unidos também compreendendo a força da união dessa comunidade; e Malcolm X, que propunha uma perspectiva mais enérgica no combate à discriminação racial.

No Brasil, evidenciamos a Frente Negra Brasileira, após 1931, uma das primeiras organizações contra a discriminação racial, responsável por pautar reivindicações políticas e culturais. Também lutou por uma participação mais efetiva da população negra na sociedade. Entretanto, com o Governo Vargas – Estado Novo – houve o fechamento de muitos partidos políticos e associações. Frente a essa repressão, a fundação encerrou também suas atividades em 1937.

Com isso, percebe-se a interligação entre os movimentos sociais que surgem no país, após 1930, e o projeto desenvolvimentista proposto pelo governo Vargas. De acordo com o que foi abordado na obra de Montañó & Duriguetto (2011), é notório que ocorre um avivamento no movimento negro, partindo da organização também do movimento estudantil nas universidades brasileiras, principalmente após a chegada do curso de Serviço Social, dando ênfase para essas discussões críticas que envolvem o contexto social, econômico e político brasileiro.

Com a instauração do Regime Militar em 1964, algumas entidades do movimento negro foram desarticuladas perante uma forte inibição ideológica e política, o que enfraqueceu o

Movimento Negro durante a primeira década da ditadura. Porém, em 1970, o movimento volta a se articular.

Em consonância a isso, uma das maiores representações do Movimento Negro no Brasil foi a manifestação em pleno centro paulista, no ano de 1978, contra o preconceito racial e contra os atos de violência que se proliferavam nacionalmente. Conforme o debate de Montañó e Duriguetto (2011), percebe-se que a luta contra o racismo representava uma precondição para que ocorresse no país uma redemocratização.

Nos anos 80, o combate ao racismo é pautado pela sua criminalização, como disposto no art. 5º da Constituição Federal e no art. 68, que reconhece as terras quilombolas, remanescentes do período escravocrata.

A década de 90 foi marcada pelo surgimento de diversas Organizações Não Governamentais (ONGs) que se organizam, operam no plano da cultura, no desenvolvimento humano e ideológico. O convênio das entidades negras com o governo visava viabilizar políticas de “ação positiva”, estabelecendo duas vertentes de atuação: uma político-ideológica, que priorizava a conquista do poder da população negra em função da ocupação de cargos em órgãos públicos, entre outras instituições; e outra pela via da ampliação da base do movimento negro, ou seja, maior articulação interna.

Importa dizer que, historicamente, o povo negro sempre esteve nos espaços públicos exercendo as piores funções, tidas como “indesejáveis”. Isso não significa que essa estrutura hierárquica parta de como as pessoas negras têm se comportado em sociedade, mas sim de que desde o fim da escravização foi imposto a essa parcela da sociedade encontra-se em uma posição de subalternidade em relação à vida e a produção da força do trabalho. Ou seja, para se chegar à igualdade social não basta falar apenas de democracia, pois, “quando se fala de democracia”, para eles, democracia quer dizer democracia racial, uma transformação simultânea de relações raciais e de relações de classes” (Fernandes, 1989, p. 19).

2.1 MOVIMENTO SOCIAL NEGRO

O termo negritude vem adquirindo diversos usos e sentidos nos últimos anos. Com a maior visibilidade da “questão étnica” no plano internacional e do movimento de afirmação racial no Brasil, negritude passou a ser um conceito dinâmico, que se caracteriza por um movimento ideológico, cultural e político.

No campo ideológico, negritude pode ser entendida como processo de aquisição de consciência racial, já na esfera cultural, negritude é a tendência de valorização de toda manifestação cultural das matrizes africanas. Embora haja diversos tipos de manifestações do movimento, configura-se, em suma, no combate à discriminação, preconceito injúria racial.

Diante do contexto da crise do bloco socialista no fim do século XX e perante os acontecimentos do “maio francês”, eclodem os “Novos Movimentos Sociais” que englobam a luta contra a homofobia e o racismo. O Movimento Negritude pode ser incluído neste entendimento ante a sua gama de atuação que perpassa a classe trabalhadora na Europa, mas também no Brasil. Na fase inicial, cumpriu um papel revolucionário, rompendo com os valores da cultura conservadora, porém, à medida que ampliou seu poder político perdeu parte de sua característica revolucionária, vindo a defender posições políticas conservadoras por parte de seus líderes.

Cabe destacar, que chegou a haver uma proposição de uma ruptura para com as ideologias revolucionárias, apoiando-se em uma perspectiva de renúncia à luta de classes – como uma jogada política de interesses individuais –, culminando em um distanciamento das bases de fundação do movimento, colocando-o, portanto, em proximidade com os Novos Movimentos Sociais, caracterizados pela luta por direitos civis, tratando mais de questões étnicas e valores humanos.

Convém mencionar, todavia, que as conquistas do movimento persistem, pois, através

dessa busca por afirmação da identidade negra, surgiram novos pensadores e ativistas, lutando para que a população negra obtivesse mais direitos.

Podemos afirmar, nessa direção, que a consciência racial adquirida promove um olhar crítico sobre as barreiras sociais existentes no país, fomentando discussões a respeito dos crimes decorrentes de preconceito, como disposto naquilo que embasa o texto da Lei n.º 7.716/89, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, propriamente dito a Lei Antirracismo. Porém, é importante falar que o reconhecimento da questão racial não constitui tarefa fácil, até porque “muitos afirmam que o preconceito de cor é um fenômeno de classe e que no Brasil não existem barreiras raciais” (Fernandes, 1989, p. 21).

A partir do entendimento trazido nesse texto, compartilhamos da premissa de que persistem ambos os preconceitos: de classe e de raça. E, uma vez que estes estão reunidos em uma única expressão, a exclusão e a exploração se dão de modo mais intenso, afetando sobremaneira as pessoas negras.

2.2 DEMOCRACIA RACIAL E LUTA DE CLASSES

Moura (1983) busca desmistificar o mito da democracia racial que toma proporção no país após a abolição da escravização, expondo as contradições deste período e relatando em pesquisas a condição desumana e exploratória, na qual homens, mulheres e crianças negras se encontravam.

As formas de dominação social da população branca sobre a população negra são reforçadas por falácias, ao dizer que o racismo não existe no país. O grau de importância do negro para a formação social e cultural do país é “encoberto pelo véu ideológico do branqueamento” (Gonzalez, 1988, p. 70), que modificou a linguagem, o comportamento e as crenças em todo o continente americano.

Acontece que a história política e social brasileira, sumariamente contada por brancos, reforça um estereótipo racista. Diante das repressões culturais e religiosas, ocorrem diversos movimentos em toda América Latina influenciada pelo processo de independência das nações africanas.

No contexto brasileiro, a miscigenação é um fato, com uma maior gama de variação. Porém, por si só, isso não significa que o Brasil não seja um país racista. Em um senso comum, a democracia racial é a da “tapinha nas costas” na hora de tomar uma cerveja, de ver um futebol, mas, na hora da distribuição dos direitos, ou mesmo dos privilégios, não opera.

Ademais, com o excedente de mão de obra negra e com a exploração e a desigualdade social, existem elementos primordiais que resultam na luta de classes. Existe um choque entre a classe dominante e a trabalhadora, que é a matéria base refletida também na divisão social e técnica do trabalho, da qual a população negra não tinha pleno acesso.

Com o intuito de criminalizar as práticas de discriminação racial, a Constituição Federal é o primeiro dispositivo que trata deste assunto, em seu art. 5º, inciso XLII.

Perante a realidade brasileira da década de 1980, com o aumento de atos de violência, com o êxodo da população negra para as periferias e com o aumento da criminalidade, tem-se um tensionamento e os legisladores aprovam a Lei n.º 7.716 de 1989, que penaliza os crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor. A propositura desta lei consiste em um marco político para a luta contra o racismo.

Entretanto, alguns legisladores brasileiros (brancos em sua maioria esmagadora) tendem a tratar a questão racial como algo apartado do contexto social, ficando assim a lei restrita em sua abrangência ao desconsiderar outras práticas que provém deste mesmo preconceito, como os crimes de ódio contra judeus, indígenas e as mulheres negras.

Nesse contexto, cumpre observar que existe uma instituição que tem um papel de total relevância na dinâmica de como se processam as relações sociais e raciais também. Trata-se do

Estado,

Uma vez que o Estado é a forma do mundo contemporâneo, o racismo não poderia se reproduzir se, ao mesmo tempo, não alimentaria e fosse também alimentado pelas estruturas estatais. É por meio do Estado que a classificação de pessoas e a divisão dos indivíduos em classes e grupos são realizadas. Os regimes colonialistas e escravistas, o regime nazista, bem como o regime do apartheid sul-africano não poderia existir sem a participação do Estado e de outras instituições como escolas, igrejas e meios de comunicação. Na formulação de David Theo Goldberg, o Estado moderno é, ou Estado racista – casos da Alemanha nazista, da África do Sul antes de 1994 e dos EUA antes de 1963 – ou Estado racial – determinado estruturalmente pela classificação racial –, não havendo uma terceira opção. Com isso, quer dizer Goldberg que o racismo não é um dado accidental, mas é um elemento constitutivo dos Estados modernos (Almeida, 2018, p. 67-68).

O Estado, assim como as demais instituições da sociedade, opera como mecanismos de promoção da hierarquização racial. Não existe harmonia entre as raças, mas uma posição de subalternização das pessoas racializadas.

3 LEI DE INJÚRIA RACIAL

A Constituição de 1988, a sétima na história do Brasil desde 1824, foi a pioneira ao classificar o racismo como crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena. Como se pode constatar da análise dos tópicos anteriores, a Carta Magna estabeleceu, entre seus princípios fundamentais, a promoção do bem de todos, sem que houvesse discriminação baseada em origem, raça, sexo, cor ou qualquer outra forma de preconceito.

Partindo dessa perspectiva, surgem outras leis, sobretudo no Código Penal brasileiro, que criminaliza condutas ligadas ao racismo, dentre elas, a Lei de Injúria Racial, estabelecida no seu principal dispositivo, o art. 140, inciso 3º, que define e penaliza atos que envolvam ofensas à dignidade de alguém, fundamentadas em elementos raciais. Assim, constitui-se injúria racial proferir palavras ou gestos que ataquem a autoestima e integridade da vítima, com base na sua cor, etnia, religião ou origem.

Nas últimas décadas podemos presenciar ou tomar conhecimento de tais atos, sobretudo nas redes sociais e nos estádios de futebol. Casos recentes envolvendo usuários de contas nas redes sociais, *Instagram* e *Twitter*, são frequentes. Essas pessoas, por utilizarem de contas falsas, usam essas ferramentas como um meio para disseminar o ódio e propagar injustiças. Alguns dos casos mais conhecidos foram os que ocorreram envolvendo os jogadores de futebol Vinicius Jr., o goleiro reserva do Grêmio, Adriel, e em 2014, o goleiro Aranha. Todas estas ações configuram-se na prática de injúria racial durante partidas de futebol, nos quais as vítimas receberam ofensas e até mesmo ataques físicos e gestos, o mais emblemático um torcedor imitando um macaco, no caso do goleiro Adriel.

O Brasil tem enfrentado desafios persistentes relacionados ao racismo, e a legislação sobre injúria racial desempenha um papel importante na tentativa de mitigar tais problemas. No entanto, o contexto histórico destaca a necessidade contínua de abordagens mais abrangentes, que vão além da legislação, para promover uma sociedade mais inclusiva e equitativa.

Infelizmente, a maior dificuldade da legislação atual é não haver esse acompanhamento rápido de acordo com o desenvolvimento sociocultural e tecnológico, de modo que possa-se realmente garantir às vítimas reparação do dano e mais equilíbrio quanto a verdadeira justiça, garantindo assim de fato uma expressa equidade social.

3.1 INAFIANÇABILIDADE E PRISÃO PREVENTIVA

Perante a penalização por esse crime, está a reparação do dano causado à vítima, multa e podendo ainda ser decretada a prisão preventiva do indivíduo. Assim, surge perante os juristas, diversas explicações a respeito da inafiançabilidade do crime de injúria racial.

O Supremo Tribunal Federal tem mantido a posição de que a injúria racial é inafiançável, conforme previsto no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. Além disso, em determinadas circunstâncias, a prisão preventiva pode ser aplicada para garantir a ordem pública.

Além disso, a gravidade da conduta e a necessidade de preservar a ordem pública podem fundamentar a decretação da prisão preventiva. A prisão preventiva é uma medida cautelar que visa assegurar a aplicação da lei penal, evitando a reiteração do crime e garantindo a efetividade do processo. Cabe ao juiz analisar cada caso individualmente, considerando os elementos presentes, para decidir sobre a prisão preventiva. A inafiançabilidade da injúria racial e a possibilidade de prisão preventiva, destaca a gravidade deste tipo de crime e reforça o comprometimento do sistema jurídico em coibir condutas discriminatórias que atentem contra a dignidade humana.

A despeito do caráter incondicionado da Ação Penal Pública nos Crimes de Injúria Racial, em decisões anteriores, o STF confirmou que a ação penal nos casos de injúria racial tem caráter incondicionado, o que significa que a vítima não precisa anuir para que o Ministério Público inicie o processo criminal. Dando legitimidade para este em sua atuação legal, bem como fortalecendo as medidas contra tal crime. Ainda, tem enfatizado a importância de proteger os direitos fundamentais das vítimas de injúria racial, contribuindo para a construção de um ambiente mais inclusivo e igualitário.

Nas últimas décadas, tendo em sua bancada apenas um ministro negro, Joaquim Barbosa, o tribunal tem se manifestado sobre a necessidade de combater o racismo estrutural e sistêmico, reconhecendo que a injúria racial é uma manifestação desse problema.

4 LEI DE COTAS E PRINCIPAIS BARREIRAS

No contexto brasileiro, a Lei de Cotas, Lei n.º 12.711, de 2012, refere-se a políticas públicas que estabelecem a reserva de vagas em instituições educacionais e órgãos públicos, para grupos historicamente marginalizados e em situação de desigualdade. Visando promover a inclusão social, corrigir desigualdades históricas e criar oportunidades equitativas. Essas cotas geralmente estão vinculadas a critérios como raça, cor, etnia, gênero ou condição socioeconômica.

Outro papel importante da Lei de Cotas é o combate ao racismo e a discriminação, contribuindo para a mitigação de práticas discriminatórias e para o combate ao racismo estrutural, dando as mesmas condições e possibilidades para as pessoas negras na formação acadêmica e profissional.

A Lei de Cotas, no Brasil, tem sido objeto de diversos debates e discussões, algumas das principais problemáticas associadas a essa são os critérios de autodeclaração, nos quais algumas críticas argumentam que possuem caráter subjetivo e estão suscetíveis a fraudes. Assim como os tipos de estereótipos e estigmas empregados neste processo.

Assim, podendo acarretar a problemática dos beneficiários serem enquadrados em estereótipos que questionem suas capacidades. Bem como a sua eficácia na promoção da igualdade, onde algumas vozes dos diversos movimentos sociais atuantes no país questionam a eficácia da Lei de Cotas no combate à desigualdade, com a aplicação de políticas públicas efetivas, o que, de fato, nos últimos anos deixou a desejar.

Retomando as problematizações a respeito de crimes praticados na utilização de forma indevida da Lei de Cotas, estão: a fraude da autodeclaração, Lei n.º 12.990/2014. Essa lei trata da reserva de vagas para negros nos concursos públicos. A fraude na autodeclaração pode configurar falsidade ideológica, tipificada no Código Penal; fraude de documentos (art. 298) tipifica a

falsificação de documento particular, o art. 299, que configura o crime de falsidade ideológica, incluindo a falsificação de documento público. Já a manipulação e alteração de documentos (art. 304) trata do crime de falsidade material, que envolve alteração de documento, e a corrupção em processos seletivos, regida pela Lei n.º 12.850/2013 – Lei de Organizações Criminosas –, que, nos casos de ocorrência desse tipo, há a possibilidade do enquadramento como parte de atividades criminosas organizadas.

É importante observar que a legislação e a aplicação da lei podem variar, e as consequências legais dependem da interpretação e das circunstâncias específicas de cada caso. A fiscalização e o cumprimento adequado da lei são fundamentais para prevenir e combater práticas criminosas relacionadas à legislação de cotas. Um caso muito recente ligado às decisões do STF sobre a Lei de Cotas é o caso do candidato do Concurso Público para a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Nesse episódio, após ser aprovado nas primeiras fases do concurso (provas objetivas e discursivas), a banca negou a ratificação de sua autodeclaração como pessoa negra e indeferiu sua inscrição definitiva, impossibilitando-o de avançar para a fase seguinte. Ao acionar a primeira instância da Justiça paulista, ele obteve liminar para garantir a reserva de vaga para sua participação no certame. No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) derrubou essa decisão. O candidato então ajuizou a Reclamação (RCL) 62861 no STF, e o ministro Nunes Marques concedeu liminar suspendendo o ato do TJ-SP. Essa decisão do relator foi referendada pela Turma na sessão virtual finalizada em 10/11.

Em seu voto pelo referendo da liminar, o ministro Nunes Marques assinalou que uma cláusula do edital não permite recursos contra a decisão da comissão de heteroidentificação. Essa ausência de previsão contraria as diretrizes vinculantes firmadas pelo Supremo na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 41.

Nesse julgamento, o Plenário reconheceu a legitimidade constitucional da heteroidentificação (feita por outras pessoas) como critério para seleção de candidatos inscritos em vagas destinadas a pessoas negras. No entanto, garantiu a ampla defesa e o contraditório a quem tenha sido afetado pela decisão da banca responsável por essa identificação.

Evidenciando a necessidade dos devidos processos legais, e a busca de melhorar a legislação, em conformidade com o desenvolvimento social e étnico do nosso país. Faz-se necessário destacar que além de resguardar o Direito e proteger a Legislação, o Estado tem o dever de priorizar o bem estar daqueles a que estão sob sua tutela, não bastando somente criar leis, mas sim compreender seu papel na sociedade.

Para além disso, a Lei de Injúria Racial quando mencionada no combate ao preconceito religioso parte de que em certas situações, resolver essa equação será desafiador para o profissional do direito, especialmente porque certos preceitos religiosos entram em conflito com a perspectiva daqueles que não compartilham das mesmas crenças de salvação, resultando em uma sensação de discriminação.

O crime de injúria racial e o preconceito religioso são distintos, mas ambos estão relacionados à discriminação. A injúria racial envolve ofensas à dignidade de alguém com base em características raciais, enquanto o preconceito religioso está ligado a discriminação por crenças religiosas. Ambos são repudiados legalmente, visando promover a igualdade e a tolerância. Contudo, cada crime é tipificado de forma específica na legislação, refletindo a importância de abordar de diferentes formas este assunto.

Assim, torna-se evidente que há imensas dificuldades a respeito da injúria racial e sua aplicabilidade. Desde a promulgação da Lei n.º 9.459/1997, a doutrina tem utilizado as expressões “injúria preconceito” ou “injúria racial” de maneira sinônima para se referir ao § 3º do artigo 140, do Código Penal. No entanto, com a decisão do legislador de transferir o cerne desse tipo penal para a Lei de Racismo, concentrando-se no preconceito relacionado à raça, cor, etnia ou procedência nacional, argumentamos que não há mais justificativa para o uso da terminolo-

gia racial ou racista nesse dispositivo do Código Penal.

Assim, injúria inserida no artigo 2º, da Lei n.º 7.716/89, deveria ser tecnicamente denominada como “injúria racista” ou “injúria racial”, enquanto a terminologia “injúria preconceito” permaneceria no artigo 140, § 3º do CP, abarcando a injúria etária, religiosa e capacidade.

No contexto da injúria religiosa, que aborda desde o antissemitismo até a liberdade religiosa, a Lei n.º 9.459/97 incluiu etnia, religião e procedência nacional na definição de injúria racial (artigo 140, § 3º do Código Penal). Contudo, essa lógica foi parcialmente abandonada na nova redação do artigo 2º-A. O legislador cometeu o equívoco de permitir que a discriminação religiosa permaneça no crime de injúria preconceito, não sendo transferida para o artigo 2º-A.

Essa decisão é notável, pois a discriminação religiosa foi um dos motivadores do holocausto, uma atrocidade histórica. No Brasil, o antissemitismo já foi reconhecido como racismo religioso pelo STF (HC n.º 82.424). A escolha legislativa de não ampliar o *status* da injúria religiosa pode ter sido motivada para evitar criminalizar de forma abrangente o proselitismo religioso, já que o STF reconheceu sua licitude (ROHC n.º 134.682/BA).

Embora a Lei n.º 14.532/2023 tenha introduzido uma causa de aumento de pena para condutas discriminatórias ou preconceituosas no contexto de atividades religiosas (artigo 20, § 2º-A da Lei n.º 7.716/89), isso não implica a criminalização da atividade religiosa. Pelo contrário, o legislador expressamente mitigou a incidência desse tipo penal, aplicando a mesma penalidade àqueles que obstam, impedem ou usam violência contra manifestações ou práticas religiosas. Nesse sentido, ao passo que o Direito Penal protege a liberdade religiosa, também criminaliza a intolerância religiosa direcionada a outros grupos.

Enquanto estas leis buscam combater o racismo estrutural existente em nossa sociedade e promover a igualdade, alguns críticos argumentam que elas podem, inadvertidamente, limitar a liberdade de expressão ao tornar determinados discursos passíveis de punição criminal. Essa crítica destaca a delicada linha entre combater o discurso racista e preservar a liberdade de expressão, ressaltando a importância de encontrar um equilíbrio que evite restrições excessivas.

No caso da Lei de Cotas, uma crítica comum gira em torno do mérito e da igualdade de oportunidades. Algumas vozes argumentam que, ao adotar cotas, as instituições podem comprometer critérios de seleção baseados apenas no mérito, o que poderia prejudicar a qualidade e a competência dos candidatos escolhidos. Isso levanta questões sobre qual a abordagem correta para promover a igualdade. Deveria mesmo ser por meio das políticas de cotas e se existem alternativas mais eficazes que não envolvam potenciais sacrifícios de critérios meritocráticos?

Embora busquem corrigir tais desigualdades, esse argumento valida a necessidade de alternativas mais eficazes, a principal delas sendo a educação acessível e de qualidade, programas de conscientização e a promoção da igualdade de oportunidades desde cedo. Encontrar soluções equitativas exige uma abordagem abrangente que considere diversas perspectivas e enfoques para lidar com as disparidades sociais.

5 EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA AO RACISMO

Outra questão importante a ser tratada é a equiparação do crime de homofobia ao racismo. Mas cabe ressaltar o objetivo da Lei n.º 7.716/89, de 05 de janeiro de 1989. Dispõe sobre o crime de racismo e suas penas, na qual o crime de homofobia foi inserido. O crime de homofobia refere-se a atos de discriminação, violência ou preconceito direcionados a pessoas LGBTQ+. Em muitos países, existem leis específicas que protegem contra a homofobia e punem aqueles que a praticam.

Dito isto, em junho de 2019 o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero deveria ser equiparada ao crime de racismo até que uma legislação específica fosse aprovada pelo Congresso Nacional. Essa decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do

Mandado de Injunção (MI) 4.733.

Na prática, por uma votação de 10 a 1, reconhece-se a omissão do Congresso em legislar sobre a homofobia e a transfobia. O colegiado, com uma maioria de 8 votos a 3, concluiu que a homofobia e a transfobia se enquadram no artigo 20 da Lei n.º 7.716/1989, que tipifica o crime de racismo. Conforme a votação na sessão, o ministro Gilmar Mendes alinhou-se aos relatores, contribuindo com o oitavo voto para enquadrar a homofobia e a transfobia no contexto do crime de racismo.

No julgamento, o ministro Marco Aurélio foi assertivo ao iniciar seu voto e seguiu a divergência apresentada pelo ministro Ricardo Lewandowski, ressaltando que “A atuação do Judiciário não se situa no âmbito do Supremo, está vinculada à legislação aprovada pelo Congresso Nacional”. Ademais, segundo o ministro, “não há crime sem lei”. E quando a Constituição se refere à lei, é lei no sentido formal, emanada do Congresso Nacional” (Marco Aurélio, 2019).

Essa medida de combate ao preconceito da homofobia e transfobia revela, para o movimento social LGBTQIA+, um avanço. No entanto, apesar desse grupo minoritário reconhecer um progresso do direito brasileiro na tentativa de resolver os desníveis de desigualdade social, surgem muitas críticas a respeito do tema.

Diante disso, a principal crítica envolvendo a decisão do STF de equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo pode se concentrar na questão da autonomia legislativa. Alguns críticos argumentam que o papel do Supremo Tribunal Federal deveria ser interpretativo e não legislativo. Ao tomar essa decisão, o STF posicionou-se, de certa forma, preenchendo uma lacuna legislativa, o que poderia ser visto como um meio de ultrapassar os limites de sua função.

Contudo, o fato de não haver uma legislação específica no país sobre os crimes de homofobia e discriminação de gênero gera em nossa sociedade uma sensação de impunidade para esta parcela da população brasileira, a comunidade LGBTQIA+.

Por outro lado, a decisão do STF tenta sanar as tais lacunas que o Congresso Nacional Brasileiro tem deixado a respeito de assuntos bastantes polêmicos como: (homofobia, transfobia, aborto, entre outros), que necessitam de uma atenção maior e uma análise mais profunda para que nenhum outro direito seja ferido ou afetado. De modo que estas decisões não geram mais conflitos nas relações sociais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o propósito de concluir, convém destacar três questões importantes: primeiro, o racismo e a questão das classes são partes de um mesmo fenômeno na formação das relações sociais no Brasil. Esse entendimento é primordial para o combate ao racismo e à desigualdade social.

Segundo, embora haja uma desvalorização da identidade negra no Brasil, o Movimento Negro exerceu um papel de total relevância no combate ao racismo ao longo de sua construção social. Além dos direitos obtidos por meio de muita luta, surge a possibilidade dos negros chegarem às universidades, serem candidatos em concursos públicos e melhorias trabalhistas.

Com isso, tratar essa questão é fundamental para a luta antirracista, sendo necessário entender que, por meio de mobilizações populares, protestos e ações políticas, o Movimento Negro contribuiu para avanços significativos na vida socioeconômica das pessoas, que passaram a ter mais acesso às políticas sociais, cuja capacidade de alcance venha a atender as demandas de segmentos da população negra.

Em uma terceira perspectiva, a luta de classes é um elemento primordial para o entendimento das desigualdades na sociedade, todavia é preciso considerar as especificidades das classes sociais a partir do estabelecimento de diferentes níveis de exploração pela via da questão racial.

Convém mencionar que se difundiram, na sociedade, ideias contrárias à luta antirra-

cismo tais como: que a vida negra não merece melhores condições ou visibilidade social, como também a falácia de que o racismo é “vitimismo”. Além disso, nos últimos anos, o movimento negro tem lutado por políticas públicas que possam garantir a inclusão social dos afrodescendentes. Por outro lado, também tem se articulado para denunciar a violência policial contra a comunidade negra, que é descomunalmente a mais afetada em relação a violência urbana e ao encarceramento.

Em toda história da sociedade brasileira, os negros têm sido alvo de superexploração e subalternização. Apesar de haver uma lei que criminaliza o racismo, o próprio Estado corrobora para que as condutas discriminatórias no país se realizem, pois as medidas tomadas estruturalmente criminalizam a pessoa negra vítima, por uma desigualdade racial estrutural pré-existente.

Diante disso, as ações afirmativas propostas pelo Estado são quase mínimas quando se trata da violência e da criminalidade a qual o povo negro está exposto. Sendo estes maioria nas comunidades mais carentes. Nesse sentido, cabe salientar que a educação é uma ferramenta crucial na emancipação do povo negro (Fernandes, 1989, p. 30). Não obstante que haja somente leis e penalidades a respeito do racismo, mas que para o combate de um racismo estrutural, haja uma boa educação de base.

A chamada tolerância racial, posta também como uma problematização, tende a separar os grupos sociais e desmobilizar as lutas sociais, é um jeito de mascarar o racismo. A tendência do brasileiro seria continuar discriminando, apesar de considerar tal atitude ultrajante (para quem sofre) e degradante (para quem pratica). A “tolerância racial” exige não apenas a eliminação das leis discriminatórias, mas também a mudança das percepções ideológicas e sociais das pessoas em relação aos negros.

Diante de tantos desafios, fica mais evidente a importância da luta histórica do movimento social negro no Brasil como meio essencial para o enfrentamento da desigualdade racial e das suas consequências; sendo o principal precursor dos Direitos Sociais e Fundamentais para pessoas negras.

Além disso, essas leis antirracismo aqui mencionadas, servem como um instrumento legal para proteger os direitos das pessoas negras e outras minorias étnicas e de gênero, fortalecendo sua posição na sociedade e promovendo um ambiente mais inclusivo e justo para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, L. Silvio. **O que é Racismo Estrutural?** Editora Jandaíra, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF.

_____. **Lei n.º 9.459, de 13 de julho de 1997**. Dispõe sobre os crimes resultantes por preconceito de raça ou cor. Altera os artigos 1º e 20 da Lei n.º 7.711 de 1989, além de acrescentar ao artigo 140 do Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940 do Código Penal. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9459.htm>. Acesso em: 5 fev. 2024.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41**. Brasília, DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. 08 de junho de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em: 5 fev. 2024.

_____. **Lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989.** Dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor>. Acesso em: 5 fev. 2024.

_____. **Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre a Lei de Cotas e alterada pela Lei n.º 14.734 de 13 de novembro de 2023. Diário Oficial da União. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14723&ano=2023&ato=06bITW650M-ZpWTc42>>. Acesso em: 5 fev. 2024.

_____. **Lei n.º 12.990, de 09 de julho de 2014.** Dispõe sobre cotas raciais em concursos públicos. Diário Oficial da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em: 5 fev. 2024.

_____. **Lei n.º 14.532, de 11 de janeiro de 2023.** Dispõe sobre a equiparação de Injúria Racial ao Racismo e altera o artigo 2º, § 3º da Lei n.º 7.711 de 1989. Diário da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14532.htm>. Acesso em: 5 fev. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Indeferimento de Habeas Corpus. Habeas Corpus n.º 82.424-2.** Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052&pgI=221&pgF=225>>. Acesso em: 5 fev. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação (RCL) n.º 62.861.** Relator: Ministro Nunes Marques. 10 de novembro de 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=519073&ori=1>>. Acesso em: 5 fev. 2024.

FERNANDES, Florestan. **O Significado do Protesto Negro.** Ed. Cortez, 1989.

GONZALEZ, Lélia. Artigo: A Categoria Político - cultural de americanidade. In: **Revista Tempo Brasileiro.** 1988b, p.68-82. Rio de Janeiro, 1988.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente.** Ed. 3º 2017 – Editora Ícone.

MACEDO, Alessandro. In: Artigo: **Classes Sociais e Movimentos Sociais.** FCS – Faculdade de Ciências Sociais, 2019.

MONTÃO Carlos e DURINGUETTO Maria Lúcia. **Estado, Classe e Movimento Social.** 2011. Ed. Cortez.

MOURA, Clóvis. **Brasil: Raízes do Protesto Negro.** 1983. Ed. Global.

NETTO, José Paulo. O Movimento de Reconceituação: 40 anos depois. In: **Revista Serviço Social e Sociedade.** N.º 84 - Ano XXVI. Cortez, 2005. São Paulo.

O PERFILAMENTO RACIAL E A NULIDADE DE PROVAS OBTIDAS ATRAVÉS DA BUSCA PESSOAL: ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 208.240/SP

RACIAL PROFILING AND THE NULLITY OF EVIDENCE OBTAINED THROUGH PERSONAL SEARCH: ANALYSIS OF *HABEAS CORPUS* 208.240/SP

Cinthyia Maria Caetano Albuquerque

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Pesquisadora do Grupo Agora - Núcleo de estudos em Direito Eleitoral, Política e Democracia e de Promoção da Cidadania (PPGD/UFC).

Rafael Silva Ripardo

Graduando em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA).

Resumo: A pesquisa aborda o perfilamento racial na atuação policial no Brasil, que muitas vezes leva à produção de provas ilícitas e condenações injustas. O estudo analisa as legislações que tratam sobre o tema, além de discutir o entendimento dos tribunais de justiça e das Cortes Superiores do Brasil acerca dos critérios objetivos e subjetivos para caracterizar a fundada razão da busca pessoal sem ordem judicial. O caso concreto que está para ser julgado no Supremo Tribunal Federal (STF) trata justamente sobre um *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPSP), visando a anulação das provas obtidas através de uma busca pessoal, sob o argumento de que eram ilegais as provas produzidas durante a abordagem policial, utilizando-se como um dos argumentos o racismo estrutural. Quanto à metodologia, a análise está pautada no método documental, tendo sido realizada através do estudo de fontes bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais relativas ao racismo e à violência policial. Foram considerados dados da violência policial contra as pessoas negras para compreensão sobre como o racismo estrutural reflete nos órgãos de segurança pública. Construído este panorama, realizou-se uma discussão acerca da busca pessoal e do seu elemento normativo autorizador, a fundada suspeita, considerando o racismo como fator determinante da vida em sociedade, investigando também como as Cortes Superiores, sobretudo o STF, estão se posicionando acerca do tema. A pesquisa é relevante para entender a discriminação racial na justiça criminal e os desdobramentos desta temática, que possuem relevância política, jurídica e social. Com base nos dados catalogados, a pesquisa concluiu que a polícia prefere abordar pessoas que se encaixam em um estereótipo de criminoso no Brasil, sendo eles homens pobres, jovens, com baixa escolaridade e que, na maioria das vezes, residem em periferias. Portanto, não há como dissociar o racismo estrutural, que, para além da cor, influencia diretamente questões sociais, econômicas, políticas, e principalmente jurídicas.

Palavras-chave: Racismo. Perfilamento racial. Abordagem policial. HC 208.240/SP. Busca pessoal.

Abstract: The research addresses racial profiling in police action in Brazil, which often leads to the production of illicit evidence and unfair convictions. The study analyzes the legislation that deals with the topic, in addition to discussing the understanding of the courts of justice and the Superior Courts of Brazil regarding the objective and subjective criteria to characterize the well-founded reason for personal searches without a court order. The specific case that is about to be judged in the Federal Supreme Court (STF) deals precisely with a *habeas corpus* filed by the Public Defender's Office of the State of São Paulo (DPSP), aiming to annul the evidence obtained through a personal search, under the argument of that the evidence produced during the police approach was illegal, using structural racism as one of the arguments. As for the methodology,

the analysis is based on the documentary method, having been carried out through the study of bibliographic, legislative and jurisprudential sources relating to racism and police violence. Data on police violence against black people were considered to understand how structural racism affects public security bodies. Once this panorama was constructed, a discussion was held about the personal search and its authorizing normative element, the well-founded suspicion, considering racism as a determining factor in life in society, also investigating how the Superior Courts, especially the STF, are positioning themselves regarding of the theme. The research is relevant to understanding racial discrimination in criminal justice and the consequences of this issue, which have political, legal and social relevance. Based on the cataloged data, the research concluded that the police prefer to approach people who fit a stereotype of criminal in Brazil, being poor, young men, with low education and who, in most cases, live in peripheral areas. Therefore, there is no way to dissociate structural racism, which, in addition to color, directly influences social, economic, political, and mainly legal issues.

Keywords: *Racism. Racial profiling. Police approach. HC 208.240/SP. Personal search.*

Sumário: 1 Introdução – 2 A definição e os efeitos do perfilamento racial na atuação policial e na produção de provas ilícitas decorrentes de busca pessoal ilegal – 3 A definição e os efeitos do perfilamento racial na atuação policial e na produção de provas ilícitas decorrentes de busca pessoal ilegal – 4 A análise do HC 208/40 SP e o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a possibilidade de anulação das provas por racismo estrutural; 4.1 Voto do Ministro Relator Edson Fachin; 4.2 Voto do Ministro André Mendonça; 4.3 Voto do Ministro Alexandre de Moraes; 4.4 Voto do Ministro Dias Toffoli – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

As discussões acerca do racismo estrutural vão muito além da esfera da justiça criminal, a qual engloba o Direito Penal e o processual penal, contendo raízes históricas relacionadas à desigualdade social (Alexander, 2018). Dessa forma, surgem alguns questionamentos que envolvem a temática e que serviram como base hipotética para a construção do presente trabalho. Por que a polícia realiza mais abordagens em pessoas pretas? Por que são em bairros periféricos? Por que a criminalidade nesses locais é maior? Por que a concentração de pretos é maior na periferia? (Almeida, 2018).

Essas questões trazem uma correlação direta para a compreensão do que é, e como surge o racismo estrutural. Silvio Almeida (2018) aponta que o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo estrutural. Ressalta-se que todos esses questionamentos estão englobados dentro dos direitos humanos, que são justamente os direitos fundamentais que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição, e visam garantir a dignidade, a liberdade, a igualdade e a justiça para todas as pessoas (Paiva; Heemann, 2020).

Diversas pesquisas realizadas nos últimos tempos apontam algo que já era perceptível ao senso comum: pessoas negras têm mais chances de serem abordadas em buscas pessoais do que pessoas brancas no Brasil. Segundo o estudo realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e pelo *data_labe*, entre junho de 2021 e junho de 2022, ser negro no Rio de Janeiro e em São Paulo significa ter risco 4,5 vezes maior de sofrer uma abordagem policial em comparação com uma pessoa branca (IDDD e *data_labe*, 2022). No grupo daqueles que declararam ter sido abordados mais de 10 vezes, entre os negros, o percentual foi mais que o dobro (19,1%), em relação aos respondentes brancos (8,5%).

Com resultados bem parecidos e demonstrando o racismo estrutural do Brasil, a re-

portagem do Instituto Fogo Cruzado BR e Marco Zero Conteúdo, realizada em Pernambuco, também em 2022, apontou que, dos jovens entrevistados entre 14 e 21 anos, 87% se declararam negros. Dentre eles, 86,66% afirmaram já ter sofrido um "baculejo" da polícia. Além disso, 46,66% dos jovens disseram que já foram abordados pela Polícia Militar 10 vezes ou mais durante a vida. Ademais, 66% também relatam ter passado por uma experiência traumática de humilhação e violência física ou verbal (Dielú, 2022).

Ressalta-se que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 7 de março de 1966, teve o Brasil como país signatário. Diante desse cenário, o Estado brasileiro pelo art. V, alínea "a", comprometeu-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, por, ou, principalmente, no gozo dos seguintes direitos. Já a alínea "b" aborda o direito à segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida, quer por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição (Brasil, 1969).

Dessa forma, as Cortes Superiores vêm se posicionando para traçar uma delimitação da fundada suspeita para realização da busca pessoal, por meio de elementos concretos para aferi-la, a fim de prevenir discriminação por parte dos agentes da segurança pública, em vista do perfilamento racial. Nessa toada, é necessária a análise do andamento do julgamento do *Habeas Corpus* 208.240/SP, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPSP), que visa a anulação das provas obtidas através de busca pessoal, sob o argumento de que as provas obtidas durante a abordagem policial foram colhidas de forma ilegal, utilizando-se como um dos argumentos o racismo estrutural.

Destarte, este artigo tem como objetivo central investigar a relação entre o perfilamento racial e a seleção dos agentes de segurança para a prática de buscas pessoais no Brasil. Para tanto, analisaremos como essa questão tem sido abordada pelos Tribunais Superiores, considerando o contexto do racismo estrutural e sua influência no sistema de justiça criminal. A pesquisa teve natureza básica, com o objetivo de compreender o impacto do perfilamento racial nas decisões da justiça criminal brasileira, a partir da análise do *Habeas Corpus* 208.240/SP.

O método científico utilizado foi o indutivo, que observa os acontecimentos da sociedade e sua problematização, buscando chegar a concepções e possíveis conclusões. O objeto de estudo foi o explicativo, visando disseminar as concepções adquiridas de maneira simples e clara. O foco da análise foi o racismo institucional e os abusos policiais cometidos durante o procedimento da busca pessoal contra a população negra. As práticas racistas cotidianas, cometidas sobretudo pelas forças de segurança pública, apontam para a urgência da discussão do tema, bem como para a necessidade de analisar os parâmetros legais para a realização da busca pessoal. Esta análise está pautada no método documental, tendo sido realizada através do estudo de fontes bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais relativas ao racismo e à violência policial.

Foram considerados dados da violência policial contra as pessoas negras para compreensão sobre como o racismo estrutural presente reflete nos órgãos de segurança pública. Construído este panorama, realizou-se uma discussão acerca da busca pessoal e do seu elemento normativo autorizador, a fundada suspeita, considerando o racismo como fator determinante da vida em sociedade, analisando também como as Cortes Superiores, sobretudo o STF, estão se posicionando acerca do tema.

2 A DEFINIÇÃO E OS EFEITOS DO PERFILAMENTO RACIAL NA ATUAÇÃO POLICIAL E NA PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS DECORRENTES DE BUSCA PESSOAL ILEGAL

Existem várias interpretações e formas de compreender o conceito de “perfilamento”. Diante disso, no contexto da aplicação da lei, o perfilamento tem sido definido como “a associação sistemática de um conjunto de características físicas, comportamentais ou psicológicas com delitos específicos e seu uso como base para tomar decisões de aplicação da lei.” (Organização das Nações Unidas, 2014, p. 14).

Segundo a Recomendação Geral n.º 36, do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial - CERD, órgão responsável pela execução da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, e pertencente à Organização das Nações Unidas - ONU (2020, p. 11), sobre a prevenção da discriminação racial na administração e funcionamento do sistema de justiça criminal:

O perfilamento racial praticado por agentes policiais têm consequências de longo alcance em todos os níveis da administração do sistema de justiça, especialmente no sistema de justiça criminal. O perfilamento racial pode levar a) à criminalização excessiva de certas categorias de pessoas protegidas pela Convenção; b) o reforço de associações estereotipadas enganosas entre crime e etnia e o cultivo de práticas operacionais abusivas; c) taxas de encarceramento desproporcionais de grupos protegidos pela Convenção; d) maior vulnerabilidade das pessoas pertencentes a grupos protegidos pela Convenção ao abuso de força ou autoridade por parte de policiais; e) a subnotificação de atos de discriminação racial e crimes de ódio e f) a condenação pelos tribunais com penas mais duras para as comunidades visadas, entre outros.

Em outras palavras, o perfilamento racial se caracteriza pela criação de perfis raciais, prática realizada por instituições policiais, agentes de fronteiras, imigração e forças de segurança, ainda que seja incompatível com a proteção dos direitos humanos.

Essa prática se manifesta muitas vezes em circunstâncias de paradas e buscas pessoais desnecessárias, com verificações repetidas da identidade do indivíduo, revistas pessoais, prisões, invasões e batidas, fiscalizações alfandegárias e nas fronteiras e buscas domiciliares que visam alvos específicos para vigilância e nas decisões sobre imigração.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da busca pessoal está previsto no artigo 240 do Código de Processo Penal (CPP) e, conforme referido, é uma das circunstâncias nas quais o perfilamento racial pode se manifestar, eis o artigo:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.
 § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
 a) prender criminosos;
 b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
 c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
 d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
 e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
 f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
 g) apreender pessoas vítimas de crimes;
 h) colher qualquer elemento de convicção.
 § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior (Brasil, 1941).

Conforme se observa pelo diploma legal, a busca pessoal deverá ser realizada quando houver fundadas suspeitas de que o indivíduo esteja portando arma proibida ou exista alguma

das condições mencionadas nas alíneas do parágrafo segundo do referido artigo.

No entanto, no que tange à expressão “fundadas razões”, tem-se que tal expressão é demasiada ampla, visto que o diploma legal não define o que seriam “fundadas razões” ou traz um rol exemplificativo de fundamentações que se enquadrem em circunstâncias que permitem a realização de busca pessoal.

Além do referido dispositivo apresentado, posteriormente, há o artigo 244 do CPP, que dispõe:

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar (Brasil, 1941).

Cabe ressaltar que o artigo supracitado traz a prescindibilidade de mandado judicial quando houver “fundadas suspeitas” acerca das circunstâncias prescritas no dispositivo legal, as quais apresentam justa causa necessária para implementação da medida de natureza cautelar, em termos de *standard* probatório.

Assim, cotidianamente, os agentes policiais se deparam com ocorrências nas quais eles são os primeiros “magistrados” em relação ao juízo de admissibilidade acerca da realização ou não de busca pessoal em indivíduos. No entanto, a problemática é presente quando o agente policial fundamenta a sua suspeita somente em critérios subjetivos, sem apresentar elementos anteriores, concretos e aferíveis judicialmente, no qual faz-se presente a questão do perfilamento racial.

A consequência da busca pessoal realizada por policial, fundada somente em decorrência de critérios subjetivos, a exemplo da única motivação para o procedimento ser a cor de determinada pessoa, é a ilicitude da prova decorrente dela, pela ausência do requisito da fundamentação idônea, em razão do artigo 157 do CPP determinar que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (Brasil, 1941).

3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PARA CARACTERIZAR A FUNDADA RAZÃO PARA A BUSCA PESSOAL SEM ORDEM JUDICIAL

A busca e apreensão pessoal é aquela realizada em objetos que estejam em poder da pessoa revistada, a exemplo de bolsas, carteiras, malas, mochilas, pertences que se encontram em vestimentas, celulares, motocicletas, automóveis etc. Relembre-se que, nos termos do art. 240, § 2º, do CPP, será procedida a busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos alocados nas alíneas “b” a “f”, e “h” do § 1º deste mesmo dispositivo legal (Alves, 2021).

Destarte, sobre este dispositivo e a exigência da “fundada suspeita”, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já definiu, no Informativo n.º 659, como ilícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada com base unicamente em notícia anônima (Brasil, 2019).

No caso apreciado pela Corte, a acusada foi submetida à realização de revista íntima com base, tão somente, em notícia anônima feita ao presídio no dia dos fatos, informando que ela tentaria entrar com drogas. No entanto, não foram realizadas outras diligências prévias para apurar a veracidade e plausibilidade dessa informação. Portanto, se não haviam fundadas suspeitas para a realização de revista na acusada, não há como admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior à revista, justifique a medida. Isso ocorreria sob pena de esvaziar-se o direito constitucional à dignidade, à honra e à imagem do indivíduo (Brasil, 2019).

Ademais, é válido destacar que o CPP não oferece tratamento específico acerca da busca

pessoal efetivada em casas de shows, estádios de futebol, boates, festas em geral, rodoviárias, aeroportos etc. No silêncio da lei, a busca, nessas situações, deve observar a proporcionalidade e resguardar o direito fundamental à intimidade. Em acréscimo, como pondera Aury Lopes Jr. (2022, p. 542) “aquele que não desejar se submeter à medida, tem a opção de não se valer do serviço ofertado ou simplesmente não frequentar o estabelecimento”.

Complementando, o STJ tem julgado no sentido de apontar como ilícita a revista pessoal realizada por agente de segurança privada e todas as provas decorrentes dessa prática. Conforme o teor do HC 470.937/SP, extrai-se da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, no capítulo da segurança pública e naquele que disciplina a busca domiciliar e pessoal que, somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal.

Na decisão, é feita menção ao inciso II do art. 5º da Constituição Federal, asseverando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Nesse contexto, o indivíduo sujeito à revista pessoal não tem a obrigação de submeter-se à mesma, ante a inexistência de disposição legal autorizadora da prática desse ato pelos integrantes da segurança.

De outra parte, agentes de segurança privada não podem sequer ser equiparados a guardas municipais. Assim, reconheceu-se a ilicitude da revista pessoal e de todas as provas decorrentes da busca pessoal realizada por pessoa incompetente para tal função, gerando o Informativo n.º 651 do STJ (Brasil, 2019).

Outrossim, a Sexta Turma do STJ decidiu, em abril de 2022, no RHC n.º 158.580/BA, sobre os limites ao chamado “baculejo”, que não pode ser admitido em qualquer contexto. De acordo com o julgado, que deu origem ao Informativo n.º 735 do STJ:

Exige-se, em termos de *standard* probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (*justa causa*) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (*fishing expeditions*), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como “rotina” ou “praxe” do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata. [...] O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos - independentemente da quantidade - após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento “fundada suspeita de posse de corpo de delito” seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida, droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida (Brasil, 2022, p. 2).

O Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, em seu voto, aponta para a questão de que, embora as forças policiais tenham sido o foco das críticas, elas não são as únicas que as merecem. Todos os membros do sistema de justiça criminal devem refletir juntos sobre o papel que desempenham na manutenção da seletividade racial. No entanto, sendo a “porta de entrada” do sistema, o padrão discriminatório é mais evidente nas abordagens policiais, principalmente pela Polícia Militar (Brasil, 2022, p. 6).

Desse modo, práticas como a evidenciada no processo em questão persistem porque, sob o pretexto de combater o crime, recebem apoio e aprovação tanto de delegados de polícia quanto de representantes do Ministério Público – responsáveis pelo controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição Federal) e pelo papel de *custos iuris* – bem como de segmentos do Poder Judiciário, ao validarem medidas ilegais e abusivas cometidas pelas agências de segurança.

No plano internacional, em 2020, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sentenciou contra o Estado argentino em um caso conhecido como *Fernández Prieto & Tumbeiro vs. Argentina*. O caso envolveu duas prisões ilegais em Buenos Aires em 1992 e 1998, justificadas apenas por “atitude suspeita”. A sentença reconheceu a responsabilidade internacional do Estado pela violação de vários direitos humanos (Corte IDH, 2020). Abrindo, portanto, um precedente para que tribunais da região, como os do Brasil, exijam justificativas objetivas e verificáveis para a “fundada suspeita” de agentes de segurança pública.

4 A ANÁLISE DO HC 208/240 SP E O JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SOBRE A POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DAS PROVAS POR RACISMO ESTRUTURAL

No dia primeiro de março de 2023, teve início o julgamento no Supremo Tribunal Federal referente ao HC 208/240 SP, que enfrenta o tema do chamado “perfilamento racial” e, em adição a isso, debateu-se acerca da validade das provas colhidas durante abordagem policial motivada pela criação de perfis raciais.

O caso concreto que motivou o julgamento refere-se a um homem negro condenado a quase 8 anos de prisão por tráfico de droga, depois de ser flagrado com 1,53 grama de cocaína, em um local conhecido pelo comércio de entorpecentes. Embora a análise esteja centrada em um *habeas corpus*, a decisão terá relevância na construção de precedentes sobre o tema.

O julgamento foi retomado no dia posterior ao inicial, e os ministros deliberaram que o Judiciário deve fixar entendimento para proibir que agentes de segurança atuem de forma discriminatória. Porém, três magistrados opinaram que não houve racismo no caso concreto: os Ministros André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli. Em contrapartida, o Ministro Relator, Edson Fachin, interpretou que a abordagem se deu apenas devido à cor do indivíduo, votando favoravelmente à anulação das provas.

4.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR EDSON FACHIN

Pela análise do voto do Ministro Relator, observa-se que ele não conheceu do *habeas corpus* impetrado. Entretanto, concedeu a ordem de ofício para declarar a nulidade da revista pessoal e aos demais atos subsequentes a ela. Por conseguinte, determinou o trancamento da ação penal originária, com o escopo de coibir o perfilamento racial, visto a ausência de justa causa da abordagem policial realizada a partir da cor da pele do autuado, devido à inexistência de demonstração da tipicidade da conduta do caso concreto e a falta de indícios mínimos no caso concreto.

Na fundamentação do voto, foi citada a pesquisa *Negro Trauma: Racismo e Abordagem Policial no Rio de Janeiro* (Ramos; Silva *et al.*, 2022), que evidencia uma desproporcionalidade acentuada entre abordagens a pessoas negras em relação às pessoas brancas.

Outro estudo que o Ministro colacionou, refere-se à avaliação de mais de quatro mil sentenças emitidas em processos que investigavam a conduta de indivíduos acusados de tráfico de drogas (Agência Pública, 2019). Esse estudo constatou que pessoas negras presas com quantidade de drogas inferior a aquela apreendida com pessoas brancas, são consideradas traficantes, enquanto as pessoas brancas, com quantidade maior, são autuadas como usuárias.

Por final, com o escopo de coibir o perfilamento racial em buscas policiais e por caber ao Poder Judiciário assumir papel ativo nessa tarefa, foram propostas as seguintes teses: 1) A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos concretos e objetivos que indiquem a posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, cor da pele ou aparência física; 2) A busca pessoal sem mandado judicial reclama urgência para a qual não se pode aguardar uma ordem judicial; 3) Os requisitos para a busca pessoal devem estar presentes anteriormente à realização do ato e devem ser devidamente justificados, pelo executor da medida, para ulterior controle do Poder Judiciário (Brasil, 2023).

Mencionou, ainda, que a fixação de tese em *writ* não é estranha ao Plenário do STF, citando o julgamento do HC 176473, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 27 de abril de 2020 (Brasil, 2020).

4.2 VOTO DO MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA

Por sua vez, o Ministro André Mendonça votou pela denegação da ordem, argumentando que o paciente estava em um local público, notoriamente conhecido como tráfico de drogas. O Ministro destacou que os policiais-testemunhas do caso estavam a uma certa distância, quando acionaram a sirene da viatura e, ao ouvirem o sinal, tanto o réu quanto outro indivíduo tentaram fugir do local. Destacou que, durante a abordagem, foram encontradas drogas com o paciente, que ainda tentou ocultar uma quantidade adicional além daquela que foi apreendida.

O Ministro André Mendonça baseou o voto em dois casos, ocorridos na Europa, sobre abordagens policiais motivadas por raça ou cor de pele: o Caso Basu *vs.* Alemanha e o Caso Mohamad *vs.* Espanha.

No caso ocorrido na Alemanha, um cidadão alemão de origem indiana, chamado Basu, foi abordado por dois policiais em um trem, o indivíduo afirmou que a abordagem foi motivada pela cor. No ano de 2022, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que, neste caso, houve violação aos direitos à proteção judicial efetiva, à liberdade de movimento e à proibição de discriminação.

No entanto, ao fazer uma distinção em relação ao caso mencionado, ele sustentou que o caso brasileiro não se encaixava nessa situação, pois se deu em um local público e notoriamente conhecido por atividade de tráfico. Os policiais estavam a uma distância, acionaram a sirene e, ao fazê-lo, o réu e outro indivíduo, que não foi identificado, tentaram se evadir. Diante desse cenário, drogas foram efetivamente encontradas com o paciente, que tentou ainda ocultar uma quantidade.

O Ministro, na ocasião, ressaltou que estava aberto a discutir casos de racismo estrutural por trás de abordagens policiais, destacando que a tese discutida merece toda defesa e reconhecimento.

4.3 VOTO DO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Em consonância à divergência aberta pelo Ministro André Mendonça, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu voto para denegar a ordem de *habeas corpus*, reconhecendo a licitude das provas. Segundo este, a abordagem se deu em razão de o acusado estar em um local conhecido pelo comércio de tráfico de entorpecentes, em uma circunstância conhecida por ser o *modus operandi* da referida prática delituosa.

Nesse sentido, durante o voto, ressaltou que não há como se afirmar que o acusado foi preso por ser negro, mas, sim, por estar fazendo o *modus operandi* do delito de tráfico de drogas. Destarte, a defesa do paciente, preso em 2020, não apontou o perfilamento racial como causa da abordagem em instâncias inferiores e não produziu provas para comprovar que houve

influência do racismo estrutural na prisão.

Além disso, destacou-se que o contexto apresentado no caso retrata como é o *modus operandi* da venda de drogas, destacando ainda que, quanto a essa prática, não importa se o vendedor ou o comprador é homem, mulher, branco ou negro. Dessa forma, a abordagem da polícia se deu em razão do ponto em que o indivíduo estava sendo conhecido como ponto de drogas no município Bauru/SP, conforme ressaltado pelo Ministro André Mendonça.

Expôs ainda que, de acordo com seu ponto de vista, o caso não é adequado para caracterização do perfilamento racial, considerado inconstitucional, o que, conseqüentemente, tornaria a prova ilícita, além de configurar crime de racismo pelo agente que comete.

Em conclusão, o Ministro apontou que existe o perfilamento racial em operações policiais, contudo, entendeu que, no caso em questão, não havia provas de que ocorreu.

4.4 VOTO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI

O Ministro Dias Toffoli, em uma fala breve, ao final do julgamento, afirmou que a discussão é importante, mas que talvez o debate sobre o racismo estrutural em abordagens policiais se adequasse em outros casos, votando para denegação da ordem de *habeas corpus*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, o artigo 244 do CPP exige que a busca pessoal ocorra quando houver a fundada suspeita do indivíduo estar na posse de objeto que constitua corpo de delito. É necessário, pois, que haja referibilidade entre a realização da medida e a sua finalidade processual de obtenção de prova, para que ela não seja utilizada como salvo-conduto para abordagens policiais meramente exploratórias.

No Brasil, país no qual as desigualdades racial e social são significativas, a criação de instrumentos normativos discricionários para a identificação de indivíduos suspeitos da prática de crime, notadamente a busca pessoal, permite que o policiamento ostensivo se concentre em grupos marginalizados, a exemplo da população negra.

Conforme dados estatísticos trazidos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Instituto Fogo Cruzado BR e Marco Zero Conteúdo, uma pessoa negra possui maior risco de sofrer uma abordagem policial em comparação com uma pessoa branca, o que reforça a presença do racismo estrutural dentre os órgãos de segurança pública, o qual reflete nas ações dos agentes públicos.

Dessa forma, diante da ausência legislativa de definição de critérios objetivos acerca da busca pessoal, essa atividade ficou a cargo do Poder Judiciário, que, com base nas suas recentes decisões dos Tribunais Superiores, vêm entendendo ser necessário um regramento mínimo sobre o tema, que possui conseqüências diretas no que tange a proteção dos direitos fundamentais.

Sendo assim, há três razões principais pelas quais é necessário ter elementos sólidos, objetivos e concretos para realizar uma busca pessoal. A primeira é evitar o uso excessivo dessa prática e, conseqüentemente, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade. Deste modo, a ausência de elementos objetivos que justifiquem a fundada suspeita e, por conseguinte, legitime a ação policial, fragiliza e viola direitos fundamentais à intimidade, à liberdade e à igualdade.

Posteriormente, visa garantir que a abordagem possa ser verificada e questionada pelas partes envolvidas e ter sua validade controlada posteriormente por um terceiro imparcial. Por fim, a mais difícil de ser alcançada e que está em constante construção é a prevenção de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como o perfilamento racial.

Diante disso, o caso trazido pelo HC 208.240/SP e seu julgamento pelo STF, traz à tona a

possibilidade de reconhecimento de ilicitude probatória em razão de racismo estrutural e traça direção para oportunizar a consolidação de tese jurisprudencial acerca do tema em questão, o qual possui consequências diretas no que tange a questão política-criminal e, de forma geral, no plano social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA PÚBLICA. **Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo**. Disponível em: <<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 20 jun. 2023.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora JusPodium, 1632 p, 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 65.810/1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 18 jun. 2023.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 651**: Revista pessoal. Exclusividade das autoridades judiciais, policiais ou seus agentes. Invalidez da revista pessoal realizada por agente de segurança privada. Provas obtidas. Ilicitude. HC 470.937-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019. 2019a. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/article/view/3876/4102>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 659**: Revista íntima. Denúncia anônima. Fundamento exclusivo. Impossibilidade. Ilicitude das provas obtidas. REsp 1.695.349-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019. 2019b. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/article/view/3867/4093>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo 735**: A mera alegação genérica de "atitude suspeita" é insuficiente para a licitude da busca pessoal. RHC 158.580-BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22RHC%22+com+%22158580%22>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 176.473 Roraima**. *Habeas Corpus*. Alegada prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Interrupção da prescrição pelo acórdão confirmatório de sentença condenatória. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753767837>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 208.240 São Paulo**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6287873>>. Acesso em: 18 jun. 2023.

CORTE IDH. **Caso Fernández Prieto e Tumbeiro vs. Argentina**. Mérito e Reparações. Sentença de 1º de setembro de 2020. Sentença aprovada em San José, Costa Rica, por meio de sessão virtual. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/expedientes-recebidos/manifestacoes-recebidas-1/SentenaFernandezPrietoTumbeiro.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

DIELÚ, Nathália. **O baculejo tem cor**. Fogo cruzado, 2022. Disponível em: <<https://fogocruzado.org.br/o-baculejo-tem-cor>>. Acesso em: 16 jun. 2023.

IDDD; DATA_LABE. **Por que eu?** Como o racismo faz com que as pessoas negras sejam o perfil alvo das abordagens policiais. Disponível em: <<file:///C:/Users/PGJ/Downloads/RELATORIO-POR-QUE-EU.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, 1.272 p.

ONU. **Grupo de Trabalho da Força-Tarefa de Implementação do Contraterrorismo sobre a Proteção dos Direitos Humanos durante o Combate ao Terrorismo, Guia Básico de Referência de Direitos Humanos: Parando e Revistando Pessoas no Contexto do Combate ao Terrorismo (Basic Human Rights Reference Guide: The Stopping and Searching of Persons in the Context of Countering Terrorism)**. Nova Iorque: ONU, 2014. [Cartilha]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/167newyork/Documents/StoppingAndSearching_en.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

_____. **Prevenindo e Combatendo o Perfilamento Racial de Pessoas Afrodescendentes: boas práticas e desafios**. Nova Iorque: ONU, 2020. [Cartilha]. Disponível em: <https://acnudh.org/load/2020/12/1821669-S-DPI-RacialProfiling_PT.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

PAIVA, Caio.; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

RAMOS, Silvia *et al.* **Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: CESeC, 2022. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2022/02/CESEC_elemento-suspeito_final-3.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023.

IRRACIONALIDADE DA GUERRA ÀS DROGAS: ANÁLISE DA POLÍTICA PROIBICIONISTA ATUAL DO BRASIL POR MEIO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DAS QUESTÕES RACIAIS

THE IRRATIONALITY OF THE WAR ON DRUGS: AN ANALYSIS OF BRAZIL'S CURRENT PROHIBITIONIST POLICY THROUGH CRITICAL CRIMINOLOGY AND RACIAL ISSUES

Rodrigo Coelho Braga Ferreira

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas).

Resumo: O presente trabalho visa comprovar a existência de certa irracionalidade em relação ao crime de tráfico (art. 33 da Lei de Drogas), bem como à política de guerra às drogas no Brasil. Essa irracionalidade é comprovada por meio da análise do sistema jurídico penal brasileiro e de seus objetivos declarados. Assim, estudando os principais argumentos que sustentam as políticas violentas de tolerância zero quanto às drogas ilícitas, percebe-se que eles não possuem embasamento teórico e prático suficientes para serem utilizados. Nesse sentido, uma análise da conjuntura brasileira, com base na teoria do Etiquetamento Social, do Pacto da Branquitude, além de outras bibliografias e dados empíricos, revela que a Lei n.º 11.343/06, na realidade, é usada como pretexto para combater os setores mais vulneráveis da sociedade brasileira (não brancos e periféricos).

Palavras-chave: Guerra às Drogas. Racismo. Arbitrariedade. Teoria do Etiquetamento.

Abstract: *The following article aims to demonstrate the existence of certain irrationality on the response to the crime of drug trafficking (Art. 33 of 'Lei de Drogas'), and on the war on drugs in Brazil. This irrationality is substantiated through the analysis of the Brazilian criminal justice system and its declared objectives. Thus, by studying the main arguments that legitimize the violent policies of zero-tolerance of illegal drugs, it becomes evident that they lack enough theoretical and practical foundations to validate them. In this sense, an analysis of the Brazilian social context, based on the Labeling Theory, the Whiteness Pact along with other literature and empirical data reveals that the Law n.º 11.343/06 is in reality used as a pretext to target the most vulnerable sectors of the Brazilian society (non-whites and impoverished populations).*

Keywords: *War on Drugs. Racism. Arbitrariness. Social Labeling Theory.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Desproporcionalidade entre a pena para o delito de tráfico e seu bem jurídico tutelado em relação ao restante das leis penais – 3 Consequências da proibição das drogas – análise da proibição do álcool nos Estados Unidos – 4 Ineficácia dos efeitos declarados da pena perante a seletividade penal – 5 Como o ordenamento jurídico brasileiro difere usuários de drogas de traficantes e suas consequências; 5.1 Teoria do etiquetamento social; 5.2 Raça, classe e drogas – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Em 1971, Richard Nixon, presidente dos Estados Unidos na época, declarou que o uso abusivo de drogas era o inimigo número 01 do país (Ruthe, 2022). Desde então, foi ampliado um processo que já tinha se iniciado desde de 1912 com a Convenção do Ópio: os Estados Unidos, se colocando no papel de uma polícia internacional, tentava impor para o restante do mun-

do, principalmente para a América Latina, sua legislação em relação às drogas (Valois, 2021, p. 319). Sendo assim, utilizando-se de um discurso colonialista, a principal potência econômica do mundo, desde o início do combate às drogas, coloca os países periféricos como os responsáveis por essa questão, uma vez que eles são os grandes produtores de algumas dessas substâncias (Olmo, 1990, p. 64). Entretanto, ao mesmo tempo, ignora que os países centrais, como os próprios Estados Unidos, são os principais consumidores dessas drogas (Camargo; Tamaeva, 2021).

Desse modo, sofrendo influências da grande potência americana, o Estado brasileiro também aderiu a proposta estadunidense de combate às drogas de forma proibicionista e realizou diversas modificações legislativas quanto a essa problemática, com o decorrer do tempo. Contudo, em 2006, no governo do presidente Lula, foi recebido, com louvor de certos grupos progressistas, a Nova Lei de Drogas. Um de seus méritos mais aclamados foi a diferença entre usuário (art. 28) e traficante (art. 33), bem como a despenalização da conduta de uso.

Apesar disso, mais de 10 anos após a publicação desta Lei, a situação brasileira, no que se refere ao combate às drogas ilícitas, não parece ter melhorado. Pelo contrário, o encarceramento prisional, assim como a violência policial atingiram níveis nunca antes vistos, assim como, o tráfico e o crime organizado não diminuíram. Ademais, como será melhor exposto ao longo do trabalho, os presídios, demonstrando o racismo estrutural da sociedade brasileira, tiveram sua população carcerária aumentada, mas são somente os corpos negros, jovens e de baixa renda a principal clientela dessa insituição.

Esse fato não é discrepante com toda história da formação do Brasil. Afinal, em um país escravista onde os aparelhos de repressão do Estado (como a polícia militar) foram criados, principalmente, para reprimir a população negra e pobre (Azevedo, 2020), a política de drogas atual baseada no proibicionismo não teria (como mostra a realidade) outros alvos senão os descendentes dos outroras escravizados.

Para entender melhor o caso brasileiro, vale ressaltar que a Lei de Terras foi criada em 1850 para, entre outros motivos, impedir que a futura abolição pudesse disponibilizar terras para os ex-escravizados (Moura, 2021, p. 145). Então, em 1888, quando a abolição ocorreu sem qualquer reparação, os negros escravizados foram “libertados” das senzalas, no modo de produção escravista, para se tornar exercito industrial de reserva no modo de produção capitalista (Moura, 2021, p. 148). Afinal, por meio de uma política genocida, o governo brasileiro incentivou a política de migração de corpos brancos, para que eles pudessem ser a mão de obra do país, além de embranquecer a população (Nascimento, 2016, p. 86). Enquanto isso, os corpos negros, sem direito a moradia, estudo ou trabalho, foram forçados, depois de construir um país, a construir as primeiras favelas.

Logo, o Direito Penal sempre criminalizou a conduta desses grupos. No que tange as drogas, o Brasil foi o primeiro país das Américas a proibir a maconha devido a sua origem associada ao povo negro (era conhecida como fumo negro) (Barros; Peres, 2012). E, após a abolição, criminalizou a capoeira, o samba, a vadiagem. Ato seguinte, a atual guerra às drogas surge como uma nova forma de repressão contra os setores mais marginalizados da classe trabalhadora.

Para sustentar essas afirmações, o presente trabalho, com base na criminologia crítica, busca, em uma variada bibliografia e em dados empíricos, demonstrar a veracidade desses fatos. Por conseguinte, ao final do texto, se pretende divulgar que não existe racionalidade entre os motivos declarados que sustentam a guerra às drogas e as políticas proibicionistas.

2 DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A PENA PARA O DELITO DE TRÁFICO E SEU BEM JURÍDICO TUTELADO EM RELAÇÃO AO RESTANTE DAS LEIS PENAIIS

Cada delito do ordenamento tutela um ou mais valores positivados em lei penal. Por exemplo, o crime de calúnia (art. 138, do CP) protege a honra, já o de roubo (art. 157, do CP) tutela o patrimônio, bem como a integridade física e psíquica da pessoa humana, ou seja, prote-

ge mais do que um único bem jurídico. Nesse sentido, de acordo com os valores defendidos nos tipos penais que a ação do agente viola e o seu grau de reprovabilidade, as reprimendas impostas podem ser mais graves ou mais leves. Vejamos: a pena para quem comete o delito elencado no art. 138, do CP é “de detenção, de seis meses a dois anos, e multa”, já para o crime de homicídio (art. 121 do CP), a pena do *caput* é de “reclusão, de 06 (seis) a 20 (vinte) anos”.

Dessa forma, percebe-se que existe uma certa racionalidade do legislador ao formular tais normas, uma vez que, indiretamente, ele está expressando, por meio da reprimenda penal, que, no caso em tela, é muito mais censurável matar uma pessoa do que ferir a honra dela “imputando-lhes falsamente fato definido como crime”. Por certo, é amplamente aceito na sociedade que a vida tem um valor maior do que a honra. Então, esse exemplo não gera grandes discussões. Ademais, a pena, em tese, tem uma função de prevenção geral, isto é, desestimular que as pessoas cometam delitos e de prevenção especial, a qual visa desestimular que o indivíduo o qual já cometeu um delito volte a delinquir.

Todavia, analisando um pouco sobre a Lei de Drogas (11343/06), observa-se que essa questão não é tão simples. Certamente, o delito tipificado no artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006 (tráfico de drogas) protege a saúde pública. Vejamos o tipo penal:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Planalto, 2006).

A tipificação desse delito será melhor abordado no tópico “Como o ordenamento jurídico brasileiro difere usuários de drogas de traficantes e suas consequências”, mas, por hora, basta saber que, se uma pessoa, hipoteticamente, traz consigo maconha, comercializa ela ou, mesmo que não a coloque à venda, mas tem em forma ou quantidade que induz a pensar que aquela substância não é para uso próprio, ela está cometendo o crime em questão. Sob esse viés, a lei brasileira entende que essa conduta é nociva à saúde pública de todos devido aos efeitos da drogas e, na teoria, a criminaliza devido, principalmente, a esse fato.

Outrossim, em seu *caput*, a sua pena máxima é de 15 anos de reclusão e o pagamento de 15000 dias-multas. Contudo, se for considerar a causa especial de aumento de pena de $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$ do art. 40 da mesma lei, a pena máxima chega a 25 anos (por exemplo: se o tráfico for realizado entre estados, ao fazer o cálculo da pena, o juiz irá acrescentar esse aumento). Já outros crimes que protegem o mesmo bem jurídico não tem uma reprimenda tão elevada.

Exemplificando, o art. 271 (Corrupção ou Poluição de Água Potável) também protege a saúde pública e ele expõe que: “Art. 271. Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde” (Brasil, 1940). Logo, se uma pessoa contamina o reservatório de água de um prédio, deixando essa ela inviável para o consumo, está sendo praticado esse crime. Todavia, diferente do delito de tráfico, sua pena máxima é de 05 anos e não tem causa especial de aumento de pena ou qualificadoras.

Por conseguinte, para o Estado, o indivíduo que realiza essa conduta tem uma atitude menos repreensível do que um cidadão que executa uma troca comercial voluntária com substâncias que o próprio governo considerou, arbitrariamente, como ilegais. Indubitavelmente, o bem jurídico protegido é igual nos dois casos, mas o tratamento dado aos delitos é, no mínimo, discrepante. Na realidade, nenhum crime contra a saúde pública chega próximo do tratamento dado ao legislador para com o delito de tráfico.

Nessa perspectiva, leciona o professor e juiz Luís Carlos Valois (2021, p. 426-427):

Se o Direito Penal como direito positivo em geral constitui a estrutura dialogal de

sistemas sociais e, por via de consequência, a pena deve ser concebida com um processo de diálogo', a desproporcionalidade da punição dos crimes de comércio de drogas, comparado com os demais delitos, além de indício de mais incoerência - e também por isso - fere a capacidade de comunicação do Estado, seja este judiciário, legislativo ou executivo, tornando mais grave a ilegitimidade no exercício de poder e o medo da população frente principalmente à polícia, o braço verdadeiramente armado do Estado. (...) A pena máxima para o crime de tráfico de drogas no Brasil é de 25 anos, considerando a pena máxima do art. 33 da Lei 11.343/06, com a causa de aumento do art. 40 da mesma lei, enquanto o homicídio simples tem pena máxima de 20 anos (art. 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro), o roubo, subtração de coisa alheia móvel mediante violência, tem pena máxima de 15 anos (art. 157 e § 2º, do CPB), o estupro resultando em lesão corporal tem pena que pode chegar a 12 anos (art. 213, parágrafo 1º, do CPB) e o estupro contra menor de 14 anos tem sanção de até 15 anos (art. 217-A, CPB).

Além disso, diferente de outros delitos que tutelam a saúde pública, o tráfico de drogas está inserido na Lei de Crimes Hediondos, juntamente com os crimes de tortura, roubo qualificado pelo resultado morte (latrocínio), entre outros. Essa inserção gera algumas limitações aos infratores, como um *quantum* maior de cumprimento de pena para progressão de regime.

Por fim, a pena mínima do delito tipificado no art. 33 da Lei de Drogas é de 05 anos. Devido a isso, se não for reconhecido nenhuma minorante, não é possível aplicar o Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A do CPP) na qual a promotoria pode firmar um acordo com o investigado para que não tenha processo penal caso ele cumpra alguns requisitos (Exemplo: prestação de serviço a comunidade e pagamento de multa). Da mesma forma não é aplicável a Suspensão Condicional do Processo (art. 89, da Lei n.º 9.099/1995), instituto cabível para crime com pena mínima igual ou inferior a uma ano que coloca o réu em um período de prova de dois a quatro anos em que ele precisa seguir certas condições (como não frequentar determinados lugares tipo bares e restaurantes e as penas restritivas de direitos) e, ao final, se não tiver o direito revogado, tem extinta a sua punibilidade. De forma análoga, também não é admissível a substituição da pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção) para a restritiva de direitos (art. 44, do CP), como a realização de trabalhos comunitários e a prestação pecuniária. Em outras palavras, a pena do crime em análise é feita para maximizar o encarceramento, haja vista que impossibilita o uso das medidas desencarceradoras expostas e de outros institutos, mas o presente trabalho não irá se aprofundar neste tópico.

Em suma, essas comparações poderiam ser feitas com todos os artigos e leis complementares do Direito Penal e o tráfico de drogas ainda seria tratado de modo divergente do resto dos crimes que tutelam o mesmo bem jurídico. Portanto, é incontestável que esse delito tem uma conjuntura ímpar, não só em comparação aos crimes contra a saúde pública, mas também em paralelo a todo ordenamento jurídico brasileiro. Então, o que explica essa desproporcionalidade?

3 CONSEQUÊNCIAS DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS - ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DO ALCOOL NOS ESTADOS UNIDOS

Uma possível resposta para a questão levantada anteriormente é que as substâncias alvos desta lei são extremamente malélicas, elas são muito mais perigosas do que contaminar a água e os seus efeitos são muito mais danosos à sociedade do que um fermento físico. Afinal, esses malefícios podem ser percebidos ao analisar a difícil situação dos moradores da chamada "Cra-colândia", os quais sofrem danos físicos e psicológicos oriundos da utilização de entorpecentes ilícitos, além de terem seu seio familiar afetado pelo tráfico. Então, uma vez que a conduta de tráfico causa uma ofensa muito grave à saúde pública, é racional que ela tenha uma reprimenda tão elevada. Entretanto, esse discurso proibicionista não tem amparo na realidade.

Em primeira análise, existem outras drogas que são prejudiciais ao corpo e mesmo assim não são proibidas, como o álcool e o tabaco e, mesmo sem tutelar o uso do cigarro por meio do Direito Penal, o Brasil conseguiu ser referência mundial no combate ao tabagismo. Ora, dados de 2018 mostram que ano após ano o número de fumantes diminui nesse país e que, em relação a 2006, houve uma redução de 40% na população fumante brasileira (Ministério da Saúde, 2019). Desse modo, destaca-se que é possível e, principalmente, eficaz combater o uso de tóxicos sem a utilização do maior aparato repressivo e violador de direitos do Estado, isto é, o Direito Penal. Por outro turno, de acordo com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), como foi publicado pelo jornal “O Globo”, o consumo das drogas ilícitas vem aumentando em todo o mundo (O Globo, 2023).

Em segunda análise, uma análise da história moderna do continente americano nos ensina que a utilização do Direito Penal contribui para o aumento da nocividade das substâncias e suas implicações. Ao compreender a experiência norte-americana com a proibição do álcool, essa afirmação começa a se mostrar verossímil. Isso ocorreu pois, em 1920, por intermédio da 18ª Emenda à Constituição estadunidense e da Lei *Volstead Act*, o consumo de álcool foi proibido neste país. Então, como nos ensina o brilhante jurista já citado (Valois, 2021, p. 107), as consequências logo apareceram: tribunais lotados, já que diversas pessoas que antes eram cidadãos em harmonia com a sociedade, agora, estão desobedecendo a lei, além disso, a corrupção aumentou haja vista que agentes de segurança podem aumentar consideravelmente sua receita apenas deixando de fiscalizar.

Todavia, focando na substância em si, também houve o surgimento de adversidades. Por causa da repressão ficou, obviamente, mais difícil de transportar as bebidas em questão. Assim sendo, preferiu-se a produção e comercialização de bebidas mais fáceis de se esconder e transportar e, conseqüentemente, mais concentradas também. Dessa forma, o consumo de cerveja diminuiu para o consumo de whisky aumentar. Em suma, a proibição fez com que as pessoas aumentassem a quantidade de álcool das bebidas ingeridas (Valois, 2021, p. 107).

Além disso, com a guerra às drogas, uma vez que a produção se opera à margem da lei, a qualidade do produto em geral diminui. Desse modo, é comum na contemporaneidade que traficantes realizem a produção de suas substâncias em locais que desrespeitam as normas de higiene e também misturem outros elementos às drogas para fazer elas renderem mais, sem que o consumidor final tenha conhecimento disso (Valois, 2021, p. 108). Outrossim, também ocorre da concentração do produto mudar, sem que os clientes tenham ciência. Assim sendo, pode acontecer de uma pessoa que está acostumada a ingerir certa quantidade de tóxicos acabe usando mais na mesma porção. Em decorrência disso, o consumidor pode chegar a sofrer uma overdose.

De forma análoga, foi o que ocorreu nos Estados Unidos nessa época (1920-1933) com o álcool. Sem nenhum tipo de controle da produção e da comercialização, diversas pessoas tiveram a sua saúde prejudicada, algumas com sintomas mais leves como náuseas e outras com consequências graves como cegueira e morte (Valois, 2021, p. 108). Ou seja, o álcool, uma droga viciante que prejudica o corpo humano, era consumida por diversas pessoas (assim como é atualmente), mas, com a proibição, os efeitos nefastos dessa substância se potencializaram.

Ademais, o usuário também fica na clandestinidade, em outros termos, fica à margem da lei, da sociedade, sempre consumindo o produto sem que as autoridades estatais tenham ciência disso. Por consequência, as estatísticas ficam prejudicadas e o Estado deixa de saber o tamanho do real problema das drogas (Valois, 2021, p. 109). Caso o tabaco fosse ilícito como a maconha é no Brasil, nunca saberíamos o real número de fumantes e se eles aumentam ou diminuem a cada ano, se são mais homens ou mulheres ou a faixa etária de cada grupo.

Portanto, existem diversos malefícios que a proibição causa quando instalada, assim, piorando o já nocivo uso das drogas e esse trabalho não irá exemplificar todos eles. Todavia, existe mais um motivo que merece ser citado: o aumento da criminalidade.

Nos dias atuais, existe a ideia que os traficantes são todos seres perigosos e causadores de inúmeros danos aos bens jurídicos tutelados. Nesse sentido, é criado um estigma da *persona* do traficante na qual sempre é associado ao homem negro periférico e potencialmente violento, mesmo que, na realidade, todas as classes sociais e raças consumam essas substâncias e que existam uma variedade de tipo de comerciantes de entorpecentes.

Assim sendo, esse “ideal” de traficantes seriam responsáveis pela prática de outros delitos, como: roubos, furtos, homicídios e etc. Logo, de acordo com essa lógica, essa é uma conduta mais censurável e por causa disso precisa de um tratamento penal diferenciado. Contudo, essa análise é inverossímil.

Analisando a sociedade de forma material, sem propor uma figura idealista do ser humano como algo bom ou ruim por natureza, se percebe que, como ensina a ex-Juíza Maria Lúcia Karam, é a própria proibição um dos principais fatores que levam ao aumento dos delitos (Pastoral Carcerária, 2018). Isso ocorre, *a priori*, pois o Direito Penal cria um vácuo no mercado favorável e, sobretudo, extremamente lucrativo para o crime organizado, uma vez que não existe concorrência legal ou, muito menos, como já mencionado, regulamentação. Dessa forma, se antes um adolescente precisaria de um adulto ou um comerciante irresponsáveis para conseguir bebidas alcoólicas, durante o *Volstead Act*, bastaria ele ir a um dos diversos pontos de venda de álcool espalhados pela sua cidade para consumir esse mesmo produto, mas agora com qualidade duvidosa. Outro ponto relevante é que, atualmente, com a regulamentação do álcool, parte do valor gerado pela sua comercialização é transferida para o Estado na forma de impostos. Já durante a proibição dessa substância, o valor gerado pela sua venda financia apenas o crime organizado e pequenos produtores.

Em síntese, a proibição faz com que surja um mercado marginalizado onde qualquer um com pouco investimento possa começar a comercializar. No caso das drogas, por se tratar de um produto com alta demanda e que faz parte da cultura da sociedade, a oferta é suprida pelo crime organizado e por pequenos varejistas. Logo, não importa o quão forte e violador de direitos o Estado for, ele nunca conseguirá entrar em todas as casas e revistar todas as pessoas, ou seja, ele não irá, por meio do Direito Penal, acabar com o comércio de drogas (Valois, 2021, p. 112).

A posteriori, a proibição também retira do Estado o poder coercitivo de resolver os impasses entre os cidadãos, fazendo com que eles tenham de recorrer às próprias mãos para fazer “justiça”. Então, entre os anos de 1920 e 1933, nos EUA, um bar clandestino de venda de álcool pode ser invadido por um concorrente e, como o produto é proibido, o “proprietário” desse “estabelecimento” não pode recorrer ao judiciário para resolver esse impasse. Ou seja, esse efeito da proibição estimula a violência no comércio de entorpecentes já que eles são proibidos e não se pode delegar ao judiciário o dever de resolver os conflitos gerados.

Desse modo, percebe-se a atividade do tráfico em si, como uma troca de certa mercadoria por dinheiro de forma voluntária, assim como ocorre atualmente com as vendas de bebidas alcoólicas, a qual é, repita-se, em si, pacífica. Contudo, devido à criminalização das drogas, essa atividade começa a se tornar cada vez mais violenta.

Em resumo, a proibição não só piora a qualidade da droga, mas também mascara as estatísticas, aumenta o dano à saúde pública, não limita o acesso à substância tutelada, sobrecarrega o judiciário, aumenta a população carcerária, e também estimula a criminalidade, dos funcionários públicos corrompidos ao pequeno varejista, o usuário e, por fim, o grande traficante. Portanto, não se pode afirmar que é a nocividade das drogas que justifica sua proibição, bem como sua reprimenda elevada.

Por fim, vale ressaltar o porquê do álcool deixar de ser proibido nos EUA em 1933, afinal, além de todos os problemas que a proibição gera e a ascensão de *Al Capone*, essa substância, diferentemente da maconha, associada aos mexicanos, e o ópio relacionado aos chineses, ambos minorias estigmatizadas nesse país, era de frequente uso das elites. Ou seja, tinham pessoas

com capital financeiro e políticos prontos para defender essa causa abertamente (Valois, 2021, p. 113).

4 INEFICÁCIA DOS EFEITOS DECLARADOS DA PENA PERANTE A SELETIVIDADE PENAL

Na teoria, a pena, ao cumprir sua suposta prevenção geral e especial, é aplicada a todos sem fazer diferenciação entre os cidadãos. Dessa forma, ela impede que novos crimes ocorram e que o reeducando volte para o mundo da criminalidade. Sob essa ótica, é esperado que as drogas sejam combatidas com bastante repressão para que o tráfico das substâncias proibidas diminuam. Nesse sentido, é racional que a pena para o delito de tráfico seja tão elevada. Contudo, tais sentenças são falsas.

No que tange ao tráfico de drogas, como já foi debatido, a proibição não só é ineficaz, como também fomenta que esse delito ocorra. Não por coincidência, a realidade se apresenta como o obstáculo mais destruidor das crenças punitivistas ao mostrar que, apesar de todo o dinheiro gasto, de todas as operações policiais feitas, de toda droga já apreendida, de tantas condenações por tráficos terem sido realizadas, a incidência desse tipo penal não diminuiu. Pelo contrário, em 2005, em todo território brasileiro, as pessoas presas por delitos ligados a entorpecentes eram 9% da população carcerária, em 2021, já são 29%. Ou seja, houve um aumento de 259%. Por sua vez, o número de presos de uma forma geral aumentou 209% desde a criação da Lei n.º 11343/06. Já em relação à parcela feminina da sociedade, os dados são ainda mais alarmantes: 65% das mulheres encarceradas são devido a essa lei (Mendes, 2021). Em suma, mesmo com todas essas prisões, o tráfico de drogas e a problemática das drogas em geral não diminuíram.

Desse modo, observa-se, novamente, que a pena elevada desse crime embasada na ideia de prevenção geral e especial não se mostrou capaz de combater o tráfico. Além disso, para que esses efeitos da pena se concretizem, eles teriam de ser aplicados a todos de forma indiscriminada, mas, a noção de imparcialidade da norma penal como um todo e, é claro, no que tange às drogas, também se mostra irreal.

Como foi exposto, o tráfico de drogas tem grande influência na população carcerária. Dessa forma, diante da falta de dados mais específicos, se faz necessário analisar a conjuntura dessa parcela da sociedade para evidenciar a imparcialidade do sistema carcerário brasileiro principalmente no quesito condenação por drogas. Ora, segundo os dados do INFOPEN, coletados em junho de 2016, 64% da população carcerária era negra, 55% tinham menos de 30 anos, 75% não tinham o ensino médio completo e menos de 1% tinham graduação (AGEPEN, 2017). Assim sendo, as estatísticas mostram que as penitenciárias estão ocupadas por um grupo seletivo que não representa a população brasileira como um todo. A prisão é feita para classe oprimida, não para a dominante.

5 COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DIFERE USUÁRIOS DE DROGAS DE TRAFICANTES

Contudo, essa seletividade, sobretudo em relação à Lei de Drogas, não foi criada após 2006. Em seu livro “Díficeis Ganhos Fáceis: Droga e Juventude Pobre no Rio de Janeiro”, Vera Malaguti Batista analisa os arquivos do extinto Juizado de Menores, entre 1968 e 1988. Nessa época, a lei ainda não diferenciava a conduta de usuário de drogas para a de traficante de drogas. Entretanto, como essa autora nos mostrou, a cor da pele, seu lugar na estrutura de poder e a composição familiar foram fatores predominantes para definir qual jovem iria receber, nas palavras dessa pesquisadora, o estereótipo médico, isto significa, seria tratado como um usuário que precisa apenas de cuidados médico por causa do seu vício e não precisa entrar no sistema

penal, e qual jovem iria receber o estereótipo criminal, sendo tratado como indivíduo perigoso, o qual não poderia ficar fora do alcance do poder coercitivo estatal (Batista, 2003, p. 134-135).

Para compreender acerca do funcionamento da seletividade do Direito Penal, deve-se analisar o trecho da obra dessa autora:

R.O.M., por exemplo, não tem a mesma sorte. Aqui se aplica o estereótipo criminal. **Preto, 17 anos, morador de favela em Rocha Miranda**, margeador gráfico, foi detido em 18/2/73 com dez cartuchos de maconha. Declarou na delegacia que “é viciado há cerca de dois anos; que resolveu vender maconha para ajudar sua genitora financeiramente; que seus pais não sabem que se encontra na venda de maconha”¹¹¹. **É internado no Instituto Padre Severino em fevereiro de 73**, foge, é recapturado, foge de novo e tem seu caso arquivado em outubro de 1974. A gravidade do crime de tráfico poderia justificar a sentença, mas comparamos com L.A.B.M., 17 anos, branco, detido em 25/7/73 fumando maconha em um carro roubado. L.A.B.M. já havia sido detido em 1971 por furto, mas é internado no Instituto Padre Severino por dois dias. **A internação é rapidamente convertida em liberdade vigiada pelo Juiz, “uma vez que a mãe se compromete a levá-lo para Brasília e lá submetê-lo inclusive a tratamento adequado”** (Batista, 2003, p. 89, grifo nosso).

Nessa linha, a autora conclui:

Nesses dezesseis casos, não há um só caso de jovens de classe média. Ou seja, nos processos escolhidos aleatoriamente entre 1968 e 1988 apenas jovens pobres e não brancos são institucionalizados por portarem pequenas quantidades de droga para consumo próprio. Se compararmos com os casos de classe média ou alta em que até reincidentes são entregues imediatamente aos pais, poderemos concluir que o que determina a institucionalização não é a droga ou a infração em si, mas as condições materiais de existência e a etnia dos adolescentes envolvidos. Se alguma efetividade o sistema penal para menores apresenta aqui, neste caso, ela se dá no campo simbólico (Batista, 2003, p. 111, grifo nosso).

Outrossim, os dados da pesquisa em questão mostram que, nos casos escolhidos aleatoriamente, a composição era a seguinte: 58% dos adolescentes são não brancos, 36% são brancos e 06% não foi possível identificar essa característica (Batista, 2003, p. 142). Ainda, vale ressaltar que, como afirma Vera no trecho acima, “apenas jovens pobres e não brancos são institucionalizados por portarem pequenas quantidades de droga para consumo próprio” (Batista, 2003, p. 111).

Já na contemporaneidade, a Lei de Drogas de 2006 facilita e legitima essa seletividade do Direito Penal. Assim acontece uma vez que o art. 28, § 2º da Lei n.º 11.343/06 esclarece:

Art. 28. Quem **adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo**, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 2º **Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente** (Planalto, 2006, grifo nosso).

Por seu turno, o *caput* do artigo 33 da mesma lei expõe que:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, **adquirir**, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar**,

prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (Planalto, 2006, grifo nosso).

À primeira vista, já se percebe que dos verbos utilizados para a conduta de uso, art. 28, também estão todos elencados na conduta de tráfico, art. 33. Dessa forma, o que diferencia uma ação da outra é que, no primeiro caso, a pessoa está com a droga “para o consumo pessoal”, enquanto, no segundo caso, ela a tem para uma finalidade diferente. Contudo, é difícil provar qual era a intenção que o indivíduo tinha quando estava na posse da droga, o que levaria, em um Estado Democrático de Direito, a só se condenar pelo art. 33 desta lei quando houvesse um conjunto probatório extremamente forte que não deixasse qualquer dúvida que aquela substância não era para o consumo pessoal do agente. Sob essa perspectiva, o parágrafo segundo do art. 28 legitima o preconceito humano e amplifica o poder coercitivo estatal quando afirma que:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (Planalto, 2006).

Dessa forma, o Juiz pode, com o respaldo da lei, afirmar que um jovem branco de classe média pego com drogas em uma “rave”, condômino ou faculdade é um usuário e não entrará no sistema prisional, ou seja, tem o estereótipo médico. Já o jovem, não branco, periférico, que é pego com drogas em baile *funk*, comunidade ou local de trabalho é traficante e, no mínimo, pelo *caput*, irá receber, se condenado, uma pena de 05 anos de reclusão mais multa, ou seja, tem o estereótipo criminal, logo, entrará para o sistema penitenciário.

5.1 TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL

Para nos ajudar a entender o porquê e como essa seletividade ocorre, é necessário, em um primeiro momento, recorrer à Teoria do Etiquetamento Social. Essa teoria, como ensina Alessandro Baratta, foi criada nos Estados Unidos na década de 70, e, ao analisar que a maioria das pessoas cometem delitos, mas que apenas algumas são condenadas e são vistas como criminosos, afirma que a criminalização ocorre quando a sociedade atribui a função de criminosos a setores específicos dela mesma (Baratta, 2002, p. 101-104). Ou seja, desde a criação da lei penal até a sua aplicação, já se seleciona o indivíduo que receberá o rótulo de criminoso. Dessa forma, mais importante do que os fatos propriamente definidos como crime, é sobre quem irá recair o estigma de autor dessas ações.

Portanto, a análise do processo de etiquetamento dentro senso comum mostra que, para que um comportamento desviante seja imputado a um autor, e este seja considerado como violador da norma, para que lhe seja atribuída uma “responsabilidade moral” ato que infringe a routine (é neste sentido que, no senso comum, a definição de desvio assume o caráter - poder-se-ia dizer- definição de criminalidade), é necessário que desencadeie uma reação social correspondente: o simples desvio objetivo em relação a um modelo, ou a uma norma, não é suficiente (Baratta, 2002, p. 96).

Citando Molina, Rafaela Jardim Soto disserta:

O processo de etiquetagem, que atribui ao indivíduo o *status* de delinquente, se manifesta como um fator negativo distribuído pelo controle social, do mesmo modo com que repartem bens positivos, como fama, riqueza e afins: analisando e contrapensando o *status* e o papel do indivíduo na sociedade (Soto, 2012, p. 4).

Nesse sentido, a autora esclarece que, diante das diferentes formas de controle social, desde as informais, como: escola, família, trabalho, às formais como: o sistema penitenciário, o indivíduo irá sofrer diferentes tipos de julgamento que vão definir se as suas atitudes, em correspondência com a sua posição na sociedade, são validadas pela estrutura dominante como sendo algo aceitável ou como sendo ações dignas de um criminoso (Soto, 2012, p. 7). Analisando os crimes de colarinho branco, Rafaela afirma:

Em definição, de acordo com o que foi afirmado por Sutherland (1939) em seu discurso de posse na American Sociological Society tinha o escopo de mostrar para a sociedade a criminalidade que até então era ignorada pela criminologia. O objetivo maior do criador da tese dos white collar crimes, conforme podemos verificar na análise do seu discurso, é fazer transparecer para a sociedade em geral a desigualdade existente na distribuição da justiça penal, alertando que os indivíduos pertencentes à upper class também desviam suas condutas, no enquanto, estes não são criminalizados, pois suas condutas desviadas passam incólumes pelo filtro do sistema jurídico-penal (Soto, 2012, p. 8).

Sob essas lentes, fica perceptível do porque um empresário que sonega milhões em imposto consegue viver normalmente e não é considerado um criminoso perigoso frente ao corpo social, mesmo provocando um grande dano ao bem jurídico. Ele ainda é considerado um cidadão. Porém, um indivíduo economicamente carente, não branco, que não cometeu nenhum ato ilícito, pode muitas vezes ser considerado uma pessoa perigosa somente por ser quem é, devido ao seu etiquetamento.

Um fato recente, além dos inúmeros já citados, que demonstram a veracidade dessa teoria é o caso do “Chavoso da USP”. O estudante do curso de ciências sociais, Thiago Torres, é um *youtuber* e palestrante com mais de 300 mil inscritos em seu canal que é usado para disseminar temas envolvendo política, história, filosofia e sociologia. Entretanto, um caso envolvendo o seu nome ganhou repercussão quando ele levou a público que a Polícia Civil de São Paulo tinha utilizado a sua foto no álbum de suspeitos. Em resposta, com influências lombrosianas, esse órgão disse que fez tal ato pois o físico do estudante em questão é “semelhante a de um suspeito” (Honório, 2022).

O palestrante não tem antecedentes criminais e, muito menos, é reincidente ou tem um inquérito aberto em seu nome. Todavia, ele é negro, jovem e periférico, isto é, ele representa fisicamente a parcela da população selecionada para receber o estigma de criminoso, de perigoso, de inimigo. Então, não importa o que ele faça, uma vez que ele tem as características pré-criminalizantes, ele será visto como alguém que precisa sofrer o poder coercitivo estatal. Esse acontecimento demonstra a fragilidade do sistema penal dentro do paradigma capitalista que vivemos hoje. Como diria o MC Cabelinho, “Sempre foi a cara do crime. Mesmo não sendo do crime” (Cabelinho, 2022).

Para evidenciar a discussão, Orlando Zaccone nos informa:

O fato de 66,5% da comunidade carcerária no Rio de Janeiro ser recrutada entre negros e mulatos, ao passo que na cidade eles representam 40,2% da população, passa ter um novo significado. **A clientela do sistema penal é constituída na sua maioria de negros e pobres não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas sim por terem maiores chances de serem criminalizado** (Zaccone, 2007, p. 50, grifo nosso).

Assim sendo, vemos que o fato da Lei de Drogas não definir especificamente os critérios para diferenciar usuário de traficante possibilitou que o Direito Penal pudesse encarcerar seus alvos de forma extremamente eficaz. Alvos esses já pré-selecionados pela ideologia dominante no pensamento do senso comum. Ou seja, os efeitos de prevenção especiais e gerais da pena,

isto é, seus efeitos declarados, não têm base material para se sustentar.

5.2 RAÇA, CLASSE E DROGAS

Todavia, uma vez que o racismo moldou a sociedade brasileira e, como já mostrado, a questão de raça é marcante na seletividade penal, principalmente na questão das drogas, a Teoria do Etiquetamento Social, por si só, é incapaz de explicar a conjuntura brasileira. Historicamente, o negro é associado a algo perigoso, violento, selvagem, que precisa ser domado e vigiado. O racismo científico e principalmente a criminologia Lombrosiana, que sustentavam que o negro era um ser criminoso por natureza, causaram implicações na subjetividade do corpo social que terão seus reflexos percebidos por anos. Porém, por hora, mesmo sabendo que a questão da criminalização dos corpos negros não pode ser eixarida em tão poucas páginas, o presente trabalho recorre aos ensinamentos de Cida Bento para tentar compreender um pouco melhor essa temática.

Para essa excepcional autora, existe uma espécie de acordo tácito, narcísico e de forma inconsciente entre as pessoas brancas para que elas mantenham seus privilégios entre os seus semelhantes às custas da manutenção das desigualdades. Esse fenômeno foi denominado por ela de pacto da branquitude.

Sobre o tema Cida ensina:

As instituições públicas, privadas e da sociedade civil definem, regulamentam e transmitem um modo de funcionamento que torna homogêneo e uniforme não só processos, ferramentas, sistema de valores, mas também o perfil de seus empregados e lideranças, majoritariamente masculino e branco. Essa transmissão atravessa gerações e altera pouco a hierarquia das relações de dominação ali incrustadas. Esse fenômeno tem um nome, branquitude, e sua perpetuação no tempo se deve a um pacto de cumplicidade não verbalizada entre pessoas brancas, que visa manter seus privilégios. E claro que elas competem entre segmentos que se consideram 'iguais' (Bento, 2022, p. 18).

Por certo, o Brasil foi criado e construído por meio da exploração do corpo negro para maximizar o lucro da pele branca. Desde a efetiva colonização da nossa terra, foram os brancos os responsáveis por administrar toda a cadeia de comando desse país enquanto os negros foram reduzidos a meros objetos. Por conseguinte, a estrutura de poder é formada, em sua grande maioria, por pessoas brancas como representantes da classe dominante que exploraram os representantes da classe dominada, isto é, em sua maioria, os não brancos.

Sob essa lógica, tento em vista a Teoria do Etiquetamento e as relações raciais no Brasil, se faz necessário expor que, de acordo com o instituto “Negro Trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro - CESeC 2022”, no RJ, as pessoas negras tem mais chances de serem abordadas pela polícia do que as pessoas brancas. Estimou-se que 63% das pessoas abordadas pela polícia eram negras e 66% das pessoas abordadas mais de dez vezes também eram negras (Gandra, 2022).

Consequentemente, faz sentido que ainda hoje sejam os não brancos os principais alvos da Lei de Drogas e do sistema carcerário como um todo. Ora, um policial, haja vista que faz parte de uma organização e defende o interesse desse pacto narcísico que está envolvido pela ideologia dominante, irá abordar mais não brancos do que brancos (como foi empiricamente comprovado acima). E, como foi mostrado pelo caso do Chavoso da USP, essa instituição não tem dúvidas de qual é a cara dos indivíduos “perigosos”. Por seu turno, um judiciário, não só majoritariamente branco, mas que também representa os interesses da classe burguesa, por consequência, após receber o cidadão que foi abordado, como foi exposto, terá mais chances de ter sua decisão influenciada de acordo com critérios raciais.

Entretanto, o racismo é essencial para que o modo de organização do capitalismo opere (Oliveira, 2021, p. 28). Logo, ao se vislumbrar um forte marcador de raça (como no caso da análise da guerra às drogas), não se pode deixar de observar um forte marcador de classe. Sob essa ótica, é preciso ter ciência do caráter racial da formação da classe trabalhadora brasileira. Afinal, como já dito, foram os negros escravizados que compuseram os setores mais marginalizados dos trabalhadores brasileiros.

Nesse sentido, Cida nos ajuda a entender:

O capitalismo racial elucidado como o capitalismo funciona por meio de uma lógica de exploração do trabalho assalariado, ao mesmo tempo que se baseia em lógicas de raça, etnia e de gênero para a expropriação, que vão desde a tomada de terras indígenas e quilombolas até o chamado trabalho escravo ou trabalho reprodutivo de gênero etc. É um regime que congrega classe e supremacia branca. Aliás, capital e raça já se uniram há séculos: do tráfico negreiro transatlântico à destruição da população maia, asteca e guarani; dos combates portugueses na África Central aos inúmeros massacres em terras colonizadas por países europeus (Bento, 2022, p. 41).

Ora, como ensina Moura (2021, p. 65), a classe trabalhadora brasileira foi construída por meio dos corpos negros escravizados para se possibilitar a máxima extração de mais-valia e a consequente manutenção do modo de produção escravista brasileiro. Somente com essa forma colonial que os países do centro do capitalismo conseguiram acumular capital primitivo para, posteriormente, se industrializar (Galeano, 2010). Por sua vez, a classe dominante brasileira foi formada a partir dos corpos brancos oriundos da Europa que colheram os benefícios do trabalho gerado pelas pessoas escravizadas de forma unilateral.

Sob essa ótica, foi necessário criar todo um aparato ideológico e repressivo para se sustentar a ideologia racista que via o negro como selvagens, inferiores e perigosos para que fosse possível manter vivo esse modo de produção (Moura, 2021, p. 204). Todavia, mesmo após o fim do escravismo, diversas formas de controle continuaram perante os corpos negros. Por conseguinte, visto que a guerra às drogas se mostra ineficaz no que tange a tutela da saúde pública, junto ao fato que são os setores mais marginalizados da classe trabalhadora quem mais sofre as consequências dessa guerra, fica evidente que essa é mais uma forma de controle/repressão do Estado contra essa parcela da população brasileira.

Devido a todo o exposto, o autor recorrentemente citado está certo quando afirma que “A consciência da guerra às drogas e de seus males é consciência de classe” (Valois, 2021, p. 637). Assim sendo, o pacto da branquitude descrito por Cida, em suas últimas instâncias, é, também, um pacto de classes. Consequentemente, a guerra às drogas, em sua essência, é uma guerra da classe burguesa aos setores mais oprimidos da classe trabalhadora.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A priori, o tratamento legislativo da conduta relacionada às drogas é irracional. Afinal, em relação a outros delitos que tutelam bens jurídicos semelhantes ou até mesmo iguais, as reprimendas não se aproximam das penas estabelecidas para a ação típica ao delito do art. 33 da Lei n.º 11343/06. Contudo, fatos como o grau de periculosidade das substâncias tornadas ilícitas e o aumento da criminalidade que o tráfico gera poderiam justificar essa falta de harmonia que a lei em destaque tem para com o restante do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, ao se analisar atentamente esses quesitos, percebe-se que eles não justificam a atual Guerra às Drogas.

Portanto, o que se conclui do exame da realidade é que o combate às drogas, na verdade, é um combate às parcelas mais marginalizadas da sociedade brasileira. Assim sendo, os dados mostram que são os negros e economicamente carentes a parcela da população que é alvo da Lei de Drogas de 2006 e do sistema penal como um todo, enquanto outros setores que também

usufruem do uso dessas substâncias não são criminalizados. Nesse sentido, com base na Teoria do Etiquetamento Social e do Pacto da Branquitude, observa-se que não poderia ser outro o atual cenário.

Consequentemente, analisando a problemática a nível de classe, temos que a parte da população que influencia a criação e aplicação das leis penais (a classe burguesa) não sente os malefícios dessa política, enquanto a classe trabalhadora, principalmente seus ramos mais vulneráveis (pessoas não brancas e periféricas), lotam o sistema prisional brasileiro devido a um delito não violento em sua essência.

Em suma, se os objetivos declarados da lei penal, no que tange às drogas ilícitas, é combater essa conduta por meio dos efeitos da pena (prevenção geral e especial) e, assim, proteger a saúde pública da população brasileira, então, ela é uma lei irracional. Entretanto, se seus reais objetivos forem diversos dos publicamente ostentados, ou seja, se seu propósito é ser uma forma de repressão contra o grupo mais marginalizado da classe trabalhadora brasileira, isto é, negros e periféricos, essa é uma lei bastante eficaz e racional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Marcelo; ROCHA, Matheus. Polícia foi criada para controlar pessoas negras e pobres, diz capitão da PM. **Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/08/policia-foi-criada-para-controlar-pessoas-negras-e-pobres-diz-capitao-da-pm.shtml>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 152 p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, 253 p.

BARROS, André; PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. **Periferia**, [S. l.], v. 3, n. 2, 2012. DOI: 10.12957/periferia.2011.3953. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/periferia/article/view/3953>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

BENTO, Maria Aparecida Silva. **O Pacto da Branquitude**. 1. ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2022, 152 p.

Brasil é o 2º país a alcançar as medidas de combate do tabaco da OMS. **Ministério da Saúde**, 2019. Disponível em: <<https://aps.saude.gov.br/noticia/5574#:~:text=H%C3%A1%20uma%20redu%C3%A7%C3%A3o%20significativa%20do,%2C1%25%20em%202018>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

_____. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2006.

CABELINHO, MC. X1 (prod. DALLASS). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?>>

v=zgdQsLH7sDw>. Acesso em: 1. jun. 2024.

CAMARGO, Felipe; TAMAIEVA, Margarita. Maior consumidor de drogas: qual papel dos EUA no combate ao narcotráfico na América Latina? (18+). **Sputnik**, 2021. Disponível em: <<https://sputniknewsbr.com.br/20211020/maior-consumidor-de-drogas-qual-papel-dos-eua-no-combate-ao-narcotrafico-na-america-latina-18-18142541.html>>. Acesso em: 24 out. 2023.

Consumo de drogas registra aumento em todo o mundo. **O Globo**, 2023. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2023/06/consumo-de-drogas-registra-aumento-em-todo-o-mundo.ghtml>>. Acesso em: 4 out. 2023.

Depen divulga dados nacionais sobre aprisionamento. **AGEPEN**, 2017. Disponível em: <<https://www.agepen.ms.gov.br/depen=-divulga-dados-nacionais-sobre-aprisionamento/#:~:text=Quanto%20%C3%A0%20escolaridade%2C%2075%25%20da,1%25%20dos%20presos%20pos-sui%20gradua%C3%A7%C3%A3o.&text=O%20Infopen%20mostra%20tamb%C3%A9m%20que,s%C3%A3o%20formados%20por%20presos%20provis%C3%B3rios>>. Acesso em: 26 jan. 2023.

DEVULSKY, Alessandra; DE OLIVEIRA, Dennis; FARIAS, Marcio; DE ALMEIDA, Silvio; BORGES, Rosane. **Marxismo e a Questão Racial: Dossiê Margem Esquerda**. São Paulo: Boitempo, 2021, 69 p.

GANDRA, Alana. Estudo diz que negros têm maior chance de sofrer abordagem policial: Levantamento também mostra maior incidência de violência contra negros. **Agência Brasil**, 2022. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-07/estudo-diz-que-negros-tem-maior-chance-de-sofrerem-abordagem-policial>>. Acesso em: 8 ago. 2023.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 2. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010, 400 p.

HONÓRIO, Gustavo. Polícia diz que usou foto de Chavoso da USP em página de reconhecimento por ser 'semelhante' a suspeito. **G1**, 22 de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/12/22/policia-diz-que-usou-foto-de-chavoso-da-usp-em-pagina-de-reconhecimento-por-ser-semelhante-a-suspeito.ghtml>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

Maria Lucia Karam: “Só existe violência em torno do mercado de drogas porque ele não é legalizado. **Pastoral Carcerária**, 2018. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/maria-lucia-karam-so-existe-violencia-em-torno-do-mercado-de-drogas-porque-ele-nao-e-legalizado>>. Acesso em: 25 out. 2023.

MENDES, Gil Luiz. Guerra às drogas, guerra aos pobres: Relatos de quem vive o proibicionismo na pele: jovens, periféricos, negros, mães – presos por posse mínima de drogas. Por trás da repressão, uma lei de 2006 usada para enquadrá-los como traficantes, e aumentou população carcerária em 254%. **Outras Mídias**, 2021. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outras-midias/guerra-as-drogas-guerra-aos-pobres/#:~:text=Se%20at%C3%A9%202005%20as%20pessoas,o%20n%C3%BAmero%20chega%20a%2029%25>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

MOURA, Clóvis. **Dialética Radical do Brasil Negro**. 3. ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2021, 328 p.

NASCIMENTO, Abdias. **O Genocídio do negro brasileiro: processo de um Racismo Mascarado**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016, 232 p.

OLMO, Rosa Del. **A Face Oculta da Droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, 88 p.

RAMOS, Silvia; DA SILVA, Pedro Paulo; SILVA, Itamar; FRANCISCO, Diego. Negro Trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: **SC Assessoria Editorial**, 2022. 60 p. ISBN 978-85-5969-012-5. Disponível em: <<https://cesecseguranca.com.br/livro/negro-trauma-racismo-e-abordagem-policial-no-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 8 ago. 2023.

RUTHE, Aline. Guerra às drogas: origem, características e consequências!. **Politize!**, 2022. Disponível em: <[https://www.politize.com.br/guerra-as-drogas/#:~:text=Em%201971%2C%20o%20ent%C3%A3o%20presidente,%2C%20Estados%20Unidos%2C%201971\)](https://www.politize.com.br/guerra-as-drogas/#:~:text=Em%201971%2C%20o%20ent%C3%A3o%20presidente,%2C%20Estados%20Unidos%2C%201971)>)>. Acesso em: 21 jan. 2024.

SOTO, Rafaela Jardim. A Criminalidade do Colarinho Branco Frente à Teoria do Labeling Approach. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 02 jun 2012. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29369/a-criminalidade-do-colarinho-branco-frente-a-teoria-do-labeling-approach>>. Acesso em: 1 jun. 2024.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4. ed. São Paulo: D'Plácido, 696 p.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 140p.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AS A GUIDE FOR THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Thales Vital de Lima Almeida

Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Higor Israel Silva Tavares Dantas

Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Sabrynna Mykaelly Assis

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Hertz Pires Pina Júnior

Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Resumo: Para o ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana é tema frequentemente usado para que se possa realizar a análise de casos judiciais diversos. Sabe-se que tal princípio encontra-se expresso na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, assim como nos tratados internacionais, contudo o seu conceito amplo e impreciso sempre foi título de discussão acerca de sua empregabilidade. Desse modo, o presente artigo busca elucidar o conceito da dignidade e o fator gerador que a identifica como mínimo existencial e norteador do processo legislativo e jurisdicional nacional, conectado ao princípio da autonomia e a conceituação da norma máxima. O corpo do texto traz consigo inicialmente o modo como foi construída a idealização da dignidade humana, seguida pela aparição na Carta Magna e sua importância, para que nas seções subsequentes seja possível a discussão da ambiguidade no quesito interpretativo, a fim de que no fim seja possível explorar sua aplicabilidade no Brasil assim como um estudo no caso concreto. Conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é atualmente um dos pilares fundamentais que sustentam o sistema jurídico brasileiro, atuando como um guia que inspira a constante busca por igualdade, respeito aos direitos individuais e promoção do bem-estar social, com fito de orientar não apenas as interpretações legais, mas também as decisões judiciais e a formulação de políticas públicas.

Palavras-chave: Dignidade. Constituição. Direito.

Abstract: For the Brazilian legal system, The dignity of the human person is a theme often used to analyze various judicial cases. It is known that this principle is expressed in the Brazilian Federal Constitution of 1988, as well as in international treaties, however, its broad and imprecise concept has always been the subject of discussion about its usability. Thus, this article seeks to elucidate the concept of dignity and the generating factor that identifies it as an existential minimum and the guide of the national legislative and jurisdictional process, connected to the principle of autonomy and the conceptualization of the maximum norm. Initially the text explains how the idealization dignity of the human person was constructed, forthwith it's appearance in the constitution and importance, in order to make possible to discuss the ambiguity of the interpretation, so finally the application in Brazil as in real cases could be possible on the subsequents sections. In conclusion, the dignity of the human person currently is one of the pillars which support the brazilian legal system acting as a guide that inspires the constant search for equality, respect for the individual rights and promotes the social well-being aiming to conduct not only legal interpretations, but also court decisions and the planning of public policies.

Keywords: Dignity. Constitution. Law.

Sumário: 1 Introdução – 2 História do conceito de dignidade da pessoa humana – 3 A importância da Constituição – 4 Uma questão de hermenêutica – 5 Breve análise axiológica – 6 Princípios de dignidade da pessoa humana no direito brasileiro – 7 Análise de casos concretos – 8 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O exercício do Direito se define pela necessidade de ordenar toda a sociedade, fazendo com que toda sorte de litígio se ponha perante o Estado para que seja exercida a jurisdição, esta que se define como atividade criativa, ou melhor dizendo, reconstrutiva, onde se reconstrói a norma sobre o caso concreto (Didier Júnior, 2016). Os princípios do Direito se firmam como guias para balizar o processo de legislação e jurisdição, em especial os princípios provenientes da Constituição, uma vez que ela ocupa o topo da hierarquia do ordenamento jurídico. Dentre os princípios constitucionais um se destaca, pois sem ele não existe Estado Democrático de Direito, sendo este, o princípio da dignidade humana, objeto de estudo deste trabalho, ciente de que quando há a sua ausência esvazia-se o Estado como entidade que procura garantir o bem comum, ou seja, sem ele de nada valem os outros princípios.

Para Frias e Lopes (2015, p. 661), dado princípio deve ser observado de modo que o seu conceito não esteja enraizado na interpretação intrínseca, mas que revele um reflexo do padrão de vida. Assim, os autores acreditavam que o interesse de todos os cidadãos seriam valorados de maneira igualitária para que enfim a autonomia fosse um preceito positivado, tornando-se o mínimo existencial para atingir a dignidade humana. E, embora esse conceito levantasse questionamentos pela impossibilidade de autonomia para alguns – estes que de qualquer modo devem ter sua dignidade respeitada, para eles, compreender essa ligação entre a autonomia e dignidade traria mais embasamento para a discussão sobre o tema do que os já agregados não sistematicamente ou de modo intrínseco.

O estudo do princípio da dignidade humana como norteador do ordenamento jurídico se justifica por investigar a possibilidade de usá-lo como chave-hermenêutica para a interpretação, aplicação, atualização e legislação do ordenamento jurídico. Cabe destacar quais serão os objetivos: a) rastrear as origens do conceito de dignidade da pessoa humana; b) elucidar a importância da constituição perante as demais normas; c) expor o método hermenêutico de interpretação usado; d) definir axiologia e sua importância para o direito; e) valorar o princípio da dignidade humana; f) contextualizar o princípio da dignidade humana; g) verificar casos em que ele foi aplicado. Por fim, o presente artigo adotou a metodologia da revisão bibliográfica analisando doutrina, jurisprudência e casos concretos.

2 HISTÓRIA DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conceito de dignidade da pessoa humana, como existe atualmente, pode ser encontrado na idade média. O filósofo Tomás de Aquino (1933) na sua *suma teológica* afirma que o homem e a mulher são a imagem de Deus, e que a essência da imagem é a natureza intelectual, trazendo não só a referência ao texto bíblico, mas uma explicação do motivo que o confirma, a razão, demonstrando aqui uma síntese do pensamento cristão com a filosofia aristotélica. Tomás sobrepõe a dignidade do ideário grego aristocrata com a visão cristã de que todos são dignos por espelharem a imagem de Deus, usando a razão que seria o que Aristóteles (1915) usa para diferenciar o humano dos outros animais e, por isso, seria a definidora do seu bem viver, o meio de alcançar a felicidade.

Para além disso, enfatiza-se o relevante conceito trazido ao objeto de estudo pelo filósofo Immanuel Kant, que escreveu “Fundamentação da metafísica dos costumes” (2007), onde defendeu a autonomia do ser humano em produzir fim em si mesmo, não definindo-se como

objeto ou meio de obtenção de algo, portanto não podendo-se atribuir valor. Ou seja, o conceito da dignidade humana traduz-se na sua capacidade de ordenar-se entre si, como seres autônomos e utilizando os seus sentidos racionais, mais uma vez enfatizando que, em detrimento ao pensamento religioso, tem-se a razão como alicerce do pensamento. Enfim, o ser dotado da razão é capaz de exercer tanto o imperativo hipotético (agir a fim de obter vantagens) e o imperativo categórico (agir com fito de cumprir seu dever, fazer o que acredita ser certo), e para que não se reduza a seus desejos, se tornando um escravo dos instintos e necessidades é mister que se valha do imperativo categórico, agindo de tal forma que sua conduta pudesse ser uma lei universal.

Ainda, tem-se no século XVIII, a escrita da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos, a qual descreve os direitos mínimos a todo cidadão, além de declarar alguns como “sagrados”, vide o direito à propriedade, liberdade de expressão e entre tantos outros. Nesse caso, o termo ‘dignidade da pessoa humana’ não é expresso no documento, contudo pode-se encontrar seu conceito intrínseco no momento em que se faz possível declarar a existência de direitos básicos e necessários à vida de todo ser social. Sendo assim, todos serão tratados à medida de sua desigualdade e ninguém terá seu direito violado a não ser que seja necessário para o bem da sociedade, com direito a prévia indenização. Há no texto um importante marco histórico não só para esse princípio, mas para toda a história do Direito, em especial para os Direitos Humanos (França, 1789).

Em seguida, após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, foi redigida a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, constando em seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, e enfim o princípio da dignidade humana aparece expressamente em um dos documentos mais importantes da história do Direito Internacional e dos Direitos Humanos (Paris, 1948).

Destaca-se, que, no Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 foi redigida após a queda da ditadura, trazendo uma nova Carta Magna para o país, o que consolidou a democracia recém restaurada. Para isso, redigiram em seu texto princípios, direitos e garantias, a fim de formular um Estado Democrático de Direito, dentre os quais tem-se expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana presente no primeiro artigo do texto:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana (Brasil, 1988).

3 A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUIÇÃO

Ao tratar de conceitos, a ‘Constituição’ traduz-se em organização de poderes estatais, bem como direitos fundamentais que serão tutelados, e não bastando a redação dos elementos citados, devem trazer consigo uma congruência que possibilite a efetividade dos direitos elencados como um todo, sendo dever do Estado garantir que isto aconteça. Dessa forma, a Carta Magna é mais do que um simples documento jurídico, ela é um pacto para a formação de uma comunidade política onde todos podem conviver em harmonia de forma que impossibilite violar o direito das minorias pela maioria, que a torna um denominador comum para criar um projeto de país.

Além disso, vale citar a lição de Hans Kelsen sobre a hierarquia das normas tendo em mente que a constituição federal é uma norma superior às demais:

Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que

uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda – em certa medida – o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (Kelsen, 1999, p. 155).

Kelsen, ferrenho positivista, redige na “Teoria Pura do Direito”, em 1934, a ideia de que o Direito possui a peculiaridade de se auto regular, destacando que uma norma jurídica é válida não apenas pelo seu conteúdo, mas também pelo processo pelo qual foi produzida, a metáfora utilizada da supra-infra-ordenação, descreve a relação entre a norma superior, essa a que regula a produção e a norma inferior, sendo a norma que é produzida de acordo com a hierarquia.

Ao reconhecer a interconexão entre normas e a dependência que uma norma tem em relação à outra, o autor destaca a importância da existência da norma fundamental como fundamento último de validade, estabelecendo a unidade na criação e aplicação do Direito. Isso sugere que a validade de todas as normas dentro de uma ordem jurídica decorre da conexão estruturada que se estende até a norma fundamental presumida, delineando assim a base teórica da interdependência normativa no contexto legal.

4 UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA

Na obra “Lições preliminares de Direito”, Miguel Reale (1984) dedica um capítulo para tratar de hermenêutica jurídica, explicitando como a interpretação não pode ocorrer pela simples análise mecânica das partes que compõem o ordenamento jurídico, visto que tal técnica é demasiada simples e negligencia as nuances interpretativas do posicionamento estrutural de cada parte. A hermenêutica estrutural se baseia em três pontos: A interpretação jurídica deve ser feita de forma teleológica com consistência axiológica, além disso deve ser feita numa estrutura de significações e não de forma isolada, e por fim, cada preceito vai significar algo na totalidade do ordenamento jurídico.

Para ilustrar o argumento anterior, cabe comparar o art. 1º e o art. 242, parágrafo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, o último dita que o colégio D. Pedro II será mantido na órbita federal, o que de forma interpretativa constituiria uma norma desnecessária a Carta Magna, mas aparece nela por sua excessiva amplitude, o que não elimina seu caráter constitucional, enquanto o primeiro, por sua vez, está contido no ‘Título I - Dos Princípios Fundamentais’ antecedendo os direitos e garantias fundamentais e a organização do Estado respectivamente, mostrando que antes de tudo deve-se observar esses princípios, deixando explícito a sua função como fundamentos, pois eles norteiam o Estado Brasileiro e portanto torna-se imprescindível sua listagem.

Destarte, cabe observar a dignidade da pessoa humana como princípio-chave em toda ação de interpretação e criação, no próprio texto da Lei Maior vê-se direitos que evocam a

noção de dignidade, com maior destaque aos *caputs* dos artigos 5º e 6º. Assim, como supracitado, existem normas superiores e inferiores, toda a legislação tem que atender aos critérios das normas superiores para que tenha validade, e por isso existe o Supremo Tribunal Federal e a Comissão de Constituição e Justiça julgando o que é ou não constitucional. É majoritário o entendimento de que a Constituição é uma lei superior às demais, porém, dentro de sua amplitude, há normas que se destacam das demais por serem hermeneuticamente poderosas para atingir validações, uma vez que elas permitem analisar teleologicamente o texto. Logo, em vista de seu potencial hermenêutico pode-se intuir o artigo 1º, inciso III, como a norma mais poderosa, pois, caso seja negligenciada, não existe mais Estado Democrático de Direito.

5 BREVE ANÁLISE AXIOLÓGICA

A axiologia é definida como teoria dos valores, o valor pode ser entendido como um epíteto que se diferencia dos adjetivos que expressam qualidades intuídas pela intuição sensível, ao definir um objeto como bom nada se tira ou se acrescenta dele - assim é efetuada uma valoração, isto é, fazemos um juízo de valor. Dito isto, faz-se mister elucidar quais são os valores, Scheler os classifica e os põe na seguinte ordem hierárquica: valores religiosos; valores éticos; valores estéticos; valores lógicos; valores vitais; e valores úteis (Santos, 1963). Para os fins deste artigo não serão usados todos, apenas os éticos e úteis, uma vez que os religiosos não cabem em uma análise de um texto legal pertencente a um país laico, assim como os estéticos, os vitais e lógicos nada podem enriquecer essa pesquisa.

Valorando do ponto de vista ético, a dignidade da pessoa humana estabelece um padrão de justiça distributiva, estabelecendo que não basta tutelar o direito à vida, indo além e determinando que todos devem ter o mínimo, tratando os desiguais de forma desigual, tal raciocínio pode ser confirmado pela existência de institutos e leis que visam oferecer equidade como o Benefício de Prestação continuada. Além disso, cabe destacar que para além da distribuição de riqueza fornece fundamento contra os possíveis excessos cometidos pelo Estado contra o cidadão, novamente pode-se pensar trechos da Constituição da República Federativa do Brasil que servem de exemplo, como a proibição da tortura e pena de morte. Sendo assim, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é justo, protegendo os mais fracos, possibilitando uma sociedade solidária.

Do ponto de vista útil, o objeto de pesquisa serve como filtro para qualquer produção e alteração dentro do ordenamento jurídico. Tornando-se assim uma poderosa ferramenta hermenêutica para o estudo e aplicação da lei. Logo, nessa valoração, é evidentemente útil e conveniente a sua presença na Carta Magna.

6 PRINCÍPIO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição de 1988 promoveu uma ruptura institucional com o antigo regime ditatorial no Brasil, a volta da democracia demandou uma nova Carta Magna, assim se manifestaram os anseios da sociedade, principalmente os que estavam ligados à dignidade, objeto do paradigma democrático. Com isso, a Constituição cidadã dá um importante passo para o processo civilizatório no Brasil, e por isso, no *caput* do primeiro artigo, elucida que o país é um Estado Democrático de Direito, já o terceiro inciso do mesmo artigo traz consigo a citação explícita da dignidade como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988).

Ainda, como por questão estrutural, a Constituição é o código supremo no atual ordenamento jurídico, todos os atos legislativos devem se submeter a ela e buscar sempre não violar um dos seus princípios (no caso, o que pode haver é uma relativização frente a outro princípio ou norma constitucional). Logo, todo o ordenamento jurídico está submetido à constituição, e por consequência lógica, ao princípio da dignidade humana.

Por fim, o atual Código Civil de 2002 em contraponto ao seu antecessor traz em si o princípio da eticidade, que possui como fulcro o valor da dignidade humana abandonando o excessivo formalismo, abrindo portas para conceitos ético-jurídicos como equidade, boa-fé, justa-causa etc [...] (Reale, 1910). Percebe-se, aqui, um olhar mais consciente, não só para a incapacidade punitiva da norma na difícil missão de disciplinar as relações jurídicas entre particulares em uma sociedade cada dia mais complexa, mas também para os valores que as compõem de modo que a experiência com o direito não seja mero instrumento de opressão. Nesse sentido cabe destacar também o princípio da sociabilidade, superando o individualismo do Código de 1916 valorizando a solidariedade social, tanto que no próprio texto atual temos o instituto do usucapião, conferindo direitos àqueles que ocupam propriedades dentro da lei, assim deixando o direito à propriedade (sem cumprimento da função social) abaixo do direito à moradia, intimamente ligado à dignidade (Rodrigues, 2013).

7 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

A Carta Magna confere aos cidadãos meios pelos quais possam provocar as autoridades competentes a fim de corrigir situações de ilegalidade ou abusos de poder que atentem contra os direitos individuais e, por conseguinte, violem o princípio da dignidade da pessoa humana, é possível citar como exemplo o remédio constitucional conhecido como *Habeas Corpus*, sendo estabelecida a disposição especificamente no artigo 5º, parágrafo LXVIII. O referido dispositivo estabelece que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”; o escopo primordial desse remédio é resguardar indivíduos de qualquer cerceamento ilegal, especialmente quando perpetrado mediante abuso de poder.

No julgamento do HC 91952, foi debatido o excesso ao deixar o réu algemado durante o julgamento, tal conduta só poderia acontecer em casos excepcionais como diz o artigo 474 do Código de Processo Penal em seu terceiro parágrafo “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. No caso em questão, o STF entendeu que não houve fundamentação jurídica devida para tal decisão. A visão do réu com algemas o expõe como culpado e perigoso antes mesmo de ser julgado, ferindo o princípio da dignidade humana. No fim, o *habeas corpus* foi concedido, absolvendo o réu nesse caso e se tornando precedente representativo da Súmula Vinculante 11 do STF.

Além dos remédios constitucionais, a Constituição Federal de 1988, prevê em seu dispositivo contido no artigo 102, § 1º no âmbito do controle judicial concentrado, aquele que ocorre exclusivamente no Supremo Tribunal Federal (STF), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); esta ação é regulamentada pela Lei n.º 9.882/1999. A ADPF tem como propósito evitar ou corrigir lesões a preceitos fundamentais resultantes de atos do Poder Público, porém não é elucidado quais seriam esses preceitos, podemos então citar o pensamento doutrinário de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Pensamos que a utilização da palavra “preceito” em vez de “princípio” teve como objetivo evitar que o conceito a ser delineado pela doutrina e jurisprudência acabasse restrito aos princípios fundamentais arrolados no Título 1 da Constituição Federal. Além disso, a utilização de uma expressão mais genérica, “preceito”, permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que possa ser qualificada como fundamental (Alexandrino; Paulo, 2015, p. 918).

Analisando a ADPF-45, do relator Celso de Mello em seu voto proferido, destaca-se a

posição de que a implementação de políticas públicas não se encontra entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário, contudo, seria possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e aos juízes nas situações em que os direitos coletivos e individuais estivessem sob risco por causa da má administração ou pela inércia dos outros poderes, a fim de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, conseguimos observar que este preceito fundamental possui uma maior relevância que as delimitações das atribuições dos poderes do estado, com a visão do Montesquieu não sendo eficaz ao caso.

Dentro do tema destaca-se esse trecho das considerações do Ministro Celso de Mello:

(...) Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (Brasil, 2004).

Ademais, outro caso importante a se analisar é a arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 que foi apresentada ao STF em 2015, o objeto de discussão dela é justamente a inconstitucionalidade, aviltando contra princípio da dignidade humana, das condições a que estão submetidos os apenados no sistema carcerário brasileiro. O tema em questão engloba diversos ramos do Direito: Constitucional, Penal, Processual Penal e Administrativo. A situação de precariedade exige uma reforma do sistema prisional brasileiro para que possa de fato, reabilitar os apenados para a vida em sociedade.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana, inalienável e transcendente das barreiras sociais e culturais, reflete-se na proteção integral da integridade física, moral e psicológica das pessoas; não sendo apenas um paradigma legal, mas também uma base ética para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa. Dessa forma, ele não é apenas um conceito abstrato, mas um guia que inspira a constante busca por igualdade, respeito aos direitos individuais e promoção do bem-estar social.

Como enfatizado no artigo, com a promulgação da Constituição de 1988, que consagrou o princípio em questão como fundamento da República, teve impactos significativos e diretos nas normas inferiores, seguindo a hierarquia de normas, visto que existe a interconexão e dependência entre as normas; Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é atualmente um dos pilares fundamentais que sustentam o sistema jurídico brasileiro, atuando como uma bússola que orienta não apenas as interpretações legais, mas também as decisões judiciais e a formulação de políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado I** - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

AQUINO. **Suma de Teologia**. IX volumes. São Paulo: Loyola, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45**. Relator (a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento:

29/04/2004. Relator: Celso de Mello.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 7 dez. 2023.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Rio de Janeiro: UNIC, 2009 [1948]. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2023.

DOS SANTOS, Mário Ferreira. **Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais**, Ed Maltese, 1963.

FREDIE DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista Direito Gv**, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 649-670, dez. 2015. FapUNIFESP (SciELO). DOI: 10.1590/1808-2432201528.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1ª ed. Lisboa: edições 70. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____, _____. Visão geral do novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. fe/jun. 2002, n. esp., p. 38-44, 2002. Tradução.

RODRIGUES, Lisia Carla Vieira. O Código Civil de 2002: princípios básicos e cláusulas gerais. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 179-194, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anos docodigocivil_179.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp. Acesso em: 10 dez. 2023.

O PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 EM COMPARAÇÃO COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002

THE HUMANIZATION PROCESS OF THE 1916 CIVIL CODE IN COMPARISON WITH THE 2002 CIVIL CODE

Ana Clara Trajano Bezerra

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Membro do Grupo de Pesquisa Transformações do Direito Civil Contemporâneo (TDCC/CNPQ).

Erika Mylene dos Santos Sousa

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Membro do Grupo de Pesquisa Transformações do Direito Civil Contemporâneo (TDCC/CNPQ).

Ana Clara Vieira Abrantes

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Membro do Grupo de Pesquisa Transformações do Direito Civil Contemporâneo (TDCC/CNPQ).

Resumo: O tema dessa pesquisa é a análise quali-quantitativa do processo de humanização do Código Civil de 1916 em comparação com o Código Civil de 2002. Para isso, esta pesquisa tem como objetivo geral analisar com base na humanização do direito as modificações que ocorreram na passagem do Código Civil de 1916 para o Código de 2002. A realização da pesquisa se justifica pelo fato de que o problema de pesquisa é relevante, pois se propõe a analisar a evolução das legislações civis brasileiras, o que pode levar a descobertas de observações significativas. Além disso, a realização da pesquisa se mostra viável e exequível já que foram utilizados, principalmente, documentos jurídicos e ferramentas disponíveis de forma pública. Com relação à metodologia, o método adotado foi o dedutivo, com tipo de pesquisa quali-quantitativa de nível exploratório, utilizando-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e de mineração de dados nos Códigos Civis de 1916 e 2002, para isso foram utilizados artigos, legislação e doutrinas de Direito Civil, assim como a ferramenta de busca de palavras. Conclui-se que, a partir das buscas das palavras “pessoa”, “personalidade”, “direito” e “dever”, o Código Civil de 2002 teve mais menções a todas essas palavras durante o texto em comparação com o Código Civil de 1916.

Palavras-chave: Direito Civil. Código Civil. Humanização. Direito Civil Constitucional.

Abstract: The theme of this research is a qualitative and quantitative analysis of the humanization process of the 1916 Civil Code in comparison with the 2002 Civil Code. To this end, the general aim of this research is to analyze the changes that have taken place since the 1916 Civil Code was replaced by the 2002 code, based on the humanization of the law. The research is justified by the fact that the research problem is relevant, as it aims to analyze the evolution of Brazilian civil legislation, which can lead to the discovery of significant observations. In addition, the research is feasible and achievable, since it mainly used legal documents and publicly available tools. With regard to methodology, the method adopted was deductive, with a qualitative-quantitative type of exploratory research, using the techniques of bibliographical research and data mining in the civil codes of 1916 and 2002, for which articles, legislation and civil law doctrines were used, as well as the word search tool. It was concluded that, based on searches for the words Person, Personality, Right and Duty, the 2002 Civil Code had more mentions of all these words throughout the text than the 1916 Civil Code.

Keywords: Civil Law. Civil Code. Humanization. Constitutional Civil Law.

Sumário: 1 Introdução – 2 A Divisão do Direito em Público e Privado – 3 Código Civil de 1916 – 4 Direito Civil Constitucional Contemporâneo – 5 Código Civil 2002 – 6 Processo de Humanização – 7 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma análise, por meio de uma abordagem quali-quantitativa, do processo de humanização do Direito Civil brasileiro, com base nos Códigos Civis de 1916 e de 2002. Dessa forma, o tema foi delimitado a partir da esfera do Direito Civil, com ênfase na pesquisa e leitura dos Códigos Civis brasileiros, objetivando verificar de que maneira o processo de humanização interferiu no ordenamento jurídico. Dessa maneira, foi possível elaborar as seguintes perguntas: “De que modo o processo de humanização interferiu no ordenamento civil brasileiro? É possível observar modificações na escrita do texto normativo? A partir dos princípios que colocam o indivíduo em ênfase, é possível observar um aumento na utilização de termos que se relacionam com a pessoa?”

Primeiramente, é válido definir que, com relação ao conteúdo, consiste o Direito Civil em um ramo do Direito Privado, ou seja, nas relações jurídicas o que vai prevalecer é o interesse particular dos litigantes. Sendo, inclusive, uma codificação de extrema importância, uma vez que disciplina tudo aquilo que diz respeito às ações de caráter privado, a exemplo, pode-se citar o fato de conter, atualmente, livros voltados para as pessoas, as obrigações, a responsabilidade civil e acerca do direito das sucessões. Verifica-se, então, a importância desse ramo do Direito na resolução de lides.

Com o advento do Iluminismo e da Revolução Francesa, o processo de codificação se mostrou uma tendência adotada pelos ordenamentos jurídicos, incluindo o brasileiro, tendo como objetivo a necessária existência de um documento que possuísse unidade dentro do sistema jurídico. Com as modificações sociais e políticas que ocorreram a partir do século XXI, as normas prescritas no Código de 1916 se tornaram defasadas com relação às resoluções dos conflitos judiciais. Ademais, a superação da dicotomia da divisão do Direito em Público e Privado, o pós-positivismo jurídico, o advento da Constituição de 1988 e o desenvolvimento do Direito Civil Constitucional contemporâneo foram fortes influências para a formulação do Novo Código Civil de 2002. Além disso, os princípios constitucionais e documentos internacionais também contribuíram para o desenvolvimento da humanização das regras jurídicas.

Sendo assim, o objetivo principal deste artigo é analisar, com base na humanização do direito, as modificações que ocorreram na passagem do Código Civil de 1916 ao Código de 2002. Entre os objetivos específicos podem ser elencados: compreender o contexto histórico da publicação dos Códigos Civis brasileiros e observar se houve um aumento na escrita dos termos que dão ênfase às pessoas no texto normativo.

A justificativa para a realização da pesquisa está na relevância do problema debatido, no qual propõe-se analisar a evolução das legislações civis brasileiras, o que pode levar à descoberta de observações significativas. Além disso, a realização da pesquisa mostra-se viável e exequível já que foram utilizados, principalmente, documentos jurídicos e ferramentas disponíveis de forma pública.

Com relação à metodologia, o método adotado foi o dedutivo, com tipo de pesquisa quali-quantitativa de nível exploratório, utilizando-se, no que tange ao caráter qualitativo, as técnicas de pesquisa bibliográfica, com a utilização de artigos científicos, legislação e doutrinas. Já com relação à abordagem quantitativa, foi empregada a mineração de dados nos Códigos Civis de 1916 e 2002, assim como a ferramenta de busca de palavras para visualizar a quantidade dos termos escolhidos para a análise em cada um dos códigos. Depois das buscas das palavras e a apresentação dos resultados, foi elaborado um gráfico para a visualização desses.

Portanto, o desenvolvimento do artigo foi dividido em cinco tópicos. O primeiro tópico

vai dissertar sobre a clássica divisão do Direito em público e privado, o segundo tópico trata especificamente do Código Civil de 1916. O terceiro tópico vai abordar sobre a corrente do Direito Civil Constitucional Contemporâneo, o quarto tópico é sobre o Código Civil de 2002. Por fim, o quinto, e último tópico, trata-se de uma análise geral sobre o processo de humanização.

2 A DIVISÃO DO DIREITO EM PÚBLICO E PRIVADO

O Direito deve ser visto como um todo dinâmico e uniforme, entretanto, a divisão entre público e privado ocorre de forma metodológica, para que se torne mais fácil compreender o funcionamento da ciência jurídica. Com base nisso, Hans Kelsen diferencia esses dois ramos do Direito:

[...] o Direito privado representa uma relação entre sujeitos em posição de igualdade – sujeitos que têm juridicamente o mesmo valor – e o Direito Público uma relação entre um sujeito supra-ordenado e um sujeito subordinado – entre dois sujeitos, portanto, dos quais um tem, em face do outro, um valor jurídico superior (Kelsen, 2009, p. 310).

Essa ideologia, segundo Maria Helena Diniz (2023), remonta ao Direito Romano e consiste em uma falha, pois não há como afirmar com plena certeza se o interesse visado pela norma é do Estado ou dos indivíduos. De acordo com a autora, esses interesses são correlatos, existindo casos em que é nítido o recíproco interesse entre Estado e indivíduo, como no Direito de Família.

Nesse ínterim, a constitucionalização do Direito privado representa a superação da extrema dicotomia entre esses ramos, uma vez que:

[...] novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais (Tepedino, 1999, p. 22).

Por meio disto, o atual Estado social, não limita-se apenas à defesa e segurança das fronteiras e a ordem interna, mas interfere, também, na economia, além de garantir outras relações intersubjetivas que outrora eram deixadas à autonomia privada (Neto, 2013, p. 21).

No que tange à superação da dicotomia citada, discorre, ainda, Moraes (1991), em seu trabalho, que os valores propugnados pela Constituição, em conformidade com o princípio da unidade, uma vez que assegura à Carta Magna o *status* de norma fundamental e determinante para validade de toda a ordem jurídica, devem estar em harmonia em todo o ordenamento jurídico, sendo intolerável antinomias entre as proposições normativas.

Nesse sentido, para a autora, adotar o ideal de unidade da Constituição é incompatível com a rígida contraposição entre Direito público e privado, já que seu conteúdo normativo, inclusive os valores e princípios, repercute em todo o sistema jurídico (Moraes, 1991, p. 4-5).

3 CÓDIGO CIVIL DE 1916

O primeiro documento de codificação do direito privado nacional foi o Código Civil publicado em 1916. Antes da sua instituição, desde o processo de independência, as relações privadas eram regidas pelas Ordenações Filipinas (1603). Esse fato causava enormes problemas para o ordenamento jurídico nacional, pois as Ordenações Filipinas traziam em seu conteúdo

normas desconexas e retrógradas que não refletiam os anseios e necessidades dos problemas jurídicos da época, cujas soluções eram apresentadas pela doutrina desenvolvida a partir do século XIX (Palma, 2022). É nesse sentido que, a partir da Proclamação da República (1889), observou-se a necessidade urgente da criação de um Código Civil brasileiro: “Destarte, uma vez a República instaurada, era urgente a elaboração de uma nova ordem jurídica civilista, que estivesse coerentemente adequada ao momento político vivenciado pela nação” (Palma, 2022, p. 781). A partir da pesquisa realizada por Siqueira (2017), é possível analisar a utilização das ordenações nas decisões dos tribunais antes da publicação do Código de 1916, em que conclui-se que:

As Ordenações Filipinas eram citadas nas sentenças durante parte do século XIX, mas, pelo menos na Primeira Vara Cível do Rio de Janeiro, elas desaparecem no final deste século e no início do século XX. A impressão, quando elas são citadas, é que seu conteúdo é muito mais processual que material, de forma que sua aplicação não era simples, automática, comum. Elas eram usadas, mas não faziam parte do dia a dia do processo (Siqueira, 2017, p. 561).

Sendo assim, é possível notar que a população brasileira necessitava de uma legislação que refletisse seus problemas e diminuísse a insegurança jurídica vigente. É por isso que, em 1917, entra em vigor o código formulado a partir da organização de Clóvis Beviláqua.

As principais características do Código Civil de 1916 dizem respeito a sua objetividade, com artigos curtos e sintéticos – o que foi motivo de muitas críticas na época, principalmente de Rui Barbosa – como também o marcante individualismo e patrimonialismo do texto legal. Gomes (2003) também aponta como uma das características do Código de 1916 o conservadorismo, principalmente, com relação aos temas hereditários e do matrimônio. Barros (2023) complementa que: “Projetado dentro de uma estrutura rígida e tecnicista, com o fim de criar uma norma jurídica autossuficiente, a legislação civil de 1916 em pouco tempo passou a perder seu espaço de centralidade e protagonismo para o qual fora concebida” (Barros, 2023, p. 23).

Com o passar do tempo, mudanças sociais e acontecimentos históricos, o Código Civil de 1916 passou a se tornar obsoleto na resolução de certos conflitos jurídicos, principalmente com relação ao Direito de Família:

Mas foi no Direito de Família que se verificou a erosão do Código Civil de 1916. As transformações sociais, as mudanças de costumes e o maior reconhecimento da igualdade entre cônjuges, fizeram com que importantes leis fossem promulgadas para modificar ou derrogar o Código Civil logo em suas primeiras décadas de vigência. Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 3.200/1941, destinado à proteção da família, permitiu o casamento entre colaterais em terceiro grau. Pelo Decreto-Lei n.º 4.737/1942, admitiu-se o reconhecimento de filhos ilegítimos após o término da sociedade conjugal e, pela Lei n.º 883/1949, concedeu-se ação de reconhecimento de paternidade após o término da sociedade conjugal do pai (Tomasevicius Filho, 2016, p. 95).

Além disso, um dos pontos em que é possível alocar mais críticas a esse documento jurídico está no fato de reduzir as mulheres a pessoas sem atuação nas disputas judiciais, sempre ligadas às ações do cônjuge ou uma figura masculina. É possível observar essas questões logo na redação do art 2º em que: “Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” (Brasil, 1916). Em que delimita-se abertamente a palavra homem com referência à capacidade de assumir civilmente direitos e obrigações, o que destaca a estrutura patriarcal e excludente da época em que o código foi redigido.

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe diversas modificações para o ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato afetou principalmente as relações privadas e, conseqüentemente, as normas impostas pelo Código Civil de 1916, que foi recepcionado no novo ordenamento jurídico como parte das normas infraconstitucionais. Porém, diversas foram as alterações realizadas no código, pois parte das suas normas estavam desconexas com aquilo que estava consagrado na nova constituição. Um exemplo emblemático reside na questão da igualdade formal das mulheres, expressamente consagrada no art. 1º da Constituição. Alguns artigos do Código Civil de 1916, contudo, deliberadamente contrariavam essa norma constitucional, como o art. 6º, inciso II, deste código, que considerava como relativamente incapazes as mulheres casadas e o art. 233 que considerava apenas o homem como chefe da sociedade conjugal (Brasil, 1916).

No entanto, torna-se válido destacar que antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, já existiam debates sobre a elaboração de um novo Código Civil. Podendo-se citar como exemplos a assinatura de tratados internacionais que modificaram drasticamente a interpretação de artigos do Código Civil. A citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto de São José da Costa Rica (1969). O primeiro, no contexto pós Segunda Guerra Mundial (1939-1945), trouxe extensas mudanças na consagração de direitos fundamentais e das liberdades individuais, verifica-se, por exemplo, que o princípio da dignidade da pessoa humana foi extensamente acolhido pela Constituição Federal de 1988. Já o Pacto de São José da Costa Rica trouxe significativas mudanças com relação à prisão por dívida e responsabilização civil, essas mudanças trouxeram modificações constitucionais e refletiram na mudança de interpretação dos tribunais e do Código Civil de 1916.

Diante de modificações sociais, políticas e institucionais começou a surgir no Brasil um movimento de descodificação do direito privado, no qual o Código Civil de 1916 começou a ter questões disciplinadas por outras normas e leis publicadas esparsamente. É nesse sentido que começou-se a observar a necessidade da elaboração de um novo Código Civil, que fosse pautado no contexto da nova ordem constitucional.

Por conseguinte, surge o movimento do Direito Civil Constitucional Contemporâneo, no qual as normas infraconstitucionais são diretamente influenciadas pelos princípios impostos na Constituição:

Um dos movimentos que mais ganha espaço nos últimos tempos perante a simbiose que ocorre entre os planos do direito público e privado é o fenômeno da constitucionalização do direito civil, já que retrata um ramo do direito privado (direito civil) intercedido por um ramo de direito público (direito constitucional). Se refere a aplicação do direito civil em harmonia com os ditames constitucionais, os quais promovem uma releitura de institutos (Oliveira, 2018, p. 24).

Além disso, Barros (2023) também complementa que no Direito Civil Constitucional existe um aumento na preocupação com o desenvolvimento de uma perspectiva humanista. Assim, o Direito Civil torna-se um ramo fértil para discussões relacionadas ao desenvolvimento das questões existenciais e proteção à pessoa e seus direitos.

Conseqüentemente, verificou-se a superação da dicotomia do Direito dividido em apenas dois ramos: o direito privado e o público. Isso porque, os estudos jurídicos devem ser pautados não na separação dos conteúdos, mas sim, na simbiose e interseções propostas dentro das normas de um ordenamento jurídico. Ademais, Marques Júnior (2013) complementa que:

A evolução do constitucionalismo opõe-se ao juspositivismo normativista (de índole dogmática e cartesiana), especialmente no debate em torno dos princípios, da interpretação e da discricionariedade, com nítida repercussão na civilística clássica observando-se um maior influxo das normas constitucionais nas relações privadas (Marques Júnior, 2013, p. 324).

Observa-se, ainda, que, além da superação da divisão clássica do Direito, ocorreu também um afastamento dos ideais do juspositivismo clássico. Isso significa que os tribunais conseguiram mais autonomia para interpretar os casos e julgados, uma vez que levam em consideração, além da legislação positivada, os princípios constitucionais e a análise específica da situação concreta.

5 CÓDIGO CIVIL 2002

A expressão “*Ubi societas, ibi jus*”, do jurista Ulpiano, amplamente conhecida na área jurídica, expressa, de maneira clara e objetiva, a relação intrínseca entre o Direito e a sociedade. Nesse sentido, com a evolução das relações sociais, tende o Direito, enquanto principal regulador do corpo social, a progredir em conjunto com elas, não sendo possível excluir o contexto histórico que interferiu na escrita das codificações que regem a sociedade brasileira, no momento de análise e interpretação destes.

Nesse ínterim, é possível, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, observar uma realidade que posterga o Código de 1916, fruto de um dinamismo social. Relata o autor que, a partir do dinamismo citado, houve a criação de microsistemas jurídicos pela grande quantidade de edições de leis especiais, o que causou, continuamente, provocações sobre o Código Civil da época, com questionamentos sobre a alteração da sua posição no sistema legal, uma vez que não ocupava mais o centro, e sim, apenas um papel subsidiário. Nesse sentido, fomenta-se discussões sobre a possibilidade de um novo código para substituir o de 1916 (Gonçalves, 2023). Sendo assim, é válido ressaltar que a elaboração de um novo Código Civil brasileiro surge antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988.

Houveram, nesse sentido, tentativas que não obtiveram sucesso, como a de Orozimbo Nonato; Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães; sendo, entretanto, o anteprojeto final produzido por uma comissão de juristas presidida por Miguel Reale, com características que preservam a essência dos valores éticos da experiência legislativa e jurisprudencial, como afirmado por Maria Helena Diniz, passando, então, a possuir um aspecto mais paritário e um sentido mais social, fruto da nova realidade encontrada. Pode-se perceber, nessa perspectiva, a abolição de instituições fundadas em matrizes obsoletas, e um maior foco em princípios muito bem estabelecidos, como o da realizabilidade, socialidade, operabilidade, eticidade e com prioridade na boa-fé objetiva e subjetiva (Diniz, 2023, p. 96-100).

6 PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO

É possível definir a humanização como o processo de tornar algo mais humano, que respeite os princípios da dignidade da pessoa humana, esse processo revela-se como a tendência do desenvolvimento futuro do Direito, no qual há influência dos princípios consagrados na Constituição de 1988 e em diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Dentre esses tratados, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto de São José da Costa Rica, já mencionados anteriormente, e as Regras de Mandela.

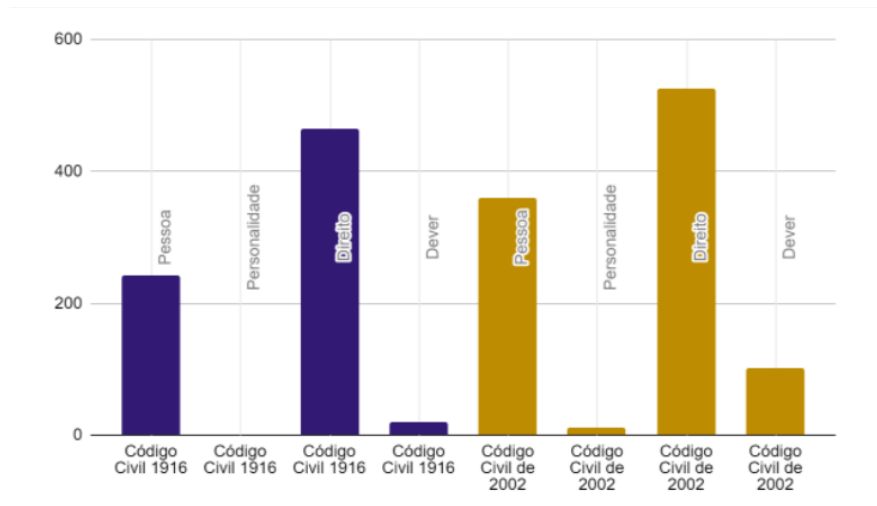
O processo de humanização se revela como uma oposição a aplicação simplista do Positivismo Jurídico. De acordo com Mota e Melo (2015): “[...] o processo de humanização do Direito por meio das decisões judiciais traz à baila a alteração sobre a extrapolação dos limites impostos pelo positivismo na norma jurídica, que determina o alcance da regra ao caso concreto” (Mota; Melo, 2015, p. 89). Sendo assim, a lei, principalmente o Código Civil de 2002, tem como um dos seus objetivos possibilitar o desenvolvimento da jurisprudência nacional e, conseqüentemente, a análise de cada caso em sua individualidade.

Assim, é possível deduzir que existe uma relação entre o processo de humanização do Direito Civil e o movimento do Direito Civil Constitucional Contemporâneo, em que as modi-

ficações propostas pelos princípios constitucionais têm impacto direto na produção e aplicação humanizada das normas do Direito Civil.

Dessa forma, é possível observar que existiu um processo de humanização do Direito Civil brasileiro. Esse fato pode ser observado a partir da análise quantitativa demonstrada no gráfico apresentado a seguir:

Gráfico 01: Relação entre Palavras, Número de Menções e Código Civil



Fonte: Autoria Própria (2024).

Antes da análise dos resultados, faz-se importante ressaltar a diferença entre texto legal e norma jurídica. Considera-se texto legal aquilo que está positivado, ou seja, escrito expressamente no texto. Já a norma jurídica é um conceito mais amplo. Normas jurídicas seriam padrões de conduta, pautados no dever-ser, que objetivam a organização social. As normas não seriam aplicadas, mas sim, interpretadas (Betoli, 2023). No presente artigo, buscou-se analisar predominantemente o texto legal, a partir da busca de termos específicos nos códigos.

Com relação ao Código Civil de 1916, é possível observar que a palavra “direito” é a que recebe maior número de menções em comparação com as demais. Em segundo lugar, está a palavra “pessoa”, mencionada 242 vezes no texto legal. Porém, a palavra “personalidade” aparece apenas uma vez em todo o código, o que pode refletir a menor atenção que era dada a esse conceito na época. Por fim, a palavra “dever” é mencionada 20 vezes, de modo que, pode-se supor que a preocupação maior do documento está mais na disposição das garantias do que das obrigações.

No Código Civil de 2002, um aumento foi observado no número de palavras, podendo, inclusive, ser fruto da influência do princípio da socialidade, já que, de acordo com Maria Helena Diniz: “Tem por diretriz o princípio da socialidade, refletindo a prevalência do interesse coletivo sobre o individual, dando ênfase à função social da propriedade e do contrato e à posse-trabalho” (Diniz, 2023, p. 100-104).

Nesse sentido, um foco, outrora dado à propriedade, dá lugar à preocupação com a pessoa, de forma mais inclusiva com relação ao feminino. Um exemplo deste fato está no art. 2º do Código de 1916, que diz “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”, enquanto o art. 1º do novo código diz “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Sendo assim, observa-se que, com as transformações sociais, a nova redação do Código de 2002 objetiva incluir um termo mais amplo, como “pessoa”, em detrimento de uma terminologia

mais restrita, como “homem”. Garantindo, em sentido formal, à mulher a independência na tomada de suas decisões na esfera civil.

Assim, é possível observar que a palavra “pessoa”, é mencionada mais vezes no Código Civil de 2002, em comparação ao Código Civil de 1916. Desse modo, percebe-se que o documento de 2002 se preocupa mais com as questões relacionadas à humanização. A palavra “direito”, por sua vez, também é mencionada mais vezes, demonstrando a sua preocupação com a manutenção e determinação de novos direitos na esfera civil. Ademais, resultados mais interessantes se observam nas palavras “dever” e “personalidade”. “Personalidade” é mencionada uma única vez no Código Civil de 1916, isso mostra que, levando em consideração o contexto histórico da sua publicação, a matéria era pouco disciplinada no texto legal. Diferente do Código de 2002, que menciona “personalidade” cerca de 12 vezes, evidenciando que o principal diferencial desse documento foi justamente o desenvolvimento dos direitos da personalidade, os quais estão disciplinados na Parte Geral.

Por fim, a última palavra analisada foi a palavra “dever”. Observa-se que ela é mencionada 20 vezes em 1916 e passou a ser mencionada 101 vezes em 2002. Assim sendo, é possível deduzir que o Novo Código Civil está preocupado com a manutenção não apenas dos direitos, mas também das obrigações que são contraídas na esfera cível.

Em uma segunda análise, também é válido ressaltar que, depois de sua publicação, o Código Civil de 2002 passou por diversas alterações, principalmente por conta do advento da Lei n.º 13.146 de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa lei alterou significativamente os artigos sobre capacidade civil e curatela. O Estatuto pode ser categorizado como um avanço nos processos de humanização do Direito Civil, pois o seu objetivo principal é incluir as pessoas com deficiências na sociedade, garantindo a elas mais autonomia nas suas decisões.

Ademais, Feitosa (2017) reconhece que a Constituição Federal de 1988 realizou mudanças com relação às relações privadas. No entanto, a autora ressalta que ainda existe a persistência de uma tendência patrimonialista no Direito Civil brasileiro. A citar, por exemplo, a diferença de como a legislação trata a questão das ocupações das terras públicas, em que ainda persistem as diferenças entre ricos e pobres (Feitosa, 2017).

Em última análise, é necessário comentar sobre futuras mudanças que o Código Civil de 2002 pode sofrer, já que, segundo notícias mais recentes, o atual código se mostra desatualizado com relação às modificações sociais, principalmente com o advento da *Internet*, como a regulação das redes sociais e a inteligência artificial (Rocha, 2023). Sendo assim, é possível observar que o Direito sempre deve estar disposto a se modificar para atender as necessidades sociais que são geradas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral do artigo foi analisar as modificações que ocorreram na passagem do Código Civil de 1916 ao Código de 2002, fixando o estudo na observação de como se deu esse processo, e se ele teve, de fato, um teor humanizado. A partir do que foi apresentado nos tópicos anteriores, pode-se indicar que esse objetivo foi alcançado.

Dentre os principais resultados, destaca-se que a partir das buscas dos termos: “pessoa”, “personalidade”, “direito” e “dever”, foi possível concluir que o Código Civil de 2002 apresenta um número maior de menções de todas essas palavras em comparação com o Código Civil de 1916. Esse cenário se torna ainda mais evidente com relação às palavras “pessoa” e “personalidade”, esta última era mencionada uma única vez no Código de 1916, enquanto no de 2002, ela passou a ser mencionada doze vezes.

Além disso, é importante destacar a mudança do art. 2º nos códigos analisados. O Código de 1916 determina que: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” (Bra-

sil, 2002), observa-se, assim, o principal objetivo da mudança é possibilitar a concretização da igualdade de gênero, possibilitando que tanto homens como as mulheres sejam capazes de exercer seus direitos e deveres na ordem civil. Por mais que esses direitos ainda não sejam efetivados na prática, tendo em vista as dificuldades diárias enfrentadas pelo gênero feminino para ganhar espaço e ter seus direitos garantidos, de fato, como versa o ordenamento jurídico pátrio.

Constatou-se, também, que a promulgação da Constituição de 1988, assim como a aderência do ordenamento jurídico brasileiro à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e outros tratados internacionais, trouxeram grandes impactos à aplicação das normas relacionadas ao Direito Civil em território nacional. Da mesma forma, influenciou posteriores modificações nos seus artigos, por exemplo, as alterações realizadas em razão do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Assim, ao decorrer do estudo foram analisadas mudanças quanto à recorrência de palavras em relação aos Códigos Cíveis de 1916 e 2002, assim não se deve falar em humanização do código só com a análise dos termos: pessoa, personalidade e direito. Mas tem-se uma ideia de que os responsáveis pela reforma do Código de 1916 foram cautelosos ao utilizar os termos acima descritos, levando em consideração a importância de se tratar mais sobre as palavras destacadas acima nesse processo de modificação pelo qual passou o Código Civil. Atualmente, a prevalência está na adaptação das normas à corrente do Direito Civil Constitucional Contemporâneo.

Logo, o presente artigo desempenhou um papel importante ao propor uma comparação entre o Código Civil de 1916 e o de 2002. No âmbito das contribuições teóricas, os resultados encontrados a partir da elaboração do gráfico possibilitam uma visualização quantitativa das mudanças realizadas entre o Código Civil 1916 e o de 2002. Possibilitando ao leitor analisar de forma específica, a partir dos termos que foram levados em consideração no presente estudo, qual seja: “pessoa”, “personalidade”, “direito” e “dever”. Como contribuição social, a pesquisa pode servir como auxílio aos acadêmicos e profissionais jurídicos na elaboração de seus argumentos e decisões judiciais.

No entanto, observam-se algumas limitações na realização dessa pesquisa, sobretudo no que diz respeito à pergunta-problema demandar uma análise extensa e multi-metodológica por parte das pesquisadoras. Isso resultou no fato da pesquisa propor-se a apresentar as questões de forma geral e menos específica.

Ademais, essa análise pode contribuir para a elaboração de outras análises futuras, que podem levar em conta uma comparação mais específica de determinadas partes, livros ou capítulos, comparando as mudanças existentes entre os dois códigos, ou a pesquisa de outros termos como “propriedade”. Além disso, a evolução dos direitos das mulheres na esfera civil também pode ser uma questão aprofundada em pesquisas futuras, já que foi um ponto apresentado de forma superficial na presente pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, I. E. D. **O testamento vital como possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade humana na esfera negocial** - PB, 2023. 78 fl. - Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande. Sousa/PB- Brasil, 2023. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/33010>>.

BETIOLI, A. B. **Introdução ao Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

BRASIL. **Lei n.º 3.071, 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Presidência da República. Rio de Janeiro, 1 jan. 1916. Disponível em: <<https://www.planalto>.

gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 20 dez. 2023.

_____. **Lei n.º 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 20 dez. 2023.

_____. Tribunal Regional Federal (1. Região) (TRF1). **Corpus iuris civilis: digesto: livro I, livro L**. 2. ed. rev. e ampl. Brasília, DF, 2017, 482 p.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

FEITOSA, M. L. P. M. Humanização do direito civil constitucional ou por um direito civil social: lineamentos introdutórios. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC: Journal of Contemporary Private Law**, n. 11, p. 239-257, 2017.

FREITAS, G. M. F. . Estatuto da Pessoa Com Deficiência e Suas Implicações no Código Civil. **REVISTA FOCO**, [S. l.], v. 16, n. 3, p. 1423, 2023. DOI: 10.54751/revistafoco.v16n3-119. Disponível em: <<https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/1423>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

GOMES, O. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martin Fontes, 2003.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JÚNIOR, William Paiva Marques. Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 34, n. 2, p. 313-353, 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACEDO, E. H. Cidadania e dignidade humana na dimensão do processo: Humanização do processo. **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, p. 256-275, 2017. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11422/2/CIDADANIA_E_DIGNIDADE_HUMANA_NA_DIMENSAO_DO_PROCESSO_HUMANIZACAO_DO_PROCESSO.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2024.

MORAES, M. C. B. O caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, v. 65, p. 21-32, 1993. Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/Direito%20Civil%20Constitucional%20Maria%20Celina.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2024.

MOTA, M. F; F. DE MELO, L. J. O Pós-positivismo, o Ativismo Judicial e a Humanização do Direito. **Interfaces Científicas - Direito**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 85-94, 2015. DOI: 10.17564/2316-381X.2015v3n3p85-94. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/2075>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

NETO, E. F. A constitucionalização do direito privado. **Revista Iurisprudencia**, v. 2, n. 3, 2013. Disponível em: <<https://www.revista.ajes.edu.br/index.php/iurisprudencia/article/view/121/91>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

NEVES, M. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 30, p. 5–27, 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/9Lwmf3cFvs7n3XQLLnq-JLbm/>>. Acesso em: 6 jan. 2024.

OLIVEIRA, L. A. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na humanização da curatela**. TCC. Direito. Universidade Federal da Paraíba, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12862>>. Acesso em: 22 dez. 2023.

PALMA, R. F. **História do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

QUEIROZ PEREIRA, F. Consolidação e Codificação Em Direito Civil: Bases Conceituais e Experiências Sulamericanas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, [S. l.], n. 33, p. 1–20, 2018. DOI: 10.12957/rfd.2018.20086. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/20086>>. Acesso em: 6 jan. 2024.

ROCHA, M. Presidente de comissão que revisa o Código Civil diz que é necessário discutir redes sociais: 'Não pode ser um território onde se pode tudo'. **G1**, 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2023/11/07/presidente-de-comissao-que-revisa-o-codigo-civil-diz-que-e-necessario-discutir-redes-sociais-nao-pode-ser-um-territorio-onde-se-pode-tudo.ghtml#3>>. Acesso em: 5 jan. 2024.

SIQUEIRA, S. G. O Direito Civil Antes do Código de 1916: a Ausência das Ordenações Filipinas e as Expectativas na Imprensa e na Doutrina Nacional. (2017). **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (1906)**, (473), 545–562. Disponível em: <https://www.google.com/url?q=https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-473/item/108559-o-direito-civil-antes-do-codigo-de-1916-a-ausencia-das-ordenacoes-filipinas-e-as-expectativas-na-imprensa-e-na-doutrina-nacional.html&sa=D&source=docs&ust=1703097468198114&usg=AOvVaw3o2Ia38V5NpSf6ZPNep_t->>. Acesso em: 20 dez. 2023.

TEPEDINO, G. **Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

TOMASEVICIUS FILHO, E. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 111, p. 85–100, 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133495>>. Acesso em: 21 dez. 2023.

A OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO BRASILEIRO E A REVITIMIZAÇÃO DE MULHERES TRANS: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE OMISSION OF THE BRAZILIAN LEGISLATIVE BRANCH AND THE REVICTIMIZATION OF TRANS WOMEN: AN ANALYSIS OF THE IMPACTS ON THE EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Iara de Oliveira Silva

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Ana Beatriz Medeiros Dantas

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Vitoria Fernandes Pires

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Emília Paranhos Santos Marcelino

Doutora em Administração pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Graduada em Administração pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), e em Direito pelo Centro Universitário UNIESP. Professora da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

Resumo: A presente pesquisa se justifica em decorrência da necessidade da inclusão de leis federais voltadas à proteção e garantia dos direitos das mulheres trans pelo poder legiferante preservando o exercício dos seus direitos fundamentais. Os objetivos traçados foram de identificar a atuação do Poder Legislativo no que se refere em assegurar os direitos fundamentais para o exercício da cidadania das mulheres trans, com o intuito de identificar leis federais aprovadas pelo Congresso Nacional e, em caso de omissão, analisar como esta impacta o exercício da cidadania para o grupo social pesquisado. Quanto à técnica metodológica, utilizou-se da pesquisa descritiva sobre a técnica de mineração de dados nas bases de dados do Congresso Nacional. Portanto, concluiu-se a inexistência de leis federais que abrangem as mulheres trans, comprovando uma omissão do Poder Legislativo que contribui negativamente para um cenário de desigualdade, invisibilidade e marginalização, o qual impacta o exercício da cidadania e direitos fundamentais desse grupo.

Palavras-chave: Mulheres Trans. Poder Legislativo. Omissão. Violação. Direitos Fundamentais.

Abstract: The present research is justified by the need for the inclusion of federal laws aimed at protecting and guaranteeing the rights of trans women by the legislative power, preserving the exercise of their fundamental rights. The outlined objectives were to identify the role of the Legislative Branch in ensuring fundamental rights for the exercise of citizenship for trans women, aiming to identify Federal Laws approved by the National Congress and in case of omission, analyze how this impacts the exercise of citizenship for the researched social group. Regarding the methodological technique, descriptive research was used, employing data mining techniques on the databases of the National Congress. Therefore, it was concluded that there are no Federal Laws covering trans women, demonstrating a Legislative Branch omission that negatively contributes to a scenario of inequality, invisibility, and marginalization, which impacts the exercise of citizenship and fundamental rights for this group.

Keywords: Trans women. Legislative Power. Omission. Violation. Fundamental Rights.

Sumário: 1 Introdução – 2 Procedimentos metodológicos – 3 O poder legiferante e as leis de proteção para mulheres trans – 4 A influência do descaso legislativo no exercício dos direitos fundamentais pelas mulheres trans – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são considerados direitos protetivos, que, em essência, servem para proteger o indivíduo para que ele possa existir dentro de uma sociedade administrada pelo poder estatal de forma digna (Fachini, 2022). Eles constituem núcleo inviolável de uma sociedade política, assegurando a dignidade da pessoa humana, não devendo somente serem reconhecidos formalmente, porém, concretizados materialmente de maneira rotineira pelo poder público (Pinto, 2009).

Outrossim, na Constituição Federal de 1988, encontra-se previsto o princípio da igualdade no artigo 5º, preceituando que 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. Desse modo, o referido princípio dispõe que todos os indivíduos gozam de tratamento igualitário, vedando qualquer tratamento discriminatório oriundo da sociedade ou das leis.

Entretanto, encontra-se na marginalização e exclusão social a grande maioria da população trans, que, conseqüentemente, precisa ultrapassar diversas dificuldades no exercício da própria cidadania. Essa população encontra obstáculos no acesso à saúde, à educação, à moradia, à empregabilidade e à assistência social, dentre outros diversos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988, que assegura os referidos direitos a todos que constituem a sociedade brasileira.

Além disso, as mulheres trans de maneira particular, sofrem com a invisibilidade social e, por vezes, no âmbito jurídico, pela ausência de reconhecimento da sua existência e validação de sua identidade, o que corrobora para sua marginalização e exclusão social. Com os direitos fundamentais constituindo núcleo inviolável, devendo ser efetivados materialmente de maneira rotineira pelo poder público de forma igualitária, traçou-se as seguintes perguntas de pesquisa: Como o Poder Legislativo se posiciona em relação à proteção das mulheres trans? Sua omissão perpetua o âmbito de revitimização das mulheres trans impactando o exercício de seus direitos fundamentais? Por sua vez, o procedimento metodológico presente nessa pesquisa é o da pesquisa descritiva sobre a técnica de mineração de dados nas bases de dados do Congresso Nacional, o que possibilita responder às referidas perguntas.

A justificativa da realização dessa pesquisa é construir uma abordagem sobre o tema que seja relevante no âmbito jurídico-científico e social. Dessa forma, o presente estudo tem como objetivo geral identificar o posicionamento do Poder Legislativo no que se refere a assegurar os direitos fundamentais para o exercício da cidadania das mulheres trans. Por outro lado, os objetivos específicos são: detectar as leis federais promulgadas pelo Congresso Nacional que incluem as mulheres trans; e, em caso de omissão, como isto impacta no exercício dos direitos fundamentais desse grupo.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A construção metodológica deste artigo objetiva justamente a busca de leis federais (LF), promulgadas pelo Congresso Nacional, que auxiliem na construção de um panorama de igualdade material e equidade a partir do tratamento específico e focado em um grupo minoritário, as mulheres trans.

Para isso, foi utilizada a técnica de pesquisa com sistema de busca no sítio eletrônico Normas.leg. O critério para escolha dessa plataforma englobou a sua relevância, oficialidade

das informações e a acessibilidade aos conteúdos legislativos, a partir do redirecionamento pelo sítio eletrônico oficial do Congresso Nacional (CN), por ser o Normas.leg uma iniciativa do próprio CN para armazenamento de suas normas.

Nesse sentido, o recorte temporal adotado priorizou a busca de leis federais protocoladas desde 2019, por ser esse o período traçado pela própria plataforma: “O portal exibe a compilação estruturada das normas constitucionais, (...) e também das normas federais com força de lei publicadas a partir de 2019”.

Assim, sabendo que categoria de pesquisa com sistema de busca engloba um gênero amplo e abrangente, foi escolhida a espécie metodológica de mecanismos de busca, por serem estes “baseados no uso exclusivo de programas de computador para a indexação das páginas da *Web* (...), a pesquisa é feita por palavras-chave” (Gil, 2002, p. 75). Dessa forma, percebe-se a subsunção desse desenho metodológico aos objetivos deste estudo.

Para escolha dos descritores a serem pesquisados no *site* delimitado, fez-se uso daqueles indicados pelo DeCS (Descritores em Ciências da Saúde), plataforma da Biblioteca Virtual em Saúde, que fazem relação às mulheres trans. Essa plataforma foi escolhida para manter a cientificidade da presente pesquisa a partir do uso de descritores determinados pela comunidade científica, distanciando-se, portanto, de juízos de valor pessoais. As palavras-chave indicadas pelo DeCS (Bireme, 2013) totalizam vinte e nove (29), das quais foram excluídas as que não se referiam às mulheres trans, por ser esse o foco deste artigo. Essa exclusão resultou no total de três (03) descritores a serem utilizados para a pesquisa, correspondentes a: Mulher transexual, mulher transgênero e mulheres trans.

Por fim, destaca-se que o desenho metodológico escolhido corresponde à pesquisa com finalidade descritiva, por ter este estudo o objetivo de descrever um fenômeno e, ainda, por fazer a “utilização de técnicas padronizadas de coleta de dados” (Gil, 2002, p. 42). Ato contínuo, a técnica utilizada foi a mineração de dados, escolha que se justifica em razão do *data mining* ser “uma das alternativas mais eficazes para extrair conhecimento a partir de grandes volumes de dados, descobrindo relações ocultas, padrões e gerando regras para prever e correlacionar dados” (Galvão e Marin, 2009, p. 687).

3 O PODER LEGIFERANTE E AS LEIS DE PROTEÇÃO PARA MULHERES TRANS

Segundo doutrinadores e historiadores, Aristóteles foi o primeiro teórico a dividir o complexo das atividades estatais em três núcleos distintos, a partir do destaque de três atos complementares desenvolvidos no seio estatal: decisões do interesse comum, organização de cargos e atos judiciais. Entretanto, a revelação aristotélica não alcançou uma efetiva mudança nos paradigmas organizacionais, mesmo tendo sido o primeiro resquício do sistema tripartite de poderes do Estado (Bastos, 1999).

Partindo desse pressuposto histórico de esboçamento da divisão das atividades estatais, observa-se que foi com a retomada e o aperfeiçoamento da Teoria da Separação de Poderes por Montesquieu, em meio à Revolução Francesa de 1789, que houve a integração dessa teoria ao universo factual. A inovação trazida pelo renomado iluminista, entretanto, não reside na mera postulação e diferenciação dos atos do Estado, mas sim na determinação de que esses deveriam ser realizados por organismos distintos que se influenciassem, sendo esses organismos harmônicos e independentes entre si (Bastos, 1999):

Esses Poderes são identificados como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e Executivo das que dependem do direito civil. Sobre os dois “Executivos”, Montesquieu diz: “chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado” (Abrucio; Costa, 1998). A separação dos Poderes tem por objetivo político reparti-los entre pessoas distintas, para, por esse meio, impedir a concentração, adversária potencial da liberdade (Mendes,

2021, p. 64).

Dessa forma, percebe-se o esboço da função típica dos três poderes do Estado, moldes que perpetuam até os tempos hodiernos: ao Executivo, há a incumbência da função típica de administrar o Estado, ao Judiciário a de julgar e, por fim, ao Legislativo é atribuído o encargo típico de elaborar leis, bem como de fiscalizar.

Nesse sentido, Montesquieu (1748) também utilizou de sua obra para caracterizar a função social inerente ao espírito das leis em meio à democracia, de forma a destacar que o ordenamento legal democrático deve romper com resquícios de legislações antigas já revogadas quando eivadas e resultantes em desigualdade.

Para o pensador iluminista responsável por determinar aspectos organizacionais que perpetuam nos desenhos da democracia moderna e contemporânea, o regime democrático se sustenta a partir de suas bases na igualdade formal. Ainda, deixar de estabelecer documentos legais para manutenção da igualdade tem como consequência direta um quadro de desigualdade material, que “entrará pelo lado que as leis não tiverem protegido e a república estará perdida” (Montesquieu, 1748, p. 56). Tendo em vista que, nos ditames assim propostos, o encargo de elaborar leis foi atribuído ao Poder Legislativo como função típica, se faz destacar que esse panorama de corrupção do sistema deve ser evitado pelos parlamentares devidamente constituídos.

Nesse diapasão histórico, leva-se em consideração o plano em que foi traçada a origem da função legislativa e seus moldes nos termos que esses são ainda exercidos em paradigmas atuais, em razão da herança prevalentemente iluminista do Direito brasileiro.

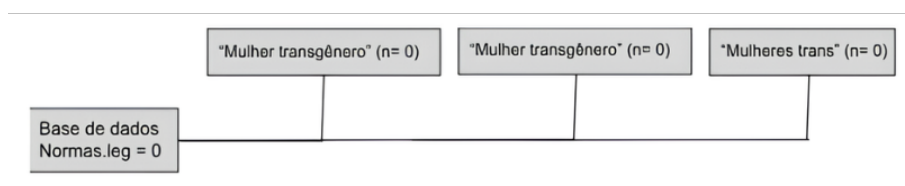
Em segundo plano, traz-se à luz um problema no qual se encontra imersa a população brasileira. Conforme é destacado por Silva *et al.* (2021), a violência de gênero contra mulheres trans é uma realidade concreta resultante de um quadro de dupla vitimização e opressão, isto é, da violência de gênero e da transfobia. Além disso, ressaltam-se os dados que posicionam o Brasil ao centro dessa problemática, visto que “78,8% dos assassinatos de pessoas transgênero e não conformes de gênero, no mundo, ocorrem na América Latina e no Caribe” (Silva *et al.*, 2021, p. 5).

Diante desse contexto revitimizador e desigual, a presente pesquisa buscou justamente encontrar as atividades legislativas que buscam garantir proteção e amparo específico às mulheres trans, tendo em vista o papel do Poder Legislativo na concretização legal e positiva de direitos de todos os cidadãos brasileiros, mas, principalmente, daqueles que, por fazerem parte de uma minoria, necessitam de maior atenção para que seja alcançado um quadro de equidade no presente país:

O Estado Democrático de Direito, em seu sistema de direitos fundamentais, deve estar apto a possibilitar o reconhecimento das minorias, assim como fomentar ações afirmativas para a sua inclusão social, além do respeito a sua integridade física e moral (Balestero, 2011, p. 6).

Assim, foi realizada a pesquisa com as técnicas previamente explicitadas acerca de leis federais promulgadas e vigentes que continham o termo “mulher transexual”, a qual culminou em zero resultados. Continuamente, a pesquisa pelo termo “mulher transgênero” obteve também uma inexistente quantidade de correspondentes na plataforma. Por fim, esse cenário se repetiu em relação à terceira palavra-chave delimitada, “mulheres trans”, conforme ilustrado na Figura 01.

Figura 01: Leis Federais voltadas às mulheres trans, 2024



Fonte: Elaborada pelas autoras, 2024.

Em comparativo, os documentos legais que acobertam os direitos e garantias para as pessoas transgênero em geral, sem o recorte de gênero feminino, também se reputam escassos, sendo mais recorrentes em instrumentos de cunho administrativos, isto é, diversos da lei e fruto do exercício do Poder Executivo.

Nessa conjuntura, em nível federal, cabe citar o Decreto de n.º 8.727/2016, que regulamenta o uso do nome social por pessoas trans e travestis, assim como o reconhecimento de sua identidade de gênero no tocante à administração pública, autárquica e fundacional (Brasil, 2016). Ato contínuo, também importa destacar a criação, pela Medida Provisória n.º 2216-37, de 2001, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) (Mourão, 2018). Por fim, ressaltam-se as treze Resoluções de diversos órgãos federais acerca dos direitos de pessoas transgênero, em conjunto com sete Portarias e uma Circular (Rocha, 2023).

Quanto à atuação do Poder Judiciário, destaca-se que, em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, decidiu que é direito das pessoas trans alterarem seu nome e gênero nos registros civis, sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual ou autorização judicial. A decisão proferida pela Corte foi embasada no princípio do respeito à dignidade da pessoa humana contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira.

No mesmo sentido, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a aplicação da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006) em casos de violência doméstica ou familiar realizados contra mulheres transgênero. A justificativa construída na tese do STJ é embasada na natureza da legislação abordada, a qual utiliza em seu recorte a violência em razão do gênero feminino e, portanto, não havendo a restrição ao sexo biológico (STJ, 2023).

Sabendo-se que a Constituição Federal se sustenta sob o princípio da igualdade e veda a discriminação em razão do sexo, percebe-se que os julgados dos tribunais brasileiros têm cada vez mais utilizado desses princípios basilares para interpretar a lei posta em favor da igualdade de gênero e, também, de sexo, mesmo quando o recorte legal não é específico para mulheres trans.

Contudo, no tocante ao Poder Legislativo, percebe-se um atraso que pode ser atribuído à frente realizada por movimentos religiosos dentro do parlamento: “Devido a oposições de bancadas religiosas, grande parte dos direitos humanos LGBTs, são conquistados, no âmbito federal, apenas no Executivo e Judiciário” (Mourão, 2018, n.p).

Conclui-se, portanto, que há um quadro de omissão legislativa, quanto às leis federais, de proteção e auxílio às pessoas transgênero, ainda mais acentuado em relação às mulheres trans. Reforçando o atual contexto brasileiro de exclusão e violência social.

Nesse contexto, cabe relacionar o atual panorama de inércia parlamentar com a teoria dos subsistemas políticos. De acordo com essa doutrina, a elite, que compõe o Poder Legislativo, busca aprovar leis que beneficiem o grupo dominante, omitindo-se quanto aquelas que afetam e beneficiam minorias representativas.

Os subsistemas políticos são conduzidos por grupos específicos conceituados por Dahl (1970) como elites – que competem entre si e influenciam as decisões políticas –, especializadas em áreas específicas do conhecimento, tais como saúde, educação, segurança pública, entre outras. Na competição entre elites, realizam-se estrategicamente trocas de evidências factuais e de argumentos de modo a concretizá-los em programas governamentais (Thombka; Pinto, 2022, p. 44).

Outra inferência do estudo demonstrado manifesta-se exatamente quanto à representação de mulheres trans no Congresso, que se faz essencial para que mais leis sejam por elas propostas e protagonizadas. Infelizmente, dado ao obstáculo da violência de gênero e da transfobia no Brasil, poucas são as mulheres trans que foram eleitas para compor o Congresso Nacional em 2022, totalizadas em apenas duas, ambas deputadas federais (Agência Senado, 2022).

Essa representatividade legislativa é abordada por Höhmann (2020), o qual aponta que, à medida que as questões de gênero forem colocadas em pauta por parlamentares mulheres, os homens iriam se introduzir às pautas feministas, passando a auxiliar e aderir positivamente nessa luta, havendo, assim, o “transbordamento positivo” em meio parlamentar. Nesse sentido, pode-se utilizar desse ensinamento para destacar que situação análoga se aplica, também, às mulheres trans quanto a sua necessária representatividade no Congresso Nacional.

4 A INFLUÊNCIA DO DESCASO LEGISLATIVO NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELAS MULHERES TRANS

O Estado Democrático de Direito brasileiro se constituiu pela evolução do Direito Constitucional, fruto, em grande parte, da inclusão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. De acordo com Masson (2022), esses direitos cumprem a função de proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos dos cidadãos. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, preceitua direitos fundamentais para construção e exercício dos demais direitos inseridos no ordenamento jurídico. Sobre os direitos fundamentais, Barroso (2023), proclama que “são a reserva mínima de justiça de uma sociedade, em termos de liberdade, igualdade e acesso aos bens materiais e espirituais básicos para uma vida digna”.

Entretanto, a previsão desses direitos fundamentais na Carta Magna não é suficiente, pois sua materialização depende de políticas públicas adequadas. *A priori*, a partir da promoção de políticas públicas, os cidadãos poderão gozar de benefícios disponibilizados como segurança, educação, saúde e entre outros, além de contribuir no controle da desigualdade social. Esses direitos fundamentais protegem a dignidade humana do sujeito e a sociedade contra arbitrariedades do poder.

Apesar das decisões proferidas pelos tribunais e as legislações elaboradas a nível estadual, é possível observar que as mulheres trans brasileiras continuam sofrendo violações nos seus direitos fundamentais e quando passam a judicializar esses casos, por vezes recebem decisões negativas por parte do judiciário local corroborando num quadro de revitimização dessas mulheres. Na maioria dos casos, nem chegam a judicializar pois não são acolhidas e nem tem a violação dos seus direitos reconhecida pelas autoridades responsáveis, o que reflete diretamente na subnotificação que é denunciada pelas organizações comprometidas com a luta da população trans no país. Por isso que, pela falta de regulamentação disciplinada à nível federal, essas mulheres persistem em estado de vulnerabilidade e continuam na busca da garantia dos seus direitos.

Essa omissão anteriormente observada causa grande impacto na vida das mulheres trans brasileiras. Sem uma previsão legal sólida, essas mulheres seguem em estado de vulnerabilidade diante das situações de violência e de acesso aos seus direitos fundamentais, uma vez que, sendo o Brasil um país líder em casos de transfobia, até os direitos mais básicos como segurança,

educação e emprego são negados a essa parcela da população.

Infelizmente, os dados sobre a magnitude desse impacto não são totalmente precisos, haja vista que, muitos dos casos de violências sofridas são subnotificados pelas autoridades competentes, como aponta a Rede Trans Brasil, através do dossiê produzido sobre os registros de assassinatos e violações de direitos humanos contra pessoas trans no Brasil em 2022:

[...] existe uma subnotificação destes dados, uma vez que os órgãos oficiais do governo não se propõem a realização de nenhuma pesquisa a respeito de nossa comunidade. [...] De fato, não existe um órgão governamental na área da segurança pública, sistema de saúde ou Ministério/Secretaria voltados aos direitos humanos, até 2022, que fizesse este tipo de levantamento, levando-nos a entender que existe uma transfobia institucional, pelo desinteresse de se criar ferramentas para este monitoramento (Araújo; Nogueira; Cabral, 2023, p. 10).

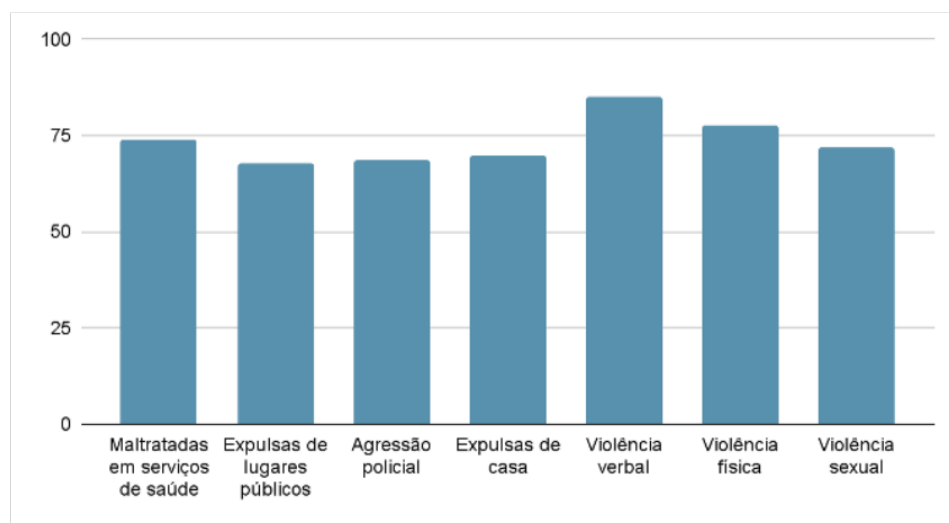
Apenas em 2023, o IBGE passou a coletar dados referentes à identidade de gênero em escala nacional e, até a data da elaboração do presente estudo, esses dados não foram divulgados. Entretanto, a Rede Trans Brasil publicou em 2022 um censo realizado em dez capitais brasileiras com a finalidade de esboçar um perfil sociodemográfico da população travesti, transexuais, mulheres transexuais e mulheres travestis no Brasil.

Em relação à escolaridade, os dados obtidos pela Rede Trans Brasil apontam que 64,3% das entrevistadas foram expulsas de instituições educacionais, 64,1% não possuem ensino médio completo e 33,9% delas não chegaram nem a concluir o ensino fundamental. O que reflete da falta de políticas públicas voltadas a permanência dessas mulheres trans e travestis nas escolas e no ensino superior, visando garantir o ingresso no mercado de trabalho formal e prevenindo uma vulnerabilidade financeira e a entrada na prostituição. Mas, para além das políticas públicas, é preciso que exista uma fiscalização direta por parte dos órgãos públicos para que essas políticas sejam realmente efetivas e essas mulheres não sejam reféns do preconceito enraizado no nosso país.

Segundo esse mesmo censo, 89,5% das mulheres transexuais e travestis são profissionais do sexo, o que mostra o abismo entre o ideal do acesso ao emprego digno da realidade enfrentada por essas mulheres. Diariamente, essas mulheres, assim como toda a comunidade LGBTQIA+, são alvos de preconceito e discriminação dentro de ambientes corporativos, entre as violações sofridas podemos apontar: exclusão nos processos de seleção, piores condições de trabalho e assédio moral. Isso fica claro quando observamos que 78,7% relataram sentir-se discriminadas na busca de emprego e que 71,5% já sofreram discriminação ou foram demitidas de um emprego.

A Rede Trans Brasil em seu relatório de 2022 apresenta dados sobre a discriminação e violência apontam que: 74,1% das entrevistadas já foram maltratadas em serviços de saúde; 67,7% já foram expulsas de lugares públicos; 68,7% sofreram agressões por parte de policiais; 69,8% foram expulsas de suas casas; 85,1% já sofreram algum tipo de violência verbal, 77,8% violência física, e 72,1% violência sexual. Esses números só confirmam o panorama observado e denunciado diariamente por essas mulheres e toda a comunidade trans do nosso país. Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA) a expectativa de vida de uma mulher trans é de 35 anos, 40,5 anos a menos do que a expectativa de vida do brasileiro calculada pelo IBGE, que é 75,5 anos.

Quadro 01: Discriminação e violência contra mulheres trans



Fonte: Rede Trans Brasil, 2022.

Os dados anteriormente apresentados pelo Quadro 1 apresentam um cenário de violação dos direitos fundamentais dessas mulheres que, assim como toda a população brasileira, devem ser garantidos para que se tenha uma existência digna e que o Estado dê as condições para tal. Sua previsão legal está disciplinada no art. 6º da Constituição Federal brasileira:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Brasil, 1988).

Ademais, observa-se a violação de um princípio constitucional de suma importância para a sociedade e o Estado, o princípio da dignidade da pessoa humana consolidado no art. 1º, inc. III da Constituição Federal, ao qual vai conceder unidade de direitos e garantias fundamentais, sendo intrínsecos ao ser humano e no qual afasta a ideia de predomínios de concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em desfavor da liberdade individual (Moraes, 2020). Sendo assim, fica evidente que as mulheres trans no Brasil não possuem legislação à nível federal que possam protegê-las de maneira específica, nem tem seus princípios e garantias constitucionais respeitados.

É estarrecedor o descaso por parte do Poder Legislativo federal em mudar essa realidade e ver o judiciário como principal solucionador das questões denunciadas por essas mulheres. Rocha (2023) entende que, apesar dos avanços jurídicos conquistados, não existe a mesma apreciação por parte do Poder Legislativo brasileiro, que atualmente ganha traços refratários. Pode-se observar que esta retrocessão nas pautas relacionadas às mulheres trans, a partir da ascensão de setores políticos de orientação ultraconservadora na política nacional, juntamente com o seu discurso anti-trans, que prejudica e retrocede as discussões sobre as pautas de inclusão tanto dentro do Senado Federal, quanto nos debates públicos com a população.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a evolução política brasileira observa-se o desenrolar da luta pela garantia dos direitos fundamentais contidos no nosso ordenamento jurídico pátrio, através da Constituição Federal, que, infelizmente, nunca contemplou toda a população. De maneira especial, testemunha-se a luta da comunidade trans para a obtenção desses direitos por meio de suas reivindica-

ções junto ao poder legiferante nacional.

Através da pesquisa realizada, não foi identificada nenhuma lei federal cujo conteúdo fosse voltado à proteção e/ou inclusão de direito das mulheres trans no âmbito da sociedade civil, sendo a mineração de dados nas bases de dados do Congresso Nacional o método de pesquisa utilizado. O que temos atualmente no país são decretos, decisões judiciais e legislações estaduais que versam sobre o direito de mulheres trans, porém, elas ainda não possuem a mesma força legal que uma lei federal possui, tão pouco conseguem proteger essas mulheres das violações cotidianas experimentadas, causando assim uma desconformidade legal entre os estados, já que para cada um deles existem ou não leis específicas voltadas a proteção dos direitos das mulheres trans. Então o que acontece é que, a depender do estado onde uma mulher trans reside ela pode ou não ter alguma proteção jurídica especializada, o que é inadmissível quando observa-se o princípio da isonomia presente no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira.

Os dados apresentados durante o estudo fornecem um panorama importante para discussão sobre a situação enfrentada pelas mulheres trans. É possível visualizar níveis altíssimos de violência sofrida por essas mulheres, bem como a prática da prostituição como única opção de fonte de renda, juntamente com o grande índice de mulheres trans que não possuem nem o ensino fundamental completo. Esse cenário limita as possibilidades de inserção no campo econômico e social deste grupo, sendo reflexo direto do descaso deste poder estatal em garantir proteção e condições de vida digna às mulheres trans do país.

As violações apresentadas ferem diretamente o princípio constitucional de isonomia disciplinado no seu art. 5º, *caput*, pois a sua identidade de gênero é fator determinante para a ocorrência de discriminação e outros crimes sofridos pelo grupo. Foi possível também vislumbrar a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, basilares para a vivência social de todos os cidadãos brasileiros e que foram consolidados no nosso ordenamento pátrio através da nossa Constituição Federal de 1988 nos artigos 1º, inc. III e 6º *caput*.

Neste sentido, conclui-se que existe uma omissão legislativa por parte do poder legiferante federal, que propicia e provoca uma maior vulnerabilidade dessas mulheres na concretização de seus direitos fundamentais, perpetuando assim o ciclo de discriminação e violência, através da revitimização no âmbito jurídico para além da transfobia já sofrida no cotidiano. A partir deste cenário, entende-se que, na ausência de leis e políticas públicas diretamente voltadas para a garantia do pleno gozo de seus direitos, as mulheres trans brasileiras acabam invisibilizadas, excluídas e marginalizadas perpetuando, assim, um ciclo de violência sem fim.

O presente estudo se encontra limitado pelo seu objeto de estudo e metodologia, porém, sendo esse um tema de grande relevância no debate acadêmico e social, é possível vislumbrar a elaboração de futuras pesquisas voltadas a um mapeamento dos projetos de leis que estão atualmente tramitando no Congresso Nacional voltados à proteção e garantia de direitos as mulheres trans, bem como um levantamento sobre a inserção dessas mulheres nas casas legislativas brasileiras, e ainda fazer uma análise a nível nacional da eficácia das políticas públicas vigentes direcionadas às mulheres trans.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Tathiane Aquino; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim; CABRAL, Euclides Afonso. Registro Nacional de Assassinatos e Violações de Direitos Humanos das Pessoas Trans no Brasil em 2022. **Série Publicações Rede Trans Brasil**, 7ª. ed. Aracaju: Rede Trans Brasil, Uberlândia: IBTE, 2023. Disponível em: <DOSSIÊ 2023.pdf - Google Drive>. Acesso em: 15 jan. 2024.

BALESTERO, Gabriela Soares. O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 11, n. 123, p. 05-16, 2011. Disponível em: <<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/12331>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

BARROSO, Roberto. **Na posse, Barroso exalta Constituição, democracia e direitos fundamentais**. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-set-28/barroso-exalta-constituicao-democracia-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 24 fev. 2024.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BENASSI, Maria Laura Damasceno; FRANÇA, Fabiane Freire; COLAVITE, Ana Paula. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO TRANS NO BRASIL: UM ESTADO DA ARTE (2013-2019). **Revista Humanidades & Inovação**, Palmas, TO, v. 58, p. 25-39, 28 jan. 2022. Mensal. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/5439>>. Acesso em: 18 jan. 2024.

BENEVIDES, Bruna G.; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais). Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022 – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023. Disponível em: <[dossieantra2023.pdf \(wordpress.com\)](#)>. Acesso em: 15 jan. 2024.

BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. O Ministério Público e a Tutela dos Direitos à Igualdade e à Diversidade como Condição de Cidadania para a Pessoa com Deficiência, a partir da Inclusão Escolar. In: EDUCAÇÃO, Ministério da. **III Seminário Nacional de Formação de Gestores e Educadores – Educação Inclusiva: direito à diversidade**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2006. Cap. 10. p. 259-265.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2024.

_____. **Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Decreto n.º 8.727, de 28 de Abril de 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8727-28-abril-2016-782951-publicacaooriginal-150197-pe.html>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

FACHINI, Tiago. **Direitos e garantias fundamentais: conceito e características**. 2023. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/blog/o-que-sao-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

GALVÃO, Noemi Dreyer; MARIN, Heimar de Fátima. Técnica de mineração de dados: uma revisão da literatura. **Acta Paulista de Enfermagem**, v. 22, p. 686-690, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

HÖHMANN, Daniel. When do men represent women's interests in parliament? How the presence of women in parliament affects the legislative behavior of male politicians. **Swiss Political Science Review**, v. 26, n. 1, p. 31-50, 2020. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley>>.

com/doi/full/10.1111/spr.12392>. Acesso em: 17 jan. 2024.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tábuas Completas de Mortalidade**. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: Tábuas Completas de Mortalidade | IBGE. Acesso em: 10 jan. 2024.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2022, p. 1152.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** - 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirit of Laws**. Kitchener: Batoche Books, 2001. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4908>. Acesso em: 23 fev. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** - 36. ed. - São Paulo: Atlas, 2020, p. 79.

MOURÃO, Daniela Cardozo. Artigo: **Os direitos de transgêneros - direito de existir**. 2018. Texto de professora do Departamento de Matemática da Unesp de Guaratinguetá. Disponível em: <<https://www2.unesp.br/portal#!/noticia/31511/artigo-os-direitos-de-transgeneros---direito-de-existir/>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

NORMAS.LEG.BR: **Legislação Federal**. [S. l.], 1 jan. 2013. Disponível em: <<https://normas.leg.br/busca>>. Acesso em: 17 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. BIREME (Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde). Mulheres trans. In: **Descritores em Ciências da Saúde**. [S. l.], 1 jan. 2013. Disponível em: <https://decs.bvsalud.org/ths/resource/?id=55143&filter=ths_termall&q=mulher%20trans>. Acesso em: 17 jan. 2024.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos fundamentais- legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade. **Revista de Direito**, [S.I.], v. 79, p. 01-12, 13 set. 2010.

ROCHA, Rachel Macedo. Pessoas trans e os direitos humanos: o direito a ter direitos. BEPA. **Boletim Epidemiológico Paulista**, v. 20, p. 1-20, 2023.

SENADO FEDERAL. **Congresso terá mulheres trans, indígenas e trabalhadores sem-terra**. Brasil: Agência Senado, 3 out. 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/10/03/congresso-tera-mulheres-trans-indigenas-e-trabalhadores-sem-terra>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

SILVA, Izabel Cristina Brito da *et al.* A violência de gênero perpetrada contra mulheres trans. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 75, p. e20210173, 2022. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/reben/a/RnNr3PFBcwc9YhTx9VF8bLn/?lang=pt>>. Acesso em: 19 jan. 2024.

SOUZA, Dediane; ARAÚJO, Tathiane. Reflexões sobre os dados do censo trans: sem motivos para orgulho: diálogos e análises do contexto socioeconômico de mulheres travestis e transexuais no Brasil. [S. I.]: **Redetrans Brasil**, 2020. p. 52. Disponível em: <REDE-TRANS_Censo-Trans-2020-publicacao.cdr>. Acesso em: 15 jan. 2024.

STJ, Portal do (org.). **Sexta turma estendeu proteção da Lei Maria da Penha para mulheres trans**. 2023. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/29012023-Sexta-Turma-estendeu-protecao-da-Lei-Maria-da-Penha-para-mulheres-trans.aspx>>. Acesso em: 23 fev. 2024.

TROMBKA, Ilana; PINTO, Henrique TV Salles. Diversidade e políticas públicas no Congresso Nacional: um estudo de caso do processo legislativo de combate à violência contra as mulheres. **Revista de Informação Legislativa**, v. 59, n. 235, p. 43-59, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p43>. Acesso em: 17 jan. 2024.

ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO E DO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS: RETÓRICA OU REALIDADE?

CRITICAL ANALYSIS OF THE CONCEPT AND DISCOURSE REGARDING HUMAN RIGHTS: RHETORIC OR REALITY?

Sophia Landgraf Malvezzi

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise das múltiplas interpretações do conceito e do discurso dos Direitos Humanos, que coexistem e frequentemente divergem na sua definição em cortes e instâncias jurídicas. Além disso, foram abordadas as características de vagueza, generalidade, disparidade, reducionismo, circularidade, insuficiência e seletividade presentes nos Direitos Humanos. No contexto dessas divergências conceituais, emergem indagações e críticas cujo propósito é enfatizar a importância de proteger os Direitos Humanos de maneira concreta e efetiva, indo além de meros conceitos abstratos. Este artigo tem como principal objetivo destacar a urgente necessidade de aprimorar a proteção e a aplicação dos Direitos Humanos em nossa realidade atual. Para alcançar esse propósito, empregou-se um método de pesquisa qualitativa e descritiva, recorrendo à análise documental e bibliográfica, com a coleta de dados provenientes de livros, artigos e revistas jurídicas. Esta abordagem visa lançar luz sobre um tema de grande relevância e complexidade, contribuindo para uma compreensão mais profunda e clara das questões que envolvem os Direitos Humanos em nossos tempos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Conceito. Discurso. Crítica.

Abstract: *This article's goal is to make an analysis of the multiple interpretations of the concept and discourse of Human Rights, which coexist and frequently diverge on their definitions in Courts and judicial instances. Beyond that, the characteristics of vagueness, generality, disparity, reductionism, circularity, insufficiency, and selectiveness which are present in Human Rights were approached. In the context of these conceptual divergences, criticism emerges with the purpose of emphasizing the importance of the protection of Human Rights in a concrete and effective manner, going beyond mere abstract concepts. This article's main goal is to emphasize the urgent need to improve the protection and application of human rights in our current reality. In order to reach this purpose, the research method utilized was qualitative and descriptive, utilizing documental and bibliographic analysis, collecting data from books, articles and juridic magazines. This approach aims to bring light to a theme of great relevancy and complexity, contributing to a deeper and clearer understanding of the subjects regarding human rights in our times.*

Keywords: *Human Rights. Concept. Discourse. Review.*

Sumário: 1 Introdução – 2 Direitos Humanos: Existe Um Conceito? – 3 Os Direitos Humanos: Uma Noção Abstrata e Amplamente Aplicável – 4 Circularidades e Disparidades nos Discursos – 5 Abordagens Simplistas, Limitações e Seletividade – 6 A Construção a partir da ideia de dignidade – 7 A Formação e Estabelecimento das Cortes – 8 A Ubiquidade dos Direitos Humanos e a Proliferação das Normas de Proteção – 9 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O avanço e a ampliação da consciência humana têm evoluído de forma paralela à me-

lhoria das condições de vida dos seres humanos. Os progressos nesse caminho são resultado dos esforços contínuos das gerações que se sucedem ao longo do tempo. Ao se analisar esse fenômeno, percebe-se o cultivo e o enriquecimento dos valores autênticos, promovendo, assim, a solidariedade entre os indivíduos. Para além das instituições estatais e do mercado, os quais são a muito bem disciplinadas pelo ordenamento jurídico, é fundamental buscar a supremacia dos valores mais elevados, os quais têm a capacidade de orientar de maneira mais adequada as ações humanas e satisfazer as elevadas aspirações da humanidade. É importante ressaltar que o Estado existe para servir às necessidades e interesses dos indivíduos que o compõem, e não o contrário.

Em linhas gerais, como se extrai de variadas declarações consagradas, os Direitos Humanos constituem um conjunto de normas destinadas a reconhecer e salvaguardar a dignidade de todos os seres humanos, com a finalidade de promover uma coexistência harmoniosa entre os indivíduos que coabitam em sociedade, evitando que estes prejudiquem a integridade física, moral e psicológica uns dos outros. Adicionalmente, impõem aos governos a obrigação de assegurar o cumprimento dessas normas, com vistas a preservar a convivência pacífica dos grupos que compõem a sociedade. Da mesma forma, a legislação impede que o próprio Estado empreenda ações que possam infringir os princípios fundamentais dos Direitos Humanos.

Muitos questionamentos podem ser feitos em relação ao debate da inconsistência do discurso e definição dos Direitos Humanos. Assim, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial para o ordenamento jurídico a observância rigorosa dos tratados e pactos internacionais celebrados entre Estados, particularmente no contexto da condução de procedimentos judiciais nos tribunais nacionais.

No cenário jurídico contemporâneo, a constante evolução tecnológica apresenta desafios que demandam revisões e aprimoramentos constantes dos instrumentos legais de proteção dos Direitos Humanos. Por exemplo, o surgimento e a rápida disseminação de tecnologias como a inteligência artificial levantam questões legais complexas, como a proteção da privacidade, a responsabilização por decisões algorítmicas e a garantia de direitos em ambientes digitais, compreendendo-se como necessárias adaptações legislativas e jurisprudenciais ágeis e precisas.

Além disso, a interconexão global e os movimentos migratórios em larga escala desafiam fronteiras e ampliam o escopo das responsabilidades dos Estados na proteção dos Direitos Humanos. Nesse contexto, tratados e convenções internacionais ganham relevância como instrumentos jurídicos que estabelecem padrões mínimos de proteção e cooperação entre Estados, enquanto organizações internacionais e ONGs desempenham um papel fundamental na fiscalização e no monitoramento do cumprimento desses compromissos, traduzido em um arcabouço jurídico transnacional.

Por outro lado, questões emergentes como justiça ambiental, igualdade de gênero e proteção de minorias requerem abordagens jurídicas específicas e adaptadas à realidade de cada comunidade e região. A aplicação eficaz dos princípios de Direitos Humanos nessas áreas exige não apenas a promulgação de leis, mas também políticas públicas inclusivas, mecanismos de fiscalização e conscientização social, fortalecendo assim a proteção legal de grupos historicamente marginalizados ou vulneráveis.

Destarte, a efetivação dos Direitos Humanos no contexto jurídico atual requer uma abordagem multidisciplinar e proativa, que integre avanços tecnológicos, cooperação internacional e adaptações legislativas às demandas emergentes da sociedade. O compromisso com a proteção da dignidade humana e a promoção da justiça deve ser uma constante na interpretação e aplicação das leis, garantindo que os direitos fundamentais sejam respeitados e protegidos em todas as circunstâncias.

No contexto desta análise, emerge como a questão central a seguinte indagação: até que ponto o discurso em torno dos Direitos Humanos traduz-se em realidade, ou se trata, meramente, de retórica vazia? Em meio a essa considerável incerteza, é imperativo que a sociedade permaneça vigilante, a fim de evitar que a retórica vazia despoje esses direitos de seu significado

e importância.

Apesar da falta de uniformidade no entendimento e na abordagem dos Direitos Humanos, é inquestionável que esses conceitos não podem ser abandonados ou desconsiderados. Sendo assim, torna-se premente a necessidade de implementar eficazes mecanismos que assegurem a proteção concreta desses direitos, de modo a impedir que a salvaguarda da dignidade humana seja reduzida a um mero clichê e enfraquecida em sua essência.

2 DIREITOS HUMANOS: EXISTE UM CONCEITO?

Os Direitos Humanos são normas jurídicas que protegem a dignidade de todos os seres humanos, regulando suas relações na sociedade e estabelecendo as responsabilidades do Estado em relação a eles.

Os Direitos Humanos são universais e inalienáveis. Todas as pessoas em todo o mundo têm direito a eles. A pessoa humana, na qual eles residem, não pode renunciá-los voluntariamente. Nem outros podem retirá-los dela (Hausen; Launiala, 2015, p. 15). Conforme declarado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

A universalidade implica que esses direitos são aplicáveis a todas as pessoas, sem exceção. A inalienabilidade estabelece que esses direitos são inerentes à condição humana e não podem ser renunciados ou negociados. Esses princípios asseguram a natureza fundamental, indivisível e inviolável dos Direitos Humanos, transcendendo diferenças culturais ou políticas. Eles constituem a base para a proteção dos direitos fundamentais em escala global.

Nos termos da Declaração de Viena de 1993, em seu § 5º, “Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase”.

Os Direitos Humanos estão incorporados no Direito Internacional e dão origem a diversas categorias. Em primeiro lugar, os Direitos Cíveis e Políticos englobam as liberdades individuais, como a liberdade de expressão, liberdade religiosa, direito à vida, direito à privacidade, direito a um julgamento justo, entre outros. Por outro lado, os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais abrangem o direito à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho digno, à alimentação adequada, ao acesso à cultura e à participação na vida cultural da comunidade. Por fim, os Direitos Coletivos e de Solidariedade incluem o direito à autodeterminação, os direitos dos povos indígenas, o direito à paz, o direito a um ambiente saudável, entre outros.

Referindo-se ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pode-se afirmar que:

A proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Orientado essencialmente à proteção das vítimas, reais (diretas e indiretas) e potenciais, regula as relações entre desiguais, para os fins de proteção, e é dotado de autonomia e especificidade própria (Trindade, 2007, p. 210).

O conceito de bem comum, tanto no âmbito nacional quanto internacional, está inextricavelmente vinculado ao bem-estar e à qualidade de vida dos indivíduos que compõem essas comunidades. Desse modo, a realização e a manutenção do bem comum dependem diretamente da prosperidade e da satisfação das necessidades fundamentais de cada membro da sociedade ou da coletividade global.

Assim sendo, o bem comum não se configura como uma abstração, mas sim como um princípio orientador essencial que se propõe a garantir a equidade social e a prosperidade coletiva em todas as esferas da sociedade, independentemente de serem estas de âmbito local,

nacional ou global.

É importante destacar que os Direitos Humanos não permanecem fixos, mas, em vez disso, são flexíveis e buscam continuamente se adaptar às mudanças sociais, culturais e políticas. Isso é feito com o objetivo de assegurar a proteção e promoção dos direitos de todos os seres humanos. A amplitude do conceito de Direitos Humanos visa, sobretudo, fortalecer e preservar os progressos já alcançados, uma vez que a história registra momentos em que a humanidade negligenciou esse conceito e falhou na proteção dos Direitos Humanos.

Conforme observado por Trindade (2007, p. 218), os Direitos Humanos são os “direitos inerentes a todo ser humano e a ser protegidos em todas e quaisquer circunstâncias”. A complexidade reside em identificar quais são esses “direitos inerentes ao ser humano” e definir o que está abarcado pelo amplo espectro da frase “em todas e quaisquer circunstâncias”.

A Assembleia Geral das Nações Unidas desempenhou um papel vital na consolidação e promoção dos Direitos Humanos em escala global. Um dos momentos mais significativos foi a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948. Este documento pioneiro foi o primeiro a estabelecer de forma abrangente os direitos essenciais a que todos os indivíduos têm direito. A DUDH foi elaborada como resposta às atrocidades presenciadas durante a Segunda Guerra Mundial e tem como objetivo servir como um padrão moral e jurídico para a proteção dos direitos fundamentais de todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade, etnia, gênero, religião ou outras características. Este documento estabelece os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que devem ser respeitados e protegidos por todos os países.

Além disso, a Organização das Nações Unidas (ONU) e sua Assembleia Geral desempenharam um papel fundamental na criação de tratados, convenções e mecanismos para garantir e promover os Direitos Humanos. Exemplos notáveis incluem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que entrou em vigor em 1976 e visa proteger os direitos civis e políticos das pessoas, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1976, que se concentra nos direitos econômicos, sociais e culturais.

A Assembleia Geral também estabeleceu vários órgãos, incluindo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, com o objetivo de monitorar e promover o cumprimento dos Direitos Humanos pelos países membros. Esses órgãos, comitês e mecanismos internacionais dedicam-se a avaliar relatórios dos países, fornecer diretrizes e recomendações, e investigar violações dos Direitos Humanos em todo o mundo.

Existem diversos pactos e tratados internacionais relacionados aos Direitos Humanos que foram estabelecidos para proteger e garantir esses direitos em âmbito global, estabelecendo padrões e responsabilidades para os Estados signatários. Além das já mencionadas Declaração Universal dos Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, alguns dos principais incluem a o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Cada um destes tratados visa abordar e proteger aspectos específicos dos Direitos Humanos em várias regiões do mundo.

Autores como Monsalve e Román (2009) realizaram uma análise crítica minuciosa das discordâncias e tensões que cercam o conceito de dignidade humana. Eles examinaram cuidadosamente as complexidades e divergências que surgem ao se discutir esse conceito fundamental no contexto dos Direitos Humanos, destacando os desafios inerentes à sua definição e aplicação. Cumpre mencionar o seguinte conceito trago pelos autores supracitados:

O valor inerente à pessoa humana, portanto, pressupõe o respeito e proteção per-

manente pelo Estado. Não se trata de uma exigência episódica, pontual ou circunstancial. Nem mesmo o fato de alguém haver cometido um crime, por mais grave que seja, permite ou deve permitir que o Estado lhe dispa da dignidade. Reitere-se: dignidade essa que é inerente a qualquer ser humano*.

De acordo com a perspectiva de Cranston (1973), um direito humano, por sua própria natureza, é considerado um direito moral universal. Isso implica que é algo que todos os seres humanos, em todas as partes do mundo e em todas as épocas, devem possuir. É um direito intrínseco a cada indivíduo e não pode ser negado sem constituir uma séria violação da justiça. Em outras palavras, é algo devido a cada ser humano simplesmente por sua condição de ser humano. Essa visão enfatiza a universalidade e a inalienabilidade dos Direitos Humanos, sublinhando a sua importância fundamental e a sua relevância para todas as pessoas, independentemente de sua origem ou circunstâncias.

Ademais, de acordo com a classificação de Direitos Humanos como direitos, o conteúdo básico e tradicional dos Direitos Humanos são os direitos em si mesmos. Podem ser conceituados como o “direito a ter direitos” (Flores, 2009, p. 33).

Já a concepção dos Direitos Humanos como processo e dinâmica social para obtenção de direitos entende que são processos, ou seja, o resultado sempre provisório das lutas para se ter acesso aos bens necessários para a vida (Flores, 2009, p. 35). Ou ainda são processos sociais “que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito” (Flores, 2009, p. 29).

O autor Alexy (1999) define os Direitos Humanos como fundamentais, preferenciais, morais, abstratos e universais. Sendo assim, existem vários conceitos e, ao se falar de Direitos Humanos, percebe-se que as conclusões divergem a depender do autor.

À luz da definição dos Direitos Humanos redigida por Alexy (1999), torna-se evidente a complexidade inerente à sua interpretação e aplicação. De fato, ao discorrer sobre os Direitos Humanos, percebe-se uma diversidade de abordagens e conclusões que variam conforme o autor e o contexto em análise.

Entretanto, é crucial reconhecer que os Direitos Humanos encapsulam um conceito abstrato de significativa amplitude, que ultrapassa fronteiras geográficas e diferenças culturais. Portanto, apesar das discrepâncias interpretativas, esses direitos subsistem como pilares fundamentais tanto na esfera jurídica quanto ética.

3 OS DIREITOS HUMANOS: UMA NOÇÃO ABSTRATA E AMPLAMENTE APLICÁVEL

A noção de Direitos Humanos, embora seja uma pedra angular no domínio da jurisprudência e da ética, muitas vezes é percebida como um conceito vago e genérico. Estes direitos fundamentais, embora se apliquem a todas as pessoas, independentemente de sua origem ou status, frequentemente são interpretados e aplicados de maneira variada, dependendo do contexto cultural, legal e histórico em que se encontram.

Diante da alta carga de idealismo, da vagueza, da generalidade e da abstração do termo Direitos Humanos, tudo se torna passível de inclusão na sua agenda (Arifa, 2018, p. 146).

A amplitude e a abertura do conceito e do discurso, embora, em princípio, visem ao fortalecimento e à própria disseminação dos Direitos Humanos, colocando-os à disposição de todos, suscitam a dificuldade de se determinar o real alcance desses direitos. Assim, o caráter abstrato e geral, além de não impedir que, na tentativa de se fixar esse alcance, ocorra também a manipulação, sem oposições, e a perpetuação da opressão e das violações, acaba inviabilizando uma efetiva proteção dos Direitos

*MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos Direitos Humanos. SUR, v. 6, n. 11, p. 53, 2009.

Humanos (Arifa, 2018, p. 146-147).

Nesta análise, mister examinar essa característica abstrata e amplamente aplicável dos Direitos Humanos, destacando como essa ambiguidade pode influenciar sua interpretação e implementação em diferentes partes do mundo.

Com base no que vem sendo decidido nos casos apreciados pela Corte e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não é possível extrair um conceito. Pode-se, contudo, listar as questões de Direitos Humanos mais comuns e, a partir daí, construir um rol (meramente exemplificativo) do que se insere no discurso (Arifa, 2018, p. 150).

São alguns exemplos:

A violência policial marcada pelo recorte social ou racial, a superpopulação e a tortura nos sistemas penitenciários, cujas vítimas habituais são os jovens de classes populares; as práticas generalizadas de violência doméstica contra as mulheres, toleradas pelas autoridades estatais; a privação da terra e da participação política dos povos e comunidades indígenas; a discriminação da população afrodescendente no acesso à educação e à justiça; o abuso das burocracias contra os imigrantes indocumentados; os deslocamentos em massa de população rural em contextos de violência social ou política (Abramovich, 2009, p. 17).

Outro exemplo notável reside na inclusão de diversos Direitos Fundamentais em documentos internacionais, a exemplo do direito à vida, à liberdade e à segurança, que encontram sua consagração no artigo 1º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, datada de 1948. Além disso, no artigo 2º dessa declaração, é enfatizada a importância do princípio da igualdade como um direito inalienável. Da mesma maneira, é possível mencionar o direito à presunção de inocência, estabelecido no artigo 26 da mesma declaração, como um exemplo adicional de como os Direitos Humanos são abordados em instrumentos internacionais. Estes são apenas alguns exemplares entre uma ampla gama de direitos reconhecidos e protegidos dentro do âmbito dos Direitos Humanos, conforme estipulado em diversas declarações e tratados internacionais.

Sendo assim, quase tudo é passível de inclusão na agenda dos Direitos Humanos. Aliás, a sua vagueza e generalidade, embora, em princípio, vise a fortalecer e disseminar a proteção dos Direitos Humanos, disponíveis a todos, gera um grande desafio: a determinação do alcance desses direitos (Arifa, 2018, p. 150).

As obrigações de proteção dos Direitos Humanos abrangem todos os poderes e agentes dos Estados, sendo a responsabilidade internacional do Estado, não apenas do governo. Isso implica que o Poder Executivo deve tomar medidas para cumprir as obrigações convencionais, o Legislativo deve harmonizar a legislação nacional com os tratados de Direitos Humanos, e o Judiciário deve aplicar essas normas internacionais no âmbito interno.

No contexto das relações internacionais e da proteção dos Direitos Humanos, é fundamental reconhecer que o não cumprimento das obrigações estabelecidas em tratados e acordos internacionais resulta na responsabilidade internacional do Estado, independentemente das mudanças de liderança política.

Nesse cenário, é importante enfatizar o papel crucial desempenhado pelas medidas implementadas a nível nacional na promoção e no aprimoramento da proteção global dos Direitos Humanos. Frisa-se, portanto, a necessidade de preservar e fortalecer os padrões internacionais de proteção dos Direitos Humanos, assegurando que não sejam enfraquecidos ao longo do tem-

po. A interação sinérgica entre o direito internacional e o direito interno é de vital importância para garantir a proteção eficaz dos Direitos Humanos em escala global.

Ressalta-se, nesse sentido, a relevância das medidas implementadas em âmbito nacional para fortalecer a proteção global dos Direitos Humanos, em consonância com os padrões internacionais estabelecidos. Destaca-se, portanto, a necessidade de preservar e fortalecer tais padrões, garantindo sua não deterioração ao longo do tempo, por meio da interação sinérgica entre o direito internacional e o direito interno. No entanto, é crucial reconhecer as múltiplas facetas que permeiam a discussão sobre os Direitos Humanos, caracterizadas pela presença de complexidades inerentes que abrangem a variedade de interpretações, conceitos e discursos.

4 CIRCULARIDADES E DISPARIDADES NOS DISCURSOS

A questão dos Direitos Humanos envolve complexidades inerentes, incluindo circularidades e disparidades em seu conceito e discurso. Cumpre-se destacar que circularidades do discurso referem-se a padrões ou argumentos que se repetem ou retornam, muitas vezes sem resolver questões ou alcançar conclusões definitivas. Isso pode resultar em debates ou discussões que parecem voltar ao ponto inicial, sem progresso evidente. As disparidades no conceito e discurso dos Direitos Humanos, por sua vez, indicam diferenças ou inconsistências na forma como esses direitos são definidos, interpretados ou comunicados, podendo surgir devido a divergências culturais, legais ou políticas.

Essas diferenças de interpretação podem surgir devido às diversas culturas, sistemas jurídicos e contextos políticos em que os Direitos Humanos são abordados. Essa multiplicidade de perspectivas pode acarretar desafios consideráveis na busca por uma compreensão e aplicação unânimes desses Direitos Fundamentais.

A fragilidade da argumentação circular se revela problemática e evidente, pois, em última instância, torna possível o uso do discurso dos Direitos Humanos para justificar tudo. Por exemplo, que a própria paz e a convivência humana pedem que, temporariamente, não se considerem alguns membros da espécie como portadores da ficção chamada “dignidade da pessoa humana”, ou seja, é possível se valer do discurso dos Direitos Humanos para justificar qualquer coisa, mesmo as injustificáveis. Essa faceta controversa dos Direitos Humanos se manifesta, por exemplo, no debate relacionado à prisão civil do depositário infiel. Atualmente, esse tema foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) como inconstitucional, conforme a Súmula Vinculante 25, que estabelece que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. No entanto, o ministro Moreira Alves defendeu a perspectiva de que existe um direito fundamental do credor em ver seu devedor detido, e essa interpretação pode ser vista como uma discrepância na aplicação do discurso dos Direitos Humanos (Arifa, 2018, p. 152).

Soma-se à presente análise crítica o seguinte entendimento:

Um exemplo notável que ilustra a circularidade do discurso ocorre nas discussões relacionadas ao Direito Penal internacional, especialmente quando se trata da pena de morte. A pena de morte é apontada por muitos como um mecanismo de proteção dos Direitos Humanos das vítimas. Por outro lado, há quem a rechace, valendo-se do mesmo fundamento, mas sob a perspectiva do acusado (Arifa, 2018, p. 154).

Essa circularidade no discurso reflete a tensão contínua entre diferentes perspectivas sobre os Direitos Humanos e a interpretação variável desses direitos em contextos específicos. Enquanto alguns veem a pena de morte como uma forma de justiça e proteção, outros a consideram uma violação inaceitável dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos. Essa

ambiguidade destaca a complexidade e a falta de consenso em torno das questões de Direitos Humanos, e como o mesmo argumento de proteção pode ser usado de maneira divergente por diferentes atores e grupos em debates e contextos variados.

Em observância do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,

Este é indicado como uma negação dos Direitos Humanos, na medida em que permite, por exemplo, a pena de caráter perpétuo. Portanto, há a argumentação da Corte Interamericana de Direitos Humanos de que o discurso deve ser aplicado inclusive para a proteção dos acusados de crimes graves, demonstrando a circularidade do debate (Arifa, 2018, p. 155).

Soma-se ao debate o seguinte entendimento: “A natureza humana não muda pelo fato de ter cometido algum crime; o que significa que até os piores delinquentes continuam sendo seres humanos com dignidade e, por conseguinte, devem ser assim tratados pelos Estados democráticos” (Monsalve; Román, 2009, p. 53).

Portanto, é incumbência dos Estados democráticos assegurar que mesmo os criminosos mais graves sejam tratados de maneira condizente com a sua dignidade inerente, durante o cumprimento de suas penas, e que lhes seja proporcionada a oportunidade de reabilitação e reintegração na sociedade.

Essa abordagem, em conformidade com os princípios fundamentais dos Direitos Humanos, desempenha um papel fundamental na construção de sociedades justas e humanas. No entanto, é crucial evitar a simplificação excessiva das definições, o que pode comprometer a eficácia do discurso sobre Direitos Humanos diante das complexidades das diferentes realidades mundiais.

5 ABORDAGENS SIMPLISTAS, LIMITAÇÕES E SELETIVIDADE

No contexto das atuais ameaças globais, “em que se nota uma crescente vulnerabilidade dos seres humanos, nesta nova realidade mundial, sem parâmetros definidos e, portanto, tão ameaçadora, têm-se diversificado as fontes de violações dos Direitos Humanos e novas formas de discriminação e exclusão têm surgido” (Arifa, 2018, p. 156). Portanto, é evidente que o risco de insuficiência no discurso se torna notável devido à simplificação excessiva das definições.

Diante dessa realidade premente, é imperativo indagar sobre como o discurso dos Direitos Humanos tem abordado essas questões complexas. Quais estratégias e medidas têm sido implementadas pelos defensores da preeminência dos Direitos Humanos para atenuar ou resolver desafios como o desenvolvimento, a erradicação da pobreza e a proteção dos direitos dos migrantes? Estamos aqui tratando dos denominados Direitos Humanos sociais e econômicos, cuja existência, embora crucial, ainda suscita debates e controvérsias substanciais.

Ademais, é crucial destacar que a seletividade também permeia as instituições internacionais, incluindo a Organização das Nações Unidas (ONU). Um estudo conduzido pela Freedom House em 2005 revelou que seis dos dezoito governos mais autoritários do mundo, a saber, China, Cuba, Eritreia, Arábia Saudita, Sudão e Zimbábue, eram membros da antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU (SHORT, 2008) (Arifa, 2018, p. 157).

Essa constatação suscita a preocupação com a seletividade na aplicação das normas de Direitos Humanos, indicando que tais normas podem ser influenciadas por considerações políticas, econômicas ou de segurança dos Estados, frequentemente utilizadas como ferramentas de negociação.

As inquietações relacionadas à crescente vulnerabilidade das pessoas, à insuficiência do

discurso dos Direitos Humanos e à seletividade na implementação desses princípios sublinham a complexidade e a urgência de abordar as questões de Direitos Humanos em um contexto global em constante evolução. É essencial promover um debate informado e uma ação coordenada para assegurar que os Direitos Fundamentais de todos os seres humanos sejam respeitados e protegidos de maneira equitativa e imparcial.

Diante das crescentes preocupações relacionadas à vulnerabilidade das pessoas e à inadequação do discurso supracitado, é crucial uma abordagem jurídica coordenada e informada. Tal abordagem visa garantir o respeito equitativo e imparcial aos Direitos Fundamentais de todos os indivíduos em um contexto que constantemente evolui. Isso implica não apenas no cumprimento dos direitos estabelecidos legalmente, mas também no reconhecimento da dignidade intrínseca de cada pessoa, independentemente de sua posição ou situação. Essa perspectiva é essencial para a construção de sociedades justas e inclusivas.

6 A CONSTRUÇÃO A PARTIR DA IDEIA DE DIGNIDADE

A dignidade da pessoa humana é a base comumente utilizada para a construção do discurso dos Direitos Humanos. Monsalve e Román (2009, p. 41-42), ao tratar das tensões da dignidade, apresentam a seguinte tradução de trecho da obra de (Lee, 2008, p. 1):

Apesar de seu *status* preeminente no Direito Internacional e em uma grande quantidade de Constituições Políticas, a dignidade não possui ainda um significado concreto ou uma definição consistente. Essa falta de precisão costuma levar os juízes a pôr seus próprios padrões morais em meio de demandas opostas de direitos que têm possibilidades de ser consideradas como violações da dignidade. A natureza ambígua da dignidade humana se torna ainda mais problemática quando considerada de forma intercultural.

“Ora, a dignidade humana pode significar absolutamente tudo e os exemplos históricos mostram que a noção já foi utilizada para fins nada libertários ou emancipatórios” (Galindo, 2013, p. 91, *apud* Arifa, 2018, p. 160). Sendo assim, os Direitos Humanos possuem várias dimensões e conceitos, cuja base em comum é a dignidade da pessoa humana.

Contudo, é imprescindível conduzir uma análise abrangente acerca do significado subjacente ao conceito de dignidade humana, o qual é notoriamente caracterizado por sua vaguidão, flexibilidade e indefinição. Essa complexa questão tem representado um desafio intelectual ao longo da história, envolvendo filósofos de diversas vertentes, teólogos de diferentes credos e sociólogos com variadas abordagens metodológicas.

À medida que a dignidade humana foi incorporada às constituições de inúmeras nações ao longo dos anos, sua relevância ganhou destaque, especialmente no âmbito jurídico. No entanto, juristas também se deparam com desafios consideráveis ao tentar conferir substância a um conceito que, em virtude de sua interpretação ampla e uso indiscriminado na sociedade contemporânea, apresenta um conteúdo ainda mais controverso do que em períodos pretéritos.

Portanto, é da mais alta importância empreender uma análise aprofundada da evolução e das múltiplas facetas da compreensão da dignidade humana ao longo do tempo e em diferentes contextos. Tal esforço visa abordar de maneira eficaz as complexas questões relacionadas a esse conceito fundamental nos debates contemporâneos acerca dos Direitos Humanos e da ética.

Há um grande poder simbólico no discurso dos Direitos Humanos. Por diversas vezes, a proteção acaba sendo utilizada como um argumento de nobreza e de autoridade, tornando-se um mecanismo de “transformar retórica em direito” (Alston, 1984).

Assim, “a expressão humanizar os direitos, nos seus mais variados sentidos, é utilizada como retórica e com a finalidade de fazer prevalecer determinado tipo de linguagem e de norma

sobre outras” (Arifa, 2018, p. 161). Isso se reflete na busca por conferir uma abordagem mais compassiva e centrada no ser humano aos princípios e regras que regem o direito no país.

No entanto, essa abordagem pode variar significativamente de acordo com o contexto e os interesses envolvidos, o que levanta questões sobre a consistência e a eficácia dessa busca por uma maior humanização dos direitos no contexto jurídico brasileiro.

Entretanto, essa variabilidade na abordagem dos Direitos Humanos de acordo com o contexto e interesses específicos contrasta com a complexidade das instituições públicas, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Com uma multiplicidade de juízes e tribunais, cada um com suas próprias perspectivas e prioridades, alcançar um consenso universal sobre o significado e aplicação dos Direitos Humanos torna-se um desafio constante.

7 CORTES INTERNACIONAIS: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

As instituições públicas, sejam elas de caráter nacional ou internacional, desempenham um papel fundamental na promoção e proteção dos Direitos Humanos. No entanto, é importante reconhecer que essas instituições são profundamente influenciadas pelas características individuais e composições de seus membros. Neste contexto, observa-se a presença significativa de juízes e tribunais de alcance internacional, cujas atuações são orientadas por perspectivas, interesses e prioridades diversas. Essa diversidade de abordagens e interpretações torna desafiador alcançar um consenso universal sobre o significado e a aplicação dos Direitos Humanos em escala global.

Adicionalmente, alguns estudiosos argumentam que a falta de renovação e a rigidez dos conceitos associados aos Direitos Humanos contribuem para a complexidade dessas questões. A constante evolução das sociedades, juntamente com mudanças sociais, culturais e políticas, destaca a necessidade de uma abordagem dinâmica e adaptável aos Direitos Humanos. A falta de flexibilidade e atualização dos conceitos pode resultar em definições e entendimentos obsoletos ou ineficazes diante dos desafios contemporâneos.

Consequentemente, a interpretação e aplicação dos Direitos Humanos podem ser impactadas pela falta de adaptação a novos contextos e demandas. Isso ressalta a importância de uma abordagem reflexiva e progressista na formulação e implementação de políticas e legislações relacionadas aos Direitos Humanos.

Um exemplo pertinente ao tópico é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que faz parte do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. A CIDH foi estabelecida pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e é responsável por garantir a proteção dos Direitos Humanos em todos os países membros da OEA.

A CIDH recebe casos de violações de Direitos Humanos cometidas por Estados membros da OEA. Os casos podem ser apresentados por indivíduos, grupos de pessoas, Organizações Não Governamentais (ONGs) ou mesmo pelos próprios Estados. A corte analisa esses casos, ouve as partes envolvidas, examina evidências e emite decisões sobre a violação dos Direitos Humanos e as medidas que devem ser tomadas para remediar essas violações.

Por exemplo, em um caso histórico, a CIDH emitiu uma decisão condenando o Estado da Colômbia por violações dos Direitos Humanos relacionadas ao desaparecimento forçado de civis durante o conflito armado interno. A corte determinou que o Estado colombiano era responsável por não investigar adequadamente esses desaparecimentos e por não fornecer justiça e reparação adequadas às vítimas e suas famílias.

Essa decisão da CIDH não só responsabilizou o Estado colombiano por suas ações, mas também estabeleceu precedentes importantes em relação ao direito internacional dos Direitos Humanos, destacando a obrigação dos Estados de investigar e responsabilizar por violações graves dos Direitos Humanos.

Portanto, a atuação da CIDH exemplifica como as cortes internacionais de Direitos Humanos desempenham um papel vital na promoção e proteção dos Direitos Fundamentais em nível global, garantindo que os Estados cumpram suas obrigações internacionais de respeitar, proteger e realizar os Direitos Humanos de todos.

O autor Jack Donnelly explorou essa questão em seu livro "*Universal Human Rights in Theory and Practice*" (Direitos Humanos Universais na Teoria e na Prática). Donnelly aborda a questão da interpretação estática e inflexível dos Direitos Humanos, destacando os desafios que essa abordagem enfrenta em um mundo em constante mudança. Ele argumenta que, para garantir a eficácia contínua dos Direitos Humanos em diferentes contextos, é crucial adotar uma abordagem mais dinâmica e adaptável.

Isso implica reconhecer a necessidade de atualizar e revisar constantemente os conceitos e entendimentos dos Direitos Humanos para refletir as mudanças sociais, culturais, políticas e tecnológicas que ocorrem ao longo do tempo. Uma abordagem dinâmica permite uma interpretação mais sensível e contextualizada dos Direitos Humanos, tornando-os mais relevantes e eficazes na proteção da dignidade e dos direitos de todos os indivíduos.

Outro autor relevante é Philip Alston, destaca como a falta de inovação e a rigidez na aplicação dos Direitos Humanos podem limitar sua capacidade de responder a desafios contemporâneos, como a globalização e as mudanças tecnológicas.

Há o risco de que essa endogenia institua um conjunto artificial de valores mundiais, obscurecendo as importantes e necessárias diferenças existentes entre os níveis global, nacional e local e, conseqüentemente, formulando conceitos de Direitos Humanos limitados a determinadas realidades gerando desafios adicionais para as cortes internacionais em sua busca por justiça global (Arifa, 2018, p. 162).

Portanto, é necessário fazer alguns questionamentos tais como: "Quem são os juízes? Como decidem? O que levam em consideração quando decidem? Quais os custos e conseqüências de suas decisões?" (Galindo, 2012, p. 10). Esses questionamentos, juntamente com a onipresença dos Direitos Humanos e o aumento das normas de proteção no contexto do Direito Internacional, ressaltam a importância de uma avaliação completa e crítica das estruturas e práticas em vigor.

8 A UBIQUIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A PROLIFERAÇÃO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO

Os Direitos Humanos, devido à sua natureza abrangente e universal, estão presentes em virtualmente todas as dimensões da experiência humana. Existe um amplo consenso de que esses direitos transcendem fronteiras nacionais e estruturas políticas, abrangendo todas as esferas da atividade humana. Esse entendimento enfatiza que os Direitos Humanos são aplicáveis a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou *status* político. Em conseqüência dessa visão, tem-se observado um aumento significativo na proliferação de normas de proteção de Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional.

Além disso, essa expansão dos Direitos Humanos é acompanhada por um aumento no número de organismos e entidades dedicados à sua defesa e proteção. Organizações Não Governamentais (ONGs) desempenham um papel significativo nesse contexto, autodenominando-se defensoras dos Direitos Humanos e atuando como agentes independentes na promoção desses direitos em todo o mundo. Esse fenômeno reflete a crescente conscientização global sobre a importância da proteção dos Direitos Humanos e a necessidade de uma vigilância constante para garantir seu cumprimento.

O autor Amaral Júnior (2002, p. 51-60) defende que o crescimento desordenado dessas

organizações revela uma banalização do discurso, pois, muitas vezes, se utilizam de uma retórica vazia para fazer valer interesses próprios.

A comunidade de usuários do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por exemplo, “cresceu consideravelmente em número e se tornou mais variada, plural e complexa” (Abramovich, 2009, p. 15). Também aumentou o número de servidores públicos, juízes, defensores, membros do Ministério Público e operadores judiciais que comparecem à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos buscando proteção diante de ameaças, intimidações ou atos de violência como represália pelo cumprimento de suas funções (Abramovich, 2009, p. 15). Além disso,

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que anteriormente estava principalmente voltado para lidar com questões relacionadas a violações sistemáticas e em larga escala ocorridas em contextos de terrorismo de Estado ou conflitos armados internos extremamente violentos, agora se expandiu para abranger uma ampla variedade de tópicos relacionados aos Direitos Humanos (Arifa, 2018, p. 166).

Esse sistema tornou-se um mecanismo de proteção não apenas para questões clássicas de direitos civis e políticos, mas também

Para temas que abordam a integridade dos sistemas democráticos, os direitos vinculados aos processos eleitorais, a liberdade de imprensa, o funcionamento dos sistemas policiais e penitenciários, bem como a luta contra a desigualdade e a exclusão social, entre outros. Nesse novo cenário, o discurso dos Direitos Humanos se expande cada vez mais, visando, sem dúvida, a ampliar o leque de proteção. Por outro lado, acaba suscitando problemas: a vagueza, generalidade, abstração e inflação desmedida de seu conteúdo, e, em última análise, o risco do enfraquecimento da própria proteção (Arifa, 2018, p. 166).

É fundamental, portanto, encontrar um equilíbrio entre a ampliação do escopo de proteção e a necessidade de manter conceitos claros e aplicáveis, a fim de garantir a eficácia e a relevância contínuas dos Direitos Humanos no cenário internacional.

No contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a noção de ordem pública internacional assume um significado único e complexo, sendo difícil de definir. Ela representa valores que existem independentemente e são superiores às normas do direito positivo. Estamos diante de uma ordem pública humanizada ou verdadeiramente humanista, na qual o interesse público e o interesse geral coincidem plenamente com a primazia dos Direitos Humanos.

Isso implica o reconhecimento de que os Direitos Humanos são a base fundamental do sistema jurídico, e os valores subjacentes a eles são claramente identificáveis ao longo dos tratados e instrumentos internacionais de Direitos Humanos, especialmente em seus preâmbulos. Esses preâmbulos invocam os ideais que inspiraram os tratados, estabelecendo os fundamentos e princípios gerais.

Por exemplo, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já invocava a “consciência da humanidade”. No contexto da proteção dos Direitos Humanos, não há espaço para a autonomia da vontade, barganhas de reciprocidade ou concessões mútuas, como em outros ramos do direito. No Direito Internacional dos Direitos Humanos, movido por considerações de ordem pública internacional, os valores comuns e superiores são fundamentais e irredutíveis.

Esses valores se traduzem no conceito central de “sociedade democrática”, baseada no respeito aos Direitos Humanos. Aqui, surge um direito ao próprio direito, ou seja, o direito a um sistema jurídico que efetivamente proteja os Direitos Fundamentais da pessoa humana.

Notavelmente, a trajetória da humanidade tem sido marcada por incontáveis desafios ao longo dos tempos, culminando na evolução da consciência humana que, hoje, reconhece os

limites impostos à razão de Estado.

No enfrentamento das graves e sistemáticas violações dos Direitos Humanos que assolaram o século XX, causando inimaginável sofrimento a milhões de pessoas em uma escala sem precedentes na história, emergiu com vigor a consciência jurídica universal. Essa consciência, considerada a fonte material primordial de todo o Direito, restabeleceu a posição do ser humano como sujeito de direitos tanto no âmbito interno quanto internacional. Os indivíduos tornaram-se destinatários finais de todas as normas jurídicas, independentemente de sua origem, seja no contexto nacional ou internacional.

Diante desse panorama, é de suma importância que a comunidade internacional persista na promoção e defesa dos Direitos Humanos, adotando medidas eficazes para prevenir violações e assegurar a responsabilização dos transgressores.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos são percebidos como abstratos e amplos, em parte, devido à sua abrangência universal. Eles englobam uma gama extensa de liberdades e direitos essenciais, cobrindo desde direitos civis e políticos até os econômicos, sociais e culturais. Essa vastidão pode conferir uma aparência genérica, pois são aplicáveis a todas as pessoas, independentemente de sua cultura, localização ou contexto específico.

Os Direitos Fundamentais permitem interpretações diversas, o que pode criar uma sensação de imprecisão. Isso acontece porque a interpretação e aplicação desses direitos precisam se ajustar a diferentes realidades e contextos culturais, gerando interpretações variadas e, por vezes, conflitantes.

Os Direitos Humanos são conceitos em evolução, moldados pelas mudanças sociais, culturais, políticas e tecnológicas. Essa característica torna os princípios subjacentes aos Direitos Humanos menos fixos e mais suscetíveis a mudanças e interpretações distintas ao longo do tempo. A implementação eficaz dos Direitos Humanos enfrenta obstáculos como questões de aplicação em diferentes contextos culturais, falta de consenso global sobre certos direitos e dificuldades práticas na proteção e garantia desses direitos.

Em certos casos, Direitos Fundamentais podem entrar em conflito, gerando debates sobre prioridades e limites, o que torna a aplicação dos Direitos Humanos um desafio complexo. Dessa forma, essa percepção de vagueza e generalidade dos Direitos Humanos frequentemente deriva da sua natureza inclusiva, interpretativa e em constante evolução, além dos desafios práticos na sua aplicação em diversos contextos ao redor do mundo.

Hersch Lauterpacht, que foi um jurista britânico, assessor dos julgamentos de Nuremberg, onde impôs o conceito de crimes contra a humanidade, também reconhecido como o idealizador da Carta dos Direitos Humanos promovida pela ONU, ex-juiz do Tribunal Internacional de Justiça (CIJ), com sede em Haia, na Holanda (Friedlander, 1983, p. 422), em obra publicada em 1950, afirmou que "o indivíduo é o sujeito final de todo direito".

Neste contexto, uma análise crítica do conceito e do discurso dos Direitos Humanos foi empreendida, com o propósito de explorar a intrincada questão da dificuldade em estabelecer uma definição concreta para esse termo. Além disso, buscou-se evidenciar as características de vagueza, generalidade, disparidade, reducionismo, circularidade, insuficiência e seletividade inerentes ao conceito e ao discurso dos Direitos Humanos.

Essa análise apontou que a ideia genérica de dignidade humana e a força simbólica do

*TRINDADE, Antônio Augusto Cancado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, v. 3, p. 468. "Philip Jessup, em 1948, ponderou que a velha acepção da soberania estatal "não é consistente com os princípios de interdependência ou interesse da comunidade e do *status* do indivíduo como sujeito do direito internacional". Não hesitou Hersch Lauterpacht, em seu *International Law and Human Rights*, em afirmar que "o indivíduo e sujeito final de todo direito", nada havendo de inerente ao Direito Internacional que o impeça de tornar-se sujeito do *Law of Nations* e tornar-se parte em procedimentos perante tribunais internacionais".

discurso podem ser causas subjacentes para tais desafios conceituais. Além disso, foram abordados temas relevantes, como a diversidade na composição dos tribunais, a ampla abrangência dos Direitos Humanos e o aumento das normas de proteção.

Diante desse cenário, é possível inferir que o Instituto dos Direitos Humanos, juntamente com a noção de dignidade humana, apesar de suas imperfeições e indefinições, representam uma realidade que deve ser concretizada, em vez de uma retórica vazia. Eles são comumente compreendidos como o "direito a ter direitos", um princípio inalienável que é devido a cada ser humano simplesmente em virtude de sua condição de ser humano.

Portanto, conclui-se que a identificação das possíveis causas da generalidade do conceito de dignidade humana e o reconhecimento da importância de combater a banalização desses conceitos são cruciais. Esse esforço visa eliminar as ambiguidades e imprecisões que permeiam as discussões, contribuindo para uma compreensão mais clara e eficaz dos Direitos Humanos e da dignidade intrínseca a todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 7-39, dez. 2009.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 58 et seq., jul./set. 1999.

ALSTON, Philip. Conjuring up new human rights: a proposal for quality control. **The American Journal of International Law**, v. 78, n.3, p. 607-621, jul. 1984.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A proteção internacional dos Direitos Humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 39, n. 155, jul./set. 2002.

ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. O conceito e o discurso dos Direitos Humanos: realidade ou retórica? **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 17 – n. 51, p. 145-173 – jan./jun. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018/o-conceito-e-o-discurso-dos-direitos-humanos-realidade-ou-retorica>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 419**. “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel” Corte Especial. Brasília, 11 mar. 2010. DJe 11.3.2010, ed. 535.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 25**. “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” SV 25/DF. Tribunal Pleno. Proponente: Supremo Tribunal Federal. Brasília, 23 de dezembro de 2009. DJe n.º 238 de 23.12.2009, p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 72131-1/ RJ**. “Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. [...]”. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, 23 de novembro de 1995. DJU 23.11.1995, p. 1.

CRANSTON, Maurice William. **What are human rights?** London: Bodley Head, 1973.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRIEDLANDER, Robert A. Lauterpacht, Hersch, in: Warren F. Kuehl (ed.), **Biographical Dictionary of Internationalists** (Westport/London: Greenwood Press, 1983), 422-423.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 1-10, 2012.

HAUSEN, Anton; Launiala, Annika. **Introduction to the Human Rights Based Approach: A Guide for Finnish NGOs and their Partners**. UNICEF Finland, T-print LP, 2015.

IX CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 2 de maio de 1948.

LAUTERPACHT, Hersch. **International law and human rights**. F. A. Praeger, 1950.

LEE, Man Yee Karen. Universal human dignity: some reflections in the asian context. **Asian Journal of Comparative Law**, v. 3, n. 1, p. 1-33, 2008.

MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 41-63, dez. 2009.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. Áustria, 23 mai. 1969.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948.

_____. UNIDAS. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Roma, 17 jul. de 1998.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento. **Rev. FAE**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 37-48, maio/ago. 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. San José da Costa Rica, 22 nov. 1969.

POGGE, Thomas. **Reconhecidos e violados pela lei internacional**: os Direitos Humanos dos pobres no mundo. *ethic@*, Florianópolis, v. 5, n. 1, p. 33-65, jun. 2006.

SHORT, Katherine. Da comissão ao conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de Direitos Humanos confiável? **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 9, p. 173-199, dez. 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do direito internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**. In: Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 207-321.

VOETEN, Erik; Lebovic, James H. The politics of shame: the condemnation of country, hu-

man rights practices in the UNHCR. **International Studies Quarterly**, Oxford, v. 50, n. 4, p. 861-888, 2006.

A SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE O PENSAMENTO COMPLEXO SE REALIZAR NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

THE SOCIOLOGY OF LAW AS A POSSIBILITY FOR COMPLEX THINKING TO BE REALIZED IN THE BRAZILIAN LEGAL EDUCATION

Lincoln Simões Fontenele

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro (Uni7). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em Sociologia pela Universidade de Bielefeld, Alemanha, e doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: A Sociologia do Direito merece um espaço maior no ensino jurídico como condição para o pensamento complexo e a formação do aluno adaptada a sua realidade. Para tanto, o fato de as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Direito brasileiras (Resolução CNE/CES n.º 5, de 17 de dezembro de 2018) demandarem algumas adequações dos cursos jurídicos pela transdisciplinaridade leva ao problema de como essa pretensão também pode ser alcançada com a Sociologia do Direito. Por isso, o presente artigo parte de uma análise jurídico-dogmática do quadro legal exigido pelas diretrizes para, em seguida, interpretar, à luz de uma pesquisa teórico-conceitual do pensamento complexo de Edgar Morin, as características que podem ser identificadas na transdisciplinaridade aplicada ao ensino do Direito. Neste quadro, passa a ser exigido do discente uma capacidade de realizar observações sociais muito além do que a dogmática permite. Por esta razão, este artigo recorre ao conceito de Sociologia do Direito da Teoria dos Sistemas para verificar a hipótese de este ramo do pensamento ser um dos instrumentos possíveis de realização do ensino transdisciplinar. Ao final, surge a possibilidade de se concluir que a Sociologia do Direito não apenas permite o alcance do pensamento complexo, como também já se encontra em consonância com as técnicas andragógicas de ensino.

Palavras-chave: Diretrizes curriculares. Transdisciplinaridade. Pensamento complexo. Sociologia do Direito.

Abstract: *The sociology of law deserves a greater place in law education as a condition for the complex thinking and the training of students adapted to their reality. To this end, the fact that the National Curriculum Guidelines for Brazilian Undergraduate Law Courses (Resolution CNE/CES No. 5, of December 17, 2018) demands some adjustments of law courses for transdisciplinarity leads to the problem of how this claim can also be achieved with the sociology of law. For this reason, this article starts with a legal-dogmatic analysis of the legal framework required by the guidelines and then interprets, considering the theoretical and conceptual research of Edgar Morin's complex thinking, the characteristics that can be identified in the transdisciplinarity applied to the teaching of law. In this context, students are required to be able to make social observations far beyond what legal dogmatics allows. So, this article adopts the concept of the sociology of law from the Systems Theory to verify the hypothesis that the sociology of law is one of the possible instruments for transdisciplinary teaching. In the end, it is possible to conclude that the sociology of law not only allows complex thinking to be achieved, but is also already in line with andragogical teaching techniques.*

Keywords: Curriculum Guidelines. Transdisciplinarity. Complex thinking. Sociology of Law.

Sumário: 1 Introdução – 2 As diretrizes curriculares e a necessidade de transdisciplinaridade – 3 Pensamento complexo: inadequação entre o ensino compartimentalizado e os problemas complexos – 4 A dogmática e a Sociologia Jurídica nos cursos de Direito – 5 Contribuições da Sociologia do Direito ao ensino jurídico: um diálogo com a andragogia – 6 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as discussões que permeiam a teoria do pensamento complexo, destaca-se a que se preocupa com o ensino, em especial com o ensino jurídico. Se se puder fazer um breve retorno às inquietações que levaram esta teoria a ser movimentada sob a lente do ensino, talvez a palavra “reforma” denuncie a grande pretensão de Edgar Morin, principal expoente do pensamento complexo. Com isso, é a partir dessas mesmas inquietações que se pode analisar o debate sobre o ensino jurídico provocado pelas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito brasileiras (Resolução CNE/CES n.º 5, de 17 de dezembro de 2018) e de como a Sociologia do Direito consegue se tornar uma via de realização do pensamento complexo.

A relação entre a reforma do ensino do Direito e o pensamento complexo pode ser desdobrada em várias perguntas, sendo cada uma instigada com várias respostas. Essa abertura para questionamentos das mais diferentes áreas do saber é o que permite que a teoria do pensamento complexo fique mais forte. Dentro do leque de considerações que podem ser tomadas diante de sua relação com o Direito, aquela que enxerga o papel da Sociologia do Direito no ensino jurídico parece ser bastante promissora.

Para tanto, o presente artigo parte das novidades que as diretrizes curriculares de 2018 trouxeram quanto à transdisciplinaridade para estabelecer orientações de mudança ao ensino do Direito. Nesse ponto, faz uma análise dogmática do sentido jurídico que pode ser extraído das comparações entre as diretrizes de 2004 (Resolução CNE/CES n.º 9 de 2004) e de 2018 (Resolução CNE/CES n.º 5 de 2018). Em seguida, procede a uma revisão bibliográfica com obras de Edgar Morin, Niklas Luhmann e Wright Mills para aproximar avanços teóricos que cada um teve em sua área. No caso de Edgar Morin, o pensamento complexo entra na pesquisa como uma denúncia à necessidade de reestruturação da forma de ensinar, tendo em vista a inadequação entre o modelo em que se desenvolvem os saberes e os problemas sociais cada vez mais complexos. Considerando esse problema, o artigo segue reconhecendo algumas insuficiências da abordagem dogmática nos cursos de Direito e indicando o potencial da Sociologia Jurídica para a realização do pensamento complexo. Nesse ponto, é feita uma revisão bibliográfica na área da andragogia, explorando o seu diálogo com a Sociologia do Direito. Por fim, a análise das novas diretrizes e a consulta à literatura concernente ao pensamento complexo, à Sociologia do Direito e à andragogia permitem a construção de um raciocínio dedutivo que atribui eficiência ao processo de ensino-aprendizagem na medida em que o pensamento complexo se realiza por meio da Sociologia do Direito.

2 AS DIRETRIZES CURRICULARES E A NECESSIDADE DE TRANSDISCIPLINARIDADE

No final de 2018, foram publicadas pelo Ministério da Educação as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito por meio da Resolução n.º 5, de 17 de dezembro de 2018. Elas são de observância obrigatória pelas Instituições de Educação Superior (IES), que deveriam se adequar no prazo de 2 anos da publicação, o que já encontrou seu termo.

No que importa ao presente estudo, esta resolução trouxe algumas novidades, podendo ser interpretadas a partir do pensamento complexo e da interação entre a Sociologia do Direito e o ensino jurídico. Isto porque, se comparada com a resolução anterior, a nova inclui compe-

tências que exigem transdisciplinaridade. É o caso, por exemplo, de competências orientadas por seu artigo 4º, inciso XIII: “desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar” (Brasil, 2018, p. 3). Para o bom desempenho de trabalho em grupos como este último, exige-se, no mínimo, comunicação.

Dessa forma, o graduando tem que ter um domínio básico da linguagem de outras áreas para que se permita comunicação entre elas e o Direito. Neste mesmo sentido, ao se observar o artigo 4º da Resolução, ainda é possível destacar a necessidade de se desenvolver a habilidade de trabalhar com olhares que não se limitam ao jurídico, quando se tratar dos Direitos Humanos, conforme orienta o inciso XIV: “apreender conceitos deontológico-profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos” (Brasil, 2018, p. 3).

O artigo 5º, por sua vez, também desempenha função interdisciplinar, porque trata do que deve estar incluído no Projeto Pedagógico do Curso (PPC), seja na resolução antiga ou na nova. Ao comparar os seus textos, percebe-se que a mudança na redação, o que revela um destaque do novo artigo 5º quando traz uma orientação específica em seu *caput*, que até então não havia: deve-se priorizar a interdisciplinaridade e a articulação dos saberes (Brasil, 2018, p. 3). Em que pese essa alteração, não se pode dizer que a exigência de uma articulação entre o Direito e outras áreas científicas seja uma novidade, uma vez que a resolução de 2004, a partir dos incisos I e II do mesmo artigo 5º, outrora já preconizava uma interação entre o Direito e outras área do saber (Brasil, 2004, p. 2). Porém, mesmo que isso não seja mais uma novidade de 2018, é imperioso reconhecer que a alteração no *caput* e a inclusão do verbo “priorizar” trazem uma carga normativa maior. Portanto, se antes já era uma exigência, em 2018 ela passa a ser maior ainda.

Detalhada e comparativamente, as mudanças que privilegiam um pensamento complexo podem ser observadas da seguinte forma:

Quadro 01: Comparação entre as Resoluções

Resolução CNE/CES n.º 9 de 2004	Resolução CNE/CES n.º 5 de 2018
Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências: [...]	Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduado a: [...]
Sem correspondência.	XIII – desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar; e
Sem correspondência.	XIV – apreender conceitos deontológicos-profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos.
Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: [...]	Art. 5º O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividade que atendam às seguintes perspectivas formativas: [...]

Fonte: O autor.

Como dito, essas alterações são um ponto de partida de uma inquietação que envolve a relação do Direito com outras áreas do saber. Sendo assim, o debate sobre o ensino jurídico provocado pelas diretrizes baseia-se na mesma inquietação reformista que Edgar Morin tinha ao tratar da teoria do pensamento complexo. Isto é, a partir de 2018, as IES são orientadas a fazer mais. Significa que o ensino jurídico vai ter que passar a dar mais atenção àquilo que o Direito pode aprender com outras áreas de estudo e até ensiná-las.

Ademais, outra novidade da nova resolução que precisa ser mencionada é a inclusão da “metodologia ativa” no artigo que trata do Projeto Pedagógico do Curso (PPC). A saber, o artigo 2º, § 1º, inciso VI, expressa que o PPC deve abranger os “modos de integração entre teoria e prática, especificando as metodologias ativas utilizadas” (Brasil, 2018, p. 1-2). Tal orientação demonstra uma necessidade de aplicar técnicas que coloquem o discente como protagonista do processo de ensino-aprendizagem e que considerem seus conhecimentos pretéritos e contextos. Necessariamente, dialogar com áreas não jurídicas se torna uma premissa do ensino do Direito.

Dessa forma, surge interesse em entender o que o pensamento complexo denuncia como necessário para o século XXI ao se falar em ensino e educação. Nesse cenário, considerando a interdisciplinaridade tida como fundamental nos cursos de Direito, será importante direcionar a linha argumentativa para uma das várias relações que este ramo pode ter com outras áreas da ciência, que é a relação entre o Direito e a Sociologia.

3 PENSAMENTO COMPLEXO: INADEQUAÇÃO ENTRE O ENSINO COMPARTIMENTALIZADO E OS PROBLEMAS COMPLEXOS

Edgar Morin, ao escrever o livro *La Tête Bien Faite: Repenser la réforme, réformer la pensée* (A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento), fez questão de elencar, em seu prefácio, a seguinte justificativa: é necessário reformar o pensamento e o ensino (Morin, 2003, p. 9). A partir disso, o autor desenvolve sua argumentação apontando a interdependência entre ambos. O pensamento destas perspectivas de mudança surge de um problema que também pode ser referenciado às mudanças nas resoluções do Ministério da Educação acima destacadas: um problema de inadequação. É sobre isso que se volta a teoria do pensamento complexo, a partir da qual é possível pensar o apoio que o pensamento jurídico pode ter com a Sociologia do Direito como área do saber.

Já é sabido que existem saberes separados uns dos outros. Há o saber que se desenvolve no Direito, há o saber que se desenvolve na economia, na política, na religião etc. Morin destaca a questão da inadequação desses saberes quando são postos diante da realidade, que é cada vez mais global (2003, p. 13). Isso quer dizer que lidar isoladamente com as áreas do saber impede, por exemplo, o profissional do Direito de ter uma compreensão mais completa de problemas que, na verdade, são transdisciplinares. A realidade é sempre maior do que o conjunto de saberes que a técnica jurídica fornece. Diante disso, o pensamento complexo ajuda a entender essas lacunas no ensino jurídico, conforme se pode observar nas contribuições da revisão de literatura.

Desenvolvendo sua argumentação, o citado autor deixa um alerta sobre a hiperespecialização. Para este estudo, ela vale a pena ser destacada, especialmente no que concerne ao ensino jurídico. É comum, no decorrer da carreira, surgir uma predileção do jurista ainda dentro da área do saber do Direito, que é a propensão por saberes cada vez mais aprofundados em subáreas jurídicas.

Nestas linhas introdutórias ao pensamento complexo, importa dizer que é errado concluir que a hiperespecialização, por si só, seja inadequada à resolução de problemas multidisciplinares. Na verdade, o que tem de ser evitado é o tipo de especialização que cega e dilui a observação desses problemas, ou seja, que fica fragmentada ao ponto de não mais ver o global de tanto que ela se fechou em si mesma (Morin, 2003, p. 13).

Pelo fato de qualquer divisão em disciplinas não poder se desvencilhar dos contextos de seus problemas particulares, o pensamento complexo é desenvolvido para mostrar o quanto esses contextos são irrenunciáveis a qualquer área de saber em que se especializa. Afinal, se a realidade é complexa, qualquer área de saber que a estuda também tem que ser complexa.

Nesse sentido, o autor segue criticando qualquer inteligência que separa e fragmenta o complexo do mundo, pois tenta tornar unidimensional aquilo que é, na verdade, multidimensional (Morin, 2003, p. 14). Não significa que ele desconheça as vantagens que a divisão dos saberes trouxe para as ciências, mas alerta para as inconveniências que podem vir junto, como o confinamento e o despedaçamento do saber (Morin, 2003, p. 14). Assim, o desafio, para além de desenvolver uma disciplina bem fundamentada e consistente do Direito, é efetivamente dialogá-la com outros saberes. Mais do que criticar a divisão do conhecimento em disciplinas, o pensamento complexo ganha relevância ao descrever a necessidade de haver transdisciplinaridade entre elas, pois os problemas são globais, complexos e totalizantes.

Considerando que o profissional do Direito não pode se fechar nos limites dessa disciplina, uma vez que os problemas com os quais lidará exigem uma observação para além da perspectiva jurídica, o ensino do Direito tem que se valer de outras áreas do saber para proporcionar a educação adequada. Diante disso, conforme supracitado, a Sociologia do Direito pode desempenhar na formação do jurista o papel de um olhar fora do sistema jurídico.

4 A DOGMÁTICA E A SOCIOLOGIA JURÍDICA NOS CURSOS DE DIREITO

Já que o pensamento complexo instiga uma aproximação com outras áreas do saber, pode-se propor que o ensino vá além da mera observação do sistema jurídico. Sendo assim, torna-se necessário fazer uma distinção entre a observação interna do Direito e a externa, sendo que esta última compreende suas relações com outros sistemas da sociedade. Isso quer dizer que o aprendizado não se contenta apenas com ensino do Direito, pois é mais adequado o ensino do “Direito da sociedade”^{*}.

É a partir da distinção entre observação interna e externa do Direito que nasce a dogmática (Luhmann, 2016, p. 14) e a Sociologia do Direito, respectivamente. Segundo as diretrizes curriculares, o ensino do Direito deve dar mais atenção a essa segunda observação, que vai lidar com as relações do Direito da sociedade. Fazendo-se uma distinção entre o sociólogo, que observa o Direito de fora, e o jurista, que observa o Direito de dentro (Luhmann, 2016, p. 18), seria o caso de este último sair um pouco da caixa e estar aberto ao ponto cego que a Sociologia pode ajudar a enxergar.

A própria Sociologia, enquanto campo de estudo, funciona para elucidar as relações sociais. Em resumo, estuda a sociedade. Todas as conexões entre as pessoas vêm à tona. “A imaginação sociológica”, clássica obra de Wright Mills, é um dos estudos de referência que aponta que todas as pessoas têm um destino certo a ser distribuído pela sociedade, a depender de suas circunstâncias (Mills, 2000, p. 5).

Assim como o pensamento complexo de Morin, ter imaginação sociológica significa compreender os fenômenos sociais em sua complexidade. Por isso, Mills assevera que a imaginação sociológica também é uma forma de autoconhecimento (2000, p. 7-8). Descrevendo o mesmo fenômeno, Bauman fala em “redes de dependência” entre as pessoas na sociedade, o que significa que a Sociologia estuda redes de relações sociais que afetam a probabilidade de quem serão as pessoas, a depender dos grupos sociais de que faça parte (2010, p. 16). A Sociologia do Direito, por sua vez, trata de um recorte específico dentro desse estudo da sociedade, refletindo sobre como a norma muda a sociedade e como a sociedade muda a norma.

A dogmática jurídica vai se ocupar das normas e com a sua desenvoltura dentro do

^{*}Não se desconhece que, inicialmente, a sociologia do direito tenha enfrentado hostilidade, seja por parte de sociólogos, seja por parte de juristas (cf. SOUTO, 1969).

próprio Direito. Por outro lado, a Sociologia do Direito possui capacidade de instigar o aluno a ir além e observar o sistema jurídico e sua relação com a sociedade, razão pela qual Luhmann prefere falar em Direito da sociedade (Luhmann, 2016, p. 741). O autor assim o faz porque o Direito está em constante evolução tanto quanto a própria sociedade, havendo uma relação de irritação e sensibilização entre ambos. Tal qual Morin, que denuncia a necessidade de um pensamento não compartimentalizado, a crítica de Luhmann encontra aproximação com este autor na medida em que relata que o diálogo transdisciplinar ainda estaria no âmbito de questões teóricas não solucionadas (Luhmann, 2016, p. 22).

Nesse contexto, é possível concordar com Luhmann sobre ser vantajoso enxergar a realidade para além dos limites da dogmática jurídica, o que se faz recorrendo à Sociologia do Direito. Considerando que haveria uma descrição externa do Direito, esta ampliação de perspectiva não estaria obrigada ao respeito às normas, convenções ou premissas do sistema jurídico (Luhmann, 2016, p. 22). O olhar externo ao Direito é um recurso da Sociologia, o que permite que se trabalhe com efeitos sociais que o Direito produz na sociedade e, ainda, os efeitos que a própria sociedade, complexa como é, produz no Direito. Seria este o ponto cego que o jurista puramente dogmático não teria como enxergar, razão pela qual a Sociologia do Direito se mostra tão fundamental ao ensino jurídico que pretende ser transdisciplinar e lidar com problemas complexos.

Conforme perspectiva adotada por Luhmann, conseguir unir esses dois pontos de partida para se analisar o Direito da sociedade é estar alinhado com o papel científico da instituição universitária:

Ao contrário das teorias jurisprudenciais, da filosofia do direito ou de outras teorias do direito, que têm como objetivo o próprio uso no sistema jurídico ou que queiram apreender e assimilar o que faz sentido no sistema jurídico, a sociologia do direito dirige-se à ciência e não ao sistema jurídico (Luhmann, 2016, p. 41).

Essa aproximação científica fica clara quando se reconhece a atribuição do Direito em analisar a norma e a atribuição da Sociologia em analisar os fatos. Nesse caso, é papel da Sociologia uma abordagem factual, da realidade. Isso permite tratar de problemas complexos com alguma abertura minimamente transdisciplinar. Do contrário, quando a universidade esquece esse seu papel científico, o ensino jurídico perde contato com a realidade.

A falta desse contato já foi criticada anteriormente. Por exemplo, Luhmann, em 1973, ainda que sob desaprovação, relata que compartilhava da tese de que o jurista não lidava satisfatoriamente com as consequências de sua decisão se fosse apenas com o sentido jurídico delas, e que a dogmática deveria reconhecer isso (1983, p. 10). Hoje, já não há mais espaço para entender diferente. Tanto as pesquisas de Morin quanto às mudanças no ensino jurídico apontam para o caminho contrário, porque a realidade é sempre mais complexa que o Direito, e o jurista não pode ser formado na dogmática pura. Por essa razão, as diretrizes enaltecem a transdisciplinaridade e o papel da universidade com um ensino jurídico apto a formar profissionais capazes de resolver problemas complexos.

Para tanto, é possível observar como a Sociologia do Direito desenvolve seu papel no ensino, possuindo espaço nas práticas de andragogia instrumentalizadas na abordagem educativa das IES e de seus cursos de Direito.

5 CONTRIBUIÇÕES DA SOCIOLOGIA DO DIREITO AO ENSINO JURÍDICO: UM DIÁLOGO COM A ANDRAGOGIA

Reconhecer um papel maior para a Sociologia do Direito no ensino jurídico é ir além da sua posição disciplinar, comumente relegada aos primeiros anos dos cursos. Se a proposta é dar

relevância ao ensino transdisciplinar, a Sociologia do Direito, como mera matéria propedêutica, acaba recebendo uma abordagem insuficiente, cuja consequência é a orientação a um ensino dogmático.

Após as novas diretrizes, um novo caminho ganha realce. Reconhece-se a necessidade de se formar juristas com maior capacidade de lidar com problemas complexos, oportunidade em que a categoria “complexidade” assume um significado na teoria de Morin. Com isso, a Sociologia do Direito constitui-se como ferramenta essencial nessa formação, o que permite um diálogo constante com a realidade, sendo uma demanda também reconhecida pelas práticas de ensino da andragogia.

O jurista tem que ser um pouco sociólogo. Se ele lida com problemas complexos, como a Sociologia pode ajudar? O jurista pode aprender a afastar-se de pré-noções e a questionar tudo aquilo que parecer evidente, de forma a reconhecer que, por trás dos problemas jurídicos, existe toda uma realidade social (Paugam, 2015, p. 17). Obras dogmáticas não se destinam a fazer um diálogo satisfatório entre o Direito e os fatos sociais que o rodeiam. Sobra para o ensino nas salas de aula^{*} a formação desta perspectiva mais apurada de procurar sempre reconhecer em que realidade está o Direito e que função ele pode desempenhar nela, sendo disso que se apropria a andragogia como método de ensino.

Nesse contexto, já se torna possível criticar o fato de a Sociologia do Direito, nas grades curriculares, ter seu destaque apenas em uma disciplina no início do curso, considerando que o ideal seja que cada disciplina dogmática venha acompanhada de uma abordagem sociológica para a tornar congruente com a sociedade. Trabalhar com os seus institutos sem um permanente diálogo com os fatos sociais que giram em seu entorno é não permitir que se observe a complexidade por trás dos problemas jurídicos.

Existem momentos em que essa realidade se torna evidente, como nas situações de grandes reformas jurídicas, das quais são exemplos recentes disto, no Brasil, as reformas trabalhista (2017), previdenciária (2019) e tributária (2023). Casos como esses exigem que se reconheça o papel da Sociologia em analisar como a sociedade funciona ao longo do tempo na medida em que permite que se pergunte se não haveria condições de ter sido diferente (Schwartz, 2019, p. 69). Sem que se reconheça a realidade social no fundo destas mudanças legislativas, não há condições de entender suas origens nem seus efeitos na sociedade brasileira. Assim, tampouco o jurista saberá qual o papel que ele desempenha como profissional.

A Sociologia do Direito ganha maior significância na oportunidade em que se reconhece que pode ser alinhada com as práticas de ensino da andragogia. Isso ocorre porque existe um reconhecimento de que a realidade do aluno e as experiências pelas quais passa devem ser consideradas e aproveitadas com técnicas andragógicas (Knowles, 1970, p. 44). Nesse ponto, o olhar externo ao direito, proposto pela Sociologia, permite maiores condições de aprendizagem. Mais do que isso, pode-se dizer que a própria disposição do discente aumenta quando a dogmática mantém um diálogo constante com as necessidades e com os problemas do dia a dia (Knowles, 1970, p. 44), o que também exige um papel descritivo desempenhado pela Sociologia do Direito^{**}.

O jurista resolve problemas sociais envoltos à norma e com a realidade social a partir de uma observação sociológica. Isso é, com seus métodos e teorias, fundamental para se construir respostas a questões que são intrinsecamente complexas. Então, um olhar para além do que a dogmática oferece pode iluminar espaços que, antes, eram obscuros e inalcançáveis em uma primeira vista, ao mesmo tempo em que permite uma maior eficiência na aprendizagem,

^{*}Para além das salas de aula, a Sociologia Jurídica desempenha um papel fundamental na pesquisa científica do Direito (cf. Fonseca, 2020), o que permite reconhecer com Morin que a própria atividade de fazer ciência também depende de uma ideia de unidade complexa, porque requer o que ele chama de “pensamento da globalidade” (2005, p. 54).

^{**}Embora a andragogia seja uma ciência datada da década de 1970, ainda há muito a ser explorado (cf. Knowles; Elwood; Swanson, 2005, p. 183-203), principalmente com a adequação dos cursos de Direito após as novas diretrizes, até porque a Sociologia do Direito citada neste trabalho é apenas uma das vias pelas quais o pensamento complexo pode se realizar.

segundo o método andragógico*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível observar que as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito brasileiras (Resolução CNE/CES n.º 5, de 17 de dezembro de 2018) instigaram uma reflexão sobre o papel da transdisciplinaridade no ensino jurídico, porque exigem a interação entre o Direito e outras áreas do saber. Assim, isso foi o que estimulou este artigo a interagir o pensamento complexo de Edgar Morin com a Sociologia do Direito.

Foi oportuno trabalhar com a categoria do pensamento complexo porque nasceu da uma demanda de reforma do ensino, o que ajuda a interpretar a mudança normativa com a nova resolução, a qual enaltece o papel da transdisciplinaridade. A teoria do Morin tornou-se útil ao presente trabalho ao identificar lacunas no ensino jurídico puramente dogmático, o que também exige do discente uma postura que vá além do próprio Direito, visto que os problemas sociais são complexos e multidimensionais.

Considerando que é necessário que o discente tenha habilidade em enxergar a realidade em que atuará de forma não limitada à linguagem dogmática do Direito, a Sociologia Jurídica surgiu neste trabalho como uma via pela qual esse anseio possa se realizar. Desse modo, o arcabouço categorial da Teoria dos Sistemas e de outros sociólogos foi adotado como embasamento teórico para se trabalhar com um conceito definido de observação sociológica, o qual exige que se trate o direito como um “direito da sociedade”, porque reconhece uma relação de sensibilização simultânea entre o sistema jurídico e o que está em seu ambiente, isto é, no resto da sociedade. Nesse diapasão, a Sociologia do Direito demanda que o olhar do discente seja sempre maior do que aquele restrito aos constructos puramente jurídicos e dogmáticos, ou seja, o olhar externo ao direito se faz recorrendo à Sociologia.

Considerando a nova resolução e a exigência de um ensino mais transdisciplinar, o pensamento complexo ganhou destaque para permitir ao discente maior capacidade de observar a realidade na qual ele se insere. Para permitir um ensino com essa qualidade, a Sociologia do Direito se mostrou como ferramenta útil. O fato de se perquirir um diálogo constante com a realidade por parte do ensino jurídico permitiu não apenas a realização do pensamento complexo, mas também maior eficiência na aprendizagem, porque possui alinhamento com as técnicas andragógicas de ensino. Portanto, foi possível confirmar a hipótese de que uma abordagem sociológica no ensino jurídico é um caminho frutífero para a transdisciplinaridade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Z.; MAY, T. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Tradução: Alexandre Werneck. 1. ed. São Paulo: Zahar Editores, 2010.

BRASIL. **Resolução CNE/CES n.º 9 de 2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília: MEC, 2004. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024.

_____. **Resolução CNE/CES n.º 5 de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília: MEC, 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>. Acesso em: 30 jan. 2024.

*Por essa razão, perdem espaço na docência os “professores por intuição”, porque dominar apenas o campo dogmático da disciplina lecionada não é suficiente no processo de aprendizagem, o que demonstra a preocupação diante do tema da formação dos professores (Piments; Anastasiou; Cavallet, 2003, p. 267).

FONSECA, G. F. DA. Pesquisa e escrita acadêmica em direito: um ensaio sobre a elaboração de monografias, dissertações e teses. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 7, n. 2, p. 58-77, 1 mai. 2020.

KNOWLES, M. S. **The modern practice of adult education: from pedagogy to andragogy**. 1. ed. New York: Cambridge, 1970.

_____, _____.; ELWOOD, F. H. I.; SWANSON, R. A. **The adult learner: the definitive classic in adult education and human resource development**. 6. ed. Burlington: Elsevier, 2005.

LUHMANN, N. **Sistema jurídico y dogmatica jurídica**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____, _____. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger; Tradução: Alexandre Agnolon. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MILLS, C. W. **The sociological imagination**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MORIN, E. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____, _____. **Introdução ao pensamento complexo**. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

PAUGAM, S. Afastar-se das prenoções. In: PAUGAM, S. (Ed.). **A pesquisa sociológica**. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 17-32.

PIMENTA, S. G.; ANASTASIOU, L. DAS G. C.; CAVALLET, V. J. Docência e ensino superior: construindo caminhos. In: BARBOSA, R. L. L. (Ed.). **Formação de educadores: desafios e perspectivas**. 1. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 267-278.

SCHWARTZ, G. Uma Sociologia do Direito é (ainda) necessária no Brasil? **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**, v. 7, n. 3, p. 51-77, 2019.

SOUTO, C. Sociologia jurídica: da fundação aos nossos dias. **Estudos Universitários, Revista da Universidade Federal de Pernambuco**, v. 9, n. 3, p. 119-160, jul. 1969.

O COMPLIANCE JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO GREENWASHING: UMA ANÁLISE DA NARRATIVA DE SUSTENTABILIDADE DA BRASKEM DIANTE DO DESASTRE SOCIOAMBIENTAL EM MACEIÓ

LEGAL COMPLIANCE AS AN INSTRUMENT TO COMBAT GREENWASHING: AN ANALYSIS OF BRASKEM'S SUSTAINABILITY NARRATIVE IN THE FACE OF THE SOCIO-ENVIRONMENTAL DISASTER IN MACEIÓ

Felipe Abreu Freitas

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Resumo: O *greenwashing* ou “lavagem verde” representa uma estratégia utilizada por muitas empresas para rotular produtos ou serviços que se apresentam como ecologicamente sustentáveis. No entanto, a realidade vem provando que esta propaganda geralmente se restringe somente aos rótulos. Um dos notórios exemplos dessa prática é o caso da mineradora Braskem, responsável pela exploração da sal-gema em Maceió durante anos, o que resultou em um processo de afundamento do solo e o surgimento de rachaduras que comprometem a vida na região dos Bairros Bebedouro, Bom Parto, Farol, Mutange e Pinheiro. Tal companhia associa sua imagem a uma narrativa de responsabilidade social e sustentável, mas, na prática, foi responsável por uma das maiores tragédias da história do Brasil. Esta crise socioambiental será explorada à luz do *compliance* jurídico, levando em conta que a preocupação de estar em conformidade não deve estar somente no papel ou nas propagandas, mas principalmente nas ações. Nesse sentido, busca-se compreender, por meio de uma metodologia qualitativa, bibliográfica e documental, o nexos causal entre a falsa esperança causada pelo *greenwashing* da empresa e a realidade da exploração de minérios. E é por meio do recorte das perspectivas e desafios envolvendo o *compliance* ambiental e regulatório que se busca vislumbrar um cenário em que o ambiente corporativo possa não só respeitar a legislação ambiental de forma efetiva, mas também usufruir do *compliance* como uma ferramenta contra o *greenwashing*.

Palavras-chave: *Compliance* jurídico. *Greenwashing*. Braskem. Mineração. Sustentabilidade.

Abstract: *Greenwashing* is a strategy used by many companies to label products or services as ecologically sustainable. However, reality is proving that this propaganda is usually confined to labels. One of the most notorious examples of this practice is the case of the Braskem mining company, which has been responsible for exploiting rock salt in Maceió for years, resulting in a process of soil subsidence and the emergence of cracks that compromise life in the Bebedouro, Bom Parto, Farol, Mutange and Pinheiro neighbourhoods. This company associates its image with a narrative of social and sustainable responsibility, but in practice it was responsible for one of the biggest tragedies in Brazilian history. This socio-environmental crisis will be explored in the light of legal compliance, taking into account that the concern to be compliant should not only be on paper or in advertising, but above all in action. In this sense, the aim is to understand, through a qualitative, bibliographical and documentary methodology, the causal link between the false hope caused by the company's *greenwashing* and the reality of mineral exploitation. And it is by looking at the perspectives and challenges involving environmental and regulatory compliance that we seek to envisage a scenario in which the corporate environment can not only effectively respect environmental legislation, but also take advantage of compliance as a tool against *greenwashing*.

Keywords: *Legal compliance*. *Greenwashing*. Braskem. Mining. Sustainability.

Sumário: 1 Introdução – 2 A correlação entre a Braskem e o *Greenwashing*; 2.1 Um breve histórico do desastre socioambiental da mineração em Maceió e o papel da empresa Braskem; 2.2 *Greenwashing*: definição e sua relação com o discurso da Braskem – 3 A importância do *compliance* jurídico para o combate ao *Greenwashing* – 4 Perspectivas e desafios envolvendo a mineração e o *compliance* ambiental – 5 Considerações Finais – Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A temática do *compliance* jurídico assume uma relevância incontestável diante dos desafios contemporâneos relacionados à sustentabilidade empresarial. Nesse sentido, o presente trabalho visa explorar a aplicação do *compliance* jurídico como um instrumento estratégico no combate ao fenômeno do *greenwashing*, prática bastante comum no mercado atual, sobretudo quando se investiga a fundo mineradoras, como é o caso em questão.

Como recorte temático, elegeu-se a análise da narrativa da Braskem, empresa que por anos explorou a sal-gema na cidade de Maceió, no estado de Alagoas, evento que ocasionou prejuízos significativos ao meio ambiente e à população maceioense. No entanto, cumpre aduzir que não faz parte dos objetivos da produção científica vilanizar a Braskem ou mesmo julgar subjetivamente sua atuação. Empenha-se em traçar um paralelo entre as narrativas presentes no discurso de sustentabilidade da Braskem e o esforço fático da realidade dos danos socioambientais ocasionados a partir da mineração, o que poderia ter sido arrefecido por meio de um serviço de *compliance* bem executado, e não por uma narrativa genérica e vazia de sustentabilidade.

Linear e estruturalmente, o presente trabalho está configurado de modo cadenciado e estratégico, constituindo a introdução a primeira seção do trabalho. Na segunda seção, busca-se compreender a correlação entre a Braskem e o *greenwashing*, aportando de forma específica e subdividida sobre breve histórico da empresa e sua relação com o desastre socioambiental ocorrido em Maceió, bem como sobre a definição do *greenwashing* sua relação com o discurso da Braskem. Já a terceira seção enfoca sobre a importância do *compliance* jurídico para combater o *greenwashing*. E, por fim, a quarta e última seção recai sobre os desafios e perspectivas sobre o *compliance* diante do contexto socioambiental envolvendo companhias mineradoras e os ambientes explorados por elas.

Além disso, a metodologia utilizada foi a qualitativa, de caráter bibliográfico e documental, guiada por trabalhos produzidos tanto por acadêmicos quanto por escritórios e consultorias de *compliance* sobre combate ao *greenwashing*. Dessa forma, a pesquisa tomou forma a ponto de eleger como justificativa a importância de se analisar o discurso de uma mineradora de grandes dimensões, como a Braskem, em face do que foi efetivamente executado para salvaguardar o meio ambiente e a população que perdeu os imóveis diante da exploração da sal-gema.

Logo, a análise se concentrará na investigação da coerência entre as práticas da empresa e os princípios ambientais, bem como na eficácia do *compliance* jurídico como um mecanismo de prevenção e correção diante de incidentes de larga escala. Os critérios para essa análise partirão da examinação do parâmetro comparativo entre o que a Braskem expõe nos *sites* e redes oficiais de sua propriedade com relação à sustentabilidade e o que ela realmente fez e faz na prática, sobretudo no contexto de exploração mineral em Maceió.

Ou seja, é por meio da triangulação de dados advindos da narrativa adotada pela Braskem, de documentos oficiais e jornalísticos que apuraram o desastre ocorrido e de procedimentos legais que poderiam ter sido tomados para evitar a tragédia que possibilitará uma análise abrangente de eventuais lacunas que ocasionaram a tragédia. É nessa perspectiva que a adoção de um programa *compliance* robusto e eficiente surge, sobretudo do ponto de vista regulatório, uma vez que sua aplicação de forma mais precisa poderia ter sido suficiente para evitar infortúnios ambientais e afastar da empresa a narrativa de *greenwashing*.

2 A CORRELAÇÃO ENTRE A BRASKEM E O GREENWASHING

Compreender o protagonismo e a responsabilidade socioambiental de uma mineradora transnacional, diante de um desastre envolvendo esta empresa, desdobra a atenção para o presente e, principalmente, para o passado. É com base nesse breve histórico que é possível situar quais foram os caminhos sinuosos pelos quais a cidade de Maceió experienciou com a chegada da Braskem em seu território e, conseqüentemente, com o desastre urbano.

Diante desse marco temporal, busca-se analisar a forma como o discurso da mineradora se comportou institucional e internacionalmente, tendo em vista a participação de cúpulas globais pela Braskem. Assim, ao traçar um paralelo entre a conjuntura histórica e a análise de tal narrativa corporativa, resta a reflexão que será proposta a seguir: quais os indícios que denunciam a relação entre a Braskem e o *greenwashing*?

2.1 UM BREVE HISTÓRICO DO DESASTRE SOCIOAMBIENTAL EM MACEIÓ E O PAPEL DA EMPRESA BRASKEM

A Braskem é uma empresa que surgiu em 2002 pela integração de seis empresas do Grupo Mariani e da Organização Odebrecht. Hoje é considerada a maior produtora de resinas termoplásticas nas Américas e a maior produtora de polipropileno nos Estados Unidos. Nesse sentido, muito embora seja uma companhia surgida há pouco mais de duas décadas, atua intensamente na indústria petroquímica, com faturamento de receita líquida no montante de 19,6 bilhões de dólares apenas para o ano de 2021 (Braskem, 2023).

A engenharia por trás da arrecadação é altamente complexa e sofisticada do ponto de vista tecnológico, de modo que produz a matéria-prima para a fabricação de resinas termoplásticas, como o PVC, tão comumente utilizado em forramentos domésticos. No entanto, para uma atuação tão ampla e robusta, a Braskem necessitou explorar áreas ricas em minérios, onde o binômio custo-benefício pudesse valer a pena todo o investimento.

Um desses locais foi a Lagoa de Mundaú, inicialmente perfurada na década de 1940 pelo Conselho Nacional de Petróleo (CNP), situada em Maceió, capital do Estado de Alagoas. Em tal manancial, fonte de sustento para a população carente e fator atrativo pela beleza natural para as classes mais abastadas, foi encontrado um mineral chamado sal-gema, matéria-prima utilizada na produção de soda cáustica e cloro (Feitosa; Romeiro, 2023, p. 6).

Historicamente, vale lembrar que a Braskem não foi a única a explorar a região da Lagoa de Mundaú. Houve bastante resistência por parte da população e de ativistas ambientais em relação à instalação de indústrias petroquímicas na localidade. No entanto, tal mobilização resultou infrutífera, sobretudo diante da prosperidade econômica que a extração da sal-gema traria, conforme explica Nascimento e Cavalcante (2018, p. 46):

A implantação de Indústrias Químicas em ambientes frágeis se deu como estratégia desenvolvimentista (ideologia do crescimento a qualquer custo) dos governos militares brasileiros. A presença de extensas jazidas de sal-gema com reservas estimadas em três bilhões de toneladas de minérios com grande pureza, que teriam um potencial de serem extraídas por 300 anos, atraiu logo a atenção de grandes empresários nacionais e internacionais para a área dos canais e lagoas.

A resultante de todo esse processo de exploração mineral foi a eclosão de graves impactos socioambientais a partir de 2018, como instabilidades do solo, erosões, tremores de terras, fissuras, rupturas e rachaduras nos bairros próximos à Lagoa de Mundaú, como Pinheiro, Mutange e Bebedouro, levando os moradores a deixarem suas casas por conta dos riscos iminentes (Vitor, 2022, p. 32). A imagem a seguir ilustra um mapa da Defesa Civil de Maceió destacando as áreas afetadas. Quanto mais próximo à escala 00, mais grave é a situação, exigindo realocação

das vítimas afetadas:

Imagem 01: Mapa de regiões afetadas pela exploração da sal-gema em Maceió em novembro de 2023



Fonte: Defesa Civil de Maceió, 2023, *apud* Alvorável, 2023.

À luz da dimensão apresentada acima, a Braskem, que inicialmente negou sua responsabilidade, atualmente já não consegue mais contestar as evidências e investigações tecno-científicas, de modo que organizou um plano de desocupação dos imóveis, oferecendo um baixo valor pelos imóveis e uma indenização aos prejudicados (Rodrigues; Callou e Leite, 2023, p. 4).

Na média, cada pagamento feito era da ordem de R\$207 mil por morador. No entanto, contabilizando-se despesas cartorárias e advocatícias, o valor líquido recebido pelas famílias fica em torno de R\$113 mil. Nesse sentido, observa-se que esse valor não repara o dano causado pela empresa na vida das vítimas. Tal média quantitativa obrigou várias pessoas a morarem em lugares mais distantes, mais precários e com infraestrutura deficitária, e até mesmo forçou o deslocamento de famílias para outras cidades (Greenpeace Brasil, 2023).

Por fim, vale ressaltar que, em meio à crise, a Braskem vem adotando uma narrativa de sustentabilidade e solidariedade, incluindo a disponibilização de uma página de acompanha-

mento em seu *site* em relação à situação de Maceió, mesmo tendo incorrido em todo o desastre acima narrado. O discurso sustentável, inclusive, ultrapassa barreiras nacionais e chega a cúpulas internacionais, como a COP 28 (Cúpula do Clima da ONU), denunciando uma prática conhecida como *Greenwashing*, que será desenvolvida a seguir.

2.2 GREENWASHING: DEFINIÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O DISCURSO DA BRASKEM

Segundo a definição trazida pelo *Oxford English Dictionary* (2024), o *Greenwashing* representa a criação ou propagação de uma imagem ambientalista infundada ou enganosa. Apesar de tal expressão ser muito recorrente e usual na contemporaneidade, as primeiras aparições semânticas do termo remontam ao final dos anos 1960.

Segundo Joshua Karliner (1997), o termo “ecopornografia” já era usado no mesmo sentido, proposto pelo publicitário Jerry Mander no livro “*The Environmental Handbook: Prepared for the First National Environmental Teach-In*,” especificamente em um capítulo intitulado “*EcoPornography or How to Spot na Ecological Phony*” (Pagotto, 2013, p. 45). Ou seja, de forma satírica, foi explorado o oportunismo de ocasião que muitas empresas estampavam suas agendas publicitárias para trazer maior credibilidade à marca.

Há uma corrente, inclusive, que considera que as práticas de *greenwashing* se enquadram no conceito de publicidade enganosa, uma vez que se constituem de artifícios que buscam enganar e induzir o consumidor ao erro. Logo, ainda que a estratégia utilizada para tal seja sutil, o Código de Defesa do Consumidor proíbe, pois “a publicidade não precisa ser totalmente falsa, basta que parte da publicidade, ainda que pequena, não corresponda à verdade para que se caracterize a enganiosidade” (Mazzei, 2017, *apud* Garcia, 2013, p. 300).

Por isso, ao longo dos anos, diversas empresas veiculam propaganda ou mesmo agregam um discurso “ecologicamente correto”, que, na prática, não corresponde à dimensão do que é disseminado ou sequer existe. No caso do presente trabalho, a análise do *Greenwashing* é versada a partir da narrativa da Braskem, diante de seu posicionamento ecológico por meio de *sites* oficiais, propagandas ou até mesmo de cúpulas internacionais.

Na COP 28, a Conferência do Clima da Organização das Nações Unidas (ONU), ocorrida em 2023, em Dubai, nos Emirados Árabes Unidos, a Braskem constou como coordenadora de dois painéis temáticos, especificamente no pavilhão destinado ao Brasil. Coincidentemente, o período de tal cúpula foi o mesmo da iminência do colapso de um mina da petroquímica no bairro Mutange, à beira da Lagoa Mundaú, denunciando a contradição entre o discurso dos painéis que versavam sobre temas ecológicos e a realidade da atuação da empresa não só em Maceió, mas em outras localidades do mundo (Mendonça, 2023).

Outrossim, na própria página oficial da Braskem, a empresa afirma desenvolver uma “estratégia global de desenvolvimento sustentável”, objetivando a promoção simultânea do crescimento econômico, da preservação ambiental e da justiça social, na perspectiva de assegurar a satisfação das partes interessadas hoje e no futuro (Vitor, 2023, p. 34). Ademais, no mesmo endereço eletrônico, consta um *hiperlink* que direciona para maiores informações sobre a situação atualizada de Maceió, como forma de publicizar o monitoramento da região (Braskem Alagoas, 2024).

A preocupação da Braskem com a narrativa sustentável não é atual. Isso porque no ano de 2004:

a Braskem foi uma das empresas brasileiras a assinar a “Declaração Internacional de Produção Mais Limpa” da Organização das Nações Unidas (ONU), afirmando sua participação no desenvolvimento industrial sustentável brasileiro. Em 2005, passou a integrar o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), pela realização de boas práticas socioambientais e empresariais. Em 2007 lançou o “Plástico Verde” (Polietileno Verde), criando com este biomate-

rial em 2008 o primeiro troféu de plástico do Grande Prêmio do Brasil de Fórmula 1, desenhado pelo arquiteto carioca Oscar Niemeyer. Em 2010, lançou o selo “I’m green” para produtos que levam em sua composição o plástico verde da empresa. Em 2013 passa a integrar a Dow Jones Sustainability Emerging Markets Index da Bolsa de Nova York (NYSE) e investir em robótica para pesquisas biotecnológicas. Já em 2014 é eleita pela revista norte-americana Fast Company como uma das 50 empresas mais inovadoras do mundo (Braskem S.A., 2019).

Ainda segundo a empresa, nos últimos cinco anos, a BRASKEM S.A investiu na Equipe Brasileira de Paratletismo e em programas de empreendedorismo sustentável para o uso do seu bioplástico, tornando-se uma das empresas que melhor engajam seus fornecedores, alcançando no ano de 2018, o 5º lugar no *ranking* das 50 empresas mais amadas por seus funcionários no Brasil (satisfação profissional) realizado pela plataforma Love Mondays (Teixeira, 2020, p. 39).

Em meio à crise, a Bolsa de Valores Brasileira (B3) anunciou a exclusão das ações da mineradora de seu Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), um seleto grupo de companhias que possuem “reconhecido comprometimento com a sustentabilidade empresarial” (B3 Bora Investir, 2023). Tal acontecimento representa um risco significativo para a reputação da Braskem, que não se compara aos riscos advindos dos danos socioambientais causados pela empresa, sobretudo pelo fato de existir diversos requisitos para uma companhia ser certificada por este índice.

Simões (2022, p. 8) aponta que é possível identificar que a Braskem tenta produzir sentidos cujos efeitos são úteis no atendimento aos interesses do capital, a partir de um processo discursivo no qual “[...] se diz x para não (deixar) dizer y, este sendo o sentido a se descartar do dito [...]” (Orlandi, 2015, p. 73). Assim, na visão de Simões (2022, p. 8), a política do silêncio produz um recorte entre o que se diz e o que se cala, o apagamento de sentidos a serem evitados (Orlandi, 2015), ou seja, o dizer é direcionado para tratar o maior crime socioambiental em área urbana atualmente em curso no planeta como um evento da natureza, ao invés de uma consequência da extração predatória de minério, no caso, a sal-gema.

No entanto, vale ressaltar que esta prática não é exclusividade da Braskem. Outras empresas e instituições responsáveis por desastres socioambientais também adotam a mesma narrativa de *Greenwashing*, como a Vale (culpada pelo desastre de Mariana, em 2015, e Brumadinho, em 2019), a Petrobras (com longo histórico de acidentes e vazamentos de óleo e gás) e a Confederação da Agricultura e Pecuária (que tradicionalmente lidera o esforço político de ruralistas pela flexibilização ou esvaziamento de normas ambientais) (Mendonça, 2023).

Portanto, vez que não se trata de uma peculiaridade pontual e singular da Braskem, existe a necessidade de se entender quais os mecanismos para frear a adoção de tal roupagem sustentável, que nada mais é do que um discurso vazio, a fim de efetivar uma política interna de governança corporativa que realmente esteja comprometida com a legislação ambiental doméstica e internacional.

Assim, com a aderência aos mecanismos certos, como o *compliance*, a abordagem prioritária não mais se concentra no setor publicitário da empresa, mas principalmente no jurídico, no qual a preocupação com a conformidade socioambiental deve prevalecer antes da divulgação de qualquer benfeitoria ou prática pontual utilizada pela empresa.

3 A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE JURÍDICO PARA O COMBATE AO GREENWASHING

Para uma melhor compreensão da relação de causa e consequência a ser desenvolvida no presente tópico, exige-se, primeiramente, a explicação sobre o conceito de *compliance* e sua absorção não só pelo direito brasileiro, mas também pelas instituições, quer privadas ou públicas. Nesse sentido, de acordo com a definição do Guia para Programas de *Compliance*, produ-

zido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade, 2016, p. 9):

Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Por meio dos programas de *compliance*, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de *compliance* terá resultados positivos quando conseguir inculcir nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa.

Outra definição precisa e pertinente é a do programa de integridade, que muito se assemelha ao *compliance*, extraído do Decreto n.º 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), dispendo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira (Brasil, 2022):

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional. Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Nesse sentido, à luz de um mercado cada vez mais competitivo, de modo que a transparência, a prestação de contas e a boa governança corporativa ganham destaque, prezar pela conformidade nas condutas internas, de forma inclusive preventiva, tornou-se, mais do que nunca, um diferencial. Isso porque a vantagem não é só para o usuário daquele produto ou serviço (vulgo consumidor), mas também para a empresa, que pode economizar, conter danos ou mesmo ganhar mais notoriedade por meio de selos de destaque entre empresas.

É com base em tal perspectiva que surgiu uma cultura adotada por muitas instituições, a do ESG (*environmental, social e government*), que significa ambiente, social e governança, em português. Assim, exige-se mudanças de comportamento pelas organizações e empresas, para que suas atividades sejam sustentáveis a longo prazo. Logo, o lucro e o retorno para os acionistas não representam mais a única métrica do sucesso, vez que se deve também considerar o quão sustentável a atividade é, sobretudo em razão de haver investidores que somente aplicam em empresas cujas estruturas de governança são sólidas e que atingem as metas prometidas (LEC, 2023).

Cumprir citar, também, que a mineração é um setor altamente regulado pela Agência Nacional de Mineração (AMN), mediante o estabelecimento de regras e incentivos, que visam harmonizar os interesses dos agentes econômicos (mineradores), do poder concedente (Governo) e dos entes afetados pela mineração (cidadãos, municípios, associações, dentre outros) (Agência Nacional de Mineração, 2024).

É em meio a essa conjuntura jurídica, que reúne elementos legais e administrativos, que o *compliance* permitirá identificar pontos suscetíveis a falhas, vindo de encontro com a preservação do meio ambiente, por meio da identificação dos riscos potenciais envolvidos no processo de produção, tomando as medidas de prevenção para satisfazer uma eficácia no cum-

primimento de seus requisitos regulatórios, maximizando, inclusive, oportunidades de educar colaboradores da empresa quanto à agenda ambiental (Lima; Cunha, 2021, p. 170).

Por isso, o *compliance* torna-se bastante atrativo para as empresas não só pelos incentivos legislativos citados ou por imposição legal, mas também porque ele atesta a seriedade do agente econômico e, com isso, viabiliza mais negócios e maior inserção no mercado (Oliva; Silva, 2018, p. 2717). Com efeito, observa-se que empresas transnacionais, a exemplo da Braskem, podem, com seus programas de *compliance* e códigos de conduta em geral, constituir um subsistema jurídico único.

Em seu *site*, a Braskem disponibiliza sua agenda de *compliance* e governança corporativa, a qual, por meio do Programa Empresarial de Saúde, Segurança, Meio Ambiente, Qualidade e Produtividade, prevê, dentre as condutas da empresa:

- Agir preventivamente, visando:
- a. Segurança das pessoas, processos, produtos, informação e patrimônio;
 - b. Saúde ocupacional das pessoas;
 - c. Qualidade dos produtos e serviços;
 - d. **Uso sustentável de recursos naturais e proteção do meio-ambiente** (Braskem, 2020, p. 4, grifo nosso).

Além desse Programa, ainda há, no *site* da companhia, um arquivo destinado à Política Global de Desenvolvimento Sustentável, em que nele surge a discussão sobre a mitigação e controle de eventuais impactos negativos da empresa:

Considerando os temas materiais, a Braskem deve identificar, avaliar e gerir os riscos (ambientais, sociais e econômicos) dos seus negócios, produtos ou serviços considerando toda a cadeia de valor. **A prevenção deve ser sempre a escolha principal. As ações de prevenção ou mitigação dos riscos devem considerar desde a implementação de simples iniciativas de melhoria até eventuais decisões mais complexas, como interrupção de determinada operação** (aquisição, produção ou venda). No caso de eventuais danos, ações de remediação devem ser implementadas. Todo este processo deve ser conduzido em alinhamento com a gestão de riscos empresariais da Braskem (Braskem, 2018, p. 11, grifo nosso).

No mesmo documento analisado, um fato que chama a atenção é a menção da gestão de riscos de relacionamento com as comunidades locais nas áreas de influências das operações da Braskem, bem como a preocupação com a preservação ambiental. Tudo isso está disposto de forma genérica e ressalta o descompasso entre os valores que a empresa expressa ter e o alinhamento com a realidade:

Gestão dos riscos no relacionamento com as comunidades nas áreas de influência das operações da Braskem:

- Mantendo um diálogo permanente com seus representantes; e
- Garantindo o respeito à cultura local e à sua herança histórica, especialmente às comunidades e povos tradicionais;

Proteção e preservação ambiental, especialmente com relação à(s)/ao:

- Uso racional de recursos;
- Preservação da biodiversidade e proteção de ecossistemas;
- Mudanças climáticas;
- Lixo que chega aos mares;
- Proteção das águas subterrâneas;
- Produção e uso de substâncias perigosas e poluentes (Braskem, 2018, p. 11).

Há de se observar que, além das interações com os sistemas tradicionais de direito (di-

reitos nacionais), existe uma interação entre as próprias empresas que, por meio de ações em conjunto, podem conduzir a uma uniformização desses direitos não estatais. Ou seja, não mais se pode observar no ordenamento estatal a única possibilidade de regê-las (Fornasier; Ferreira, 2015, p. 410).

Dessa forma, o nível de organização das empresas supera os limites em que o Estado é soberano, de modo que teorias jurídicas positivistas, em tempos de globalização e crise de soberania, não são capazes de abranger satisfatoriamente o fenômeno da emergência de um direito plural que transborde a ideia de ordem estatal (Fornasier; Ferreira, 2015, p. 412).

Não obstante, o *compliance* quando não é bem executado, ou mesmo adotado com uma abordagem superficial ou midiática, pode trazer consequências devastadoras para a credibilidade da empresa e até mesmo para a sociedade. Nesse sentido, ao trazer a análise da narrativa da Braskem perante cúpulas internacionais ou mesmo em sua postura institucional disposta em seu *site*, é importante pontuar de que forma o *compliance* surge como uma ferramenta para arrefecer um fenômeno tão comum a diversas companhias, o *Greenwashing*.

Com efeito, é de suma importância compreender como um modelo de gestão aliado ao *compliance* pode frear alegações falsas ou enganosas sobre o desempenho ambiental de uma determinada instituição. Em primeiro lugar, cumpre aduzir que a transparência é um fator supremo para a explicação desse mecanismo. Isso porque uma prestação de contas analítica e transparente, e que permita aos investidores terem acesso a informações confiáveis sobre o desempenho nas pautas de sustentabilidade, pode impulsionar cada vez mais o espírito de real mudança na instituição na medida em que se assiste ao próprio progresso da empresa a cada passo rumo a uma postura mais sustentável (Grupo IAudit, 2023).

Além disso, o fortalecimento de práticas sustentáveis é um complemento bastante útil à ideia da transparência supracitada. Entretanto, de acordo Juliana Sá de Miranda e Gabriela Arcentales (2023), o *greenwashing*, não é necessariamente proposital, vez que é possível que muitas empresas não se utilizem da prática por má-fé ou nem sequer percebam que estão incorrendo nela. Assim, a robustez das práticas sustentáveis pode ser implementada por meio de algumas estratégias, que serão elencadas e analisadas a seguir.

Destacam-se, portanto, a adoção de um código de ética completo e de políticas socioambientais aplicáveis interna e externamente; o comprometimento da alta administração, como diretores, gerentes, presidência e conselheiros; a implementação de controles eficientes na contratação de terceiros, bem como a realização de análise de riscos focada em aspectos socioambientais (Miranda; Arcentales, 2023).

O código de ética traduz a importância e real necessidade de elaborar documentos imperativos que possam estabelecer e divulgar as diretrizes da empresa, além de destacar práticas efetivamente sustentáveis. Já o comprometimento da alta direção consiste no reforço periódico e oportuno das diretrizes sustentáveis da empresa, de modo a espelhar o comportamento dos demais subordinados (Miranda; Arcentales, 2023).

A contratação de terceiros, por sua vez, deve ser regida por meio de controles internos que mitiguem os riscos de associação a um discurso de sustentabilidade genérico ou vazio, com pouca execução prática pelas empresas contratadas. Isso porque a imagem das empresas tende a estar coligada. Por fim, uma conduta louvável é a existência de um diálogo horizontal com os colaboradores para que todos detenham conhecimento a respeito das práticas adotadas pela organização, dos impactos ambientais e das dificuldades. Assim, a instituição deve possuir conhecimento real acerca dos impactos ambientais que provoca e dos métodos passíveis de solucionar tal prejuízo, além de contribuir com meios eficientes para a prevenção ambiental (Gomes; Gonçalves, 2022, p. 33).

Vale destacar, no entanto, que tais métodos não são de simples execução, pois possuem um caráter contextual e circunstancial a depender do perfil de cada empresa, em especial quando se trata de uma companhia de mineração, como a Braskem. Nessa toada, a seguir serão ana-

lisados as perspectivas e principais desafios presentes em tal conjuntura, traçando um paralelo entre o real e o ideal, mas sem deixar de priorizar a responsabilidade empresarial e ambiental das mineradoras, que apesar do lucro pujante, estão ainda distantes de executarem aquilo que muitas vezes veiculam nas suas páginas oficiais ou na mídia *mainstream*.

4 PERSPECTIVAS E DESAFIOS ENVOLVENDO A MINERAÇÃO E O COMPLIANCE AMBIENTAL

A mineração é uma atividade industrial fundamental para o suprimento de matérias-primas essenciais para diversos setores econômicos, mas também pode ter impactos significativos no meio ambiente. Nessa toada, por ser considerada atividade de grande potencial de dano para o meio ambiente, a atividade mineradora está sujeita ao licenciamento ambiental, que deverá estabelecer, entre as condicionantes, ações de contingência para situações de emergência e também medidas mitigadoras de dano, ou seja, medidas preventivas, tendo em vista a dificuldade ou irreparabilidade da recomposição ao *status quo ante* em uma situação como a havida em Maceió (Lima; Cunha, 2021, p. 168).

Diante do cenário exposto, o *compliance* jurídico, sobretudo aquele voltado para a área ambiental, precisa estar cada vez mais alinhado com os desafios e perspectivas necessárias para a prevenção de danos envolvendo a mineração, ou seja, desempenhar um trabalho efetivo desde o planejamento até a execução da extração de minérios a fim de fazer valer não só a agenda sustentável da empresa, mas também a legislação ambiental.

À luz desse pensamento, é válido ressaltar a importância da mineração e de como ela proporciona desenvolvimento a uma área, seja ela uma cidade ou um país. Logo, é inevitável que dessa atividade surjam perspectivas de presente e futuro para uma extração cada vez mais próspera. Isso porque a demanda global por recursos minerais continua a crescer, impulsionada pelo desenvolvimento industrial, tecnológico e populacional. Assim, a mineração é essencial para fornecer os insumos necessários para a produção de bens de consumo e infraestrutura.

Além disso, a mineração pode ser uma fonte importante de desenvolvimento econômico em regiões onde ocorre, vez que cria empregos, gera receitas fiscais e contribui para o crescimento econômico. Outrossim, diante dos avanços na tecnologia de mineração, como a automação e a inteligência artificial, a perspectiva de melhoria na eficiência operacional é ainda maior.

No entanto, as perspectivas atuais e futuras da mineração destacam a importância de práticas que minimizem os danos ambientais, promovam a responsabilidade social e garantam a viabilidade econômica a longo prazo. A própria Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) determina que se deve buscar uma coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Logo, extrai-se o valor do *compliance* ambiental para as empresas, enquanto um instrumento de gestão ambiental empresarial, dada a sua eficácia na proteção do meio ambiente e ao mesmo tempo gerar valor para as empresas (Ribas; Costa Junior, 2019, p. 601).

Como já mencionado, muito embora o *compliance* seja uma alternativa bastante eficiente, alguns desafios ainda são nítidos para empresas mineradoras. Isso porque a mineração pode causar danos significativos ao meio ambiente, incluindo a degradação do solo, poluição da água e do ar, desmatamento e perda de biodiversidade. Ademais, a gestão inadequada de resíduos e rejeitos da mineração pode resultar em impactos duradouros, como a formação de barragens de rejeitos que representam riscos ambientais e sociais. Tal desconformidade legal e normativa pode resultar em uma perda significativa para as empresas, o que pode levar a multas e restrições operacionais.

Vale ressaltar, também, que a participação comunitária simboliza um fator muito importante nas decisões e benefícios da mineração. Isso serve tanto para evitar conflitos como para promover o desenvolvimento sustentável. No caso da Braskem, por exemplo, de acordo

com Feitosa e Romero (2023, p. 7), enuncia-se que:

Mesmo com a população local se mostrando reticente com relação a localização escolhida para a empresa, o início deste processo, entre as décadas de 1960 e 1970, o maior dos conflitos entre a sociedade civil e os projetos da SALGEMA se deram no momento em que começou a se falar na expansão do complexo industrial.

Ou seja, nesse caso houve, desde a empresa anterior à Braskem, mobilização social contrária a expansão da mineração na área equivalente à área comprometida pela associação de moradores e o apoio vindo do Movimento pela Vida (MPV), da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), de ambientalistas e figuras políticas ligadas ao bairro do Pontal da Barra (Feitosa; Romero, 2023, p. 8).

Como resultado, a solução criada pelo poder público foi o tombamento do bairro su-
pracitado e de seu entorno, preservando, no entanto, apenas o patrimônio urbano sem incluir a área de restinga. Segundo Feitosa e Romero (2023, p. 8), isso demonstra uma solução que permitiria aos moradores permanecer na localidade e preservar sua cultura, enquanto a empresa ficaria livre para expandir suas atividades sobre a área.

Assim, evidencia-se que a sociedade civil organizada possui papel fundamental na construção do desenvolvimento sustentável, podendo ser a grande disseminadora da sustentabilidade com base em um agir local, mas com um pensamento global (Reis; Fadigas; Carvalho, 2005). É diante disso que se afigura o papel do *compliance*: o de atrair o dever não apenas como uma imposição legal, mas derivado de uma responsabilidade social de adotar instrumentos econômicos e sociais aptos a reparar ou minimizar de alguma forma o mal causado por suas atividades (Lima; Cunha, 2021, p. 6).

Outro desafio válido de ser pontuado é o compromisso da companhia com a transparência nas operações de mineração. Isso porque, uma vez existindo um canal de prestação de contas, público ou interno, obtém-se uma avaliação do monitoramento de tais operações com maior acurácia dos impactos ambientais, tornando mais palpável e vital a promoção da responsabilidade ambiental contida na agenda de *compliance* da empresa.

Por fim, um outro desafio envolvendo a mineração é o fato de a extração e o processamento de minerais em larga escala serem notórios catalisadores das mudanças climáticas, especialmente se houver dependência de combustíveis fósseis. Dessa forma, por meio de ações básicas, a partir da emissão de gases estufa, do desmatamento e degradação do solo (reduzindo a capacidade dos ecossistemas de absorver CO₂), da produção de resíduos e rejeitos e de mudanças no uso da terra que possam afetar o ciclo natural do carbono, que se observa o impacto ambiental da mineração, sobretudo em longo prazo.

Portanto, para enfrentar esses desafios, é fundamental promover práticas de mineração responsáveis, implementar tecnologias mais limpas, fortalecer a governança ambiental e envolver as partes interessadas, incluindo comunidades locais, na tomada de decisões. Além disso, a pesquisa contínua e o desenvolvimento de tecnologias inovadoras podem contribuir para uma abordagem efetivamente mais sustentável da mineração, e não apenas para um discurso vazio e genérico, como é comum no *greenwashing*, anteriormente explorado. A partir de uma gestão de riscos, monitoramento, auditorias e *accountability*, as empresas de mineração ou que atuem diretamente com alto índice de regulação ambiental poderão, efetiva e pragmaticamente, tornarem-se mais dignas de se considerarem sustentáveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, então, que o presente trabalho destaca a importância do *compliance* jurídico como uma ferramenta essencial para enfrentar práticas de *greenwashing*, de modo a denunciar

que o caso específico da Braskem em Maceió evidencia a desconexão entre a narrativa de sustentabilidade da empresa e as consequências reais de suas operações, destacando a necessidade de uma abordagem mais rigorosa no cumprimento de normas e regulamentações ambientais.

A análise crítica da narrativa de sustentabilidade da Braskem sugere que, em alguns casos, as empresas podem utilizar estratégias de comunicação enganosas para criar uma imagem de responsabilidade ambiental, enquanto negligenciam impactos socioambientais significativos. O papel do *compliance* jurídico, conforme discutido anteriormente, é fundamental para assegurar que as empresas não apenas adotem práticas sustentáveis, mas também sejam transparentes e responsáveis por eventuais danos causados.

Além disso, o desastre socioambiental em Maceió, que afetou mais de 50 mil pessoas em diferentes bairros, destaca a necessidade de uma abordagem holística na avaliação de práticas empresariais, levando em consideração não apenas os aspectos ambientais, mas também os impactos sociais. A conformidade legal, nesse contexto, não deve ser apenas uma formalidade, mas sim um compromisso genuíno com a ética, a transparência e a responsabilidade corporativa.

Assim, a conclusão do presente artigo ressalta a importância do *compliance* jurídico como uma ferramenta eficaz na prevenção e combate ao *greenwashing*, destacando, com base no último tópico, os desafios que permeiam a indústria da mineração, como a degradação do solo, a poluição da água e do ar, desmatamento e perda de biodiversidade. Logo, urge a necessidade de as empresas adotarem práticas sustentáveis de maneira verdadeira e responsável, alinhando suas ações com a preservação ambiental e o respeito aos direitos das comunidades afetadas.

Enquanto tal realidade proposta ainda não é atingida, importante é a presença estatal, sob uma atuação corresponsável com a sociedade civil, fiscalizar, investigar e até mesmo condenar incisivamente o comportamento de negligência socioambiental apresentado por muitas empresas, seja de forma pedagógica, pecuniária ou reparadora. A ciência, também, possui um protagonismo na investigação de falsas narrativas ambientais para que de modo vigilante, técnico e acurado, possa identificar e denunciar a prática do *greenwashing*, a fim de que esta narrativa seja mitigada e que o setor de *compliance* das empresas possa executar, de fato, aquilo que promete.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. **Regulação**. 2024. Disponível em: <<https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/regulacao>>. Acesso em: 21 mai. 2024.

ALVORÁVEL, Adja. **Justiça determina que mais famílias sejam retiradas das áreas afetadas pela mineração em Maceió**. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2023/11/30/justica-determina-que-mais-familias-sejam-retiradas-das-areas-afetadas-pela-mineracao-em-maceio.ghtml>>. Acesso em: 21 mai. 2023.

B3 Bora Investir. **Braskem é excluída do ISE B3**. Entenda o que é esse Índice de Sustentabilidade. B3 Bora Investir, 2023. Disponível em: <borainvestir.b3.com.br/noticias/esg/braskem-e-excluida-do-ise-b3-entenda-o-que-e-esse-indice-de-sustentabilidade/>. Acesso em: 4 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 11.129, de 11 de Julho de 2022**. Regulamenta a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm#art70>. Acesso em: 27 dez. 2023.

BRASKEM. **A Braskem**: Perfil e História. 2023. Disponível em: <<https://www.braskem.com.br/perfil>>. Acesso em: 12 dez. 2023.

_____. **POLÍTICA GLOBAL DE SAÚDE, SEGURANÇA, MEIO AMBIENTE, QUALIDADE E PRODUTIVIDADE**. 2020. Disponível em: <<https://www.braskem-ri.com.br/a-companhia/estatutos-e-politicas/>>. Acesso em: 21 mai. 2024.

_____. **Política Global de Desenvolvimento Sustentável**. 2018. Disponível em: <<https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/540b55c5-af99-45f7-a772-92665eb948e9/230f2db0-da0a-484b-9395-dd0b6ef0bcbc?origin=1>>. Acesso em: 21 mai. 2024.

BRASKEM ALAGOAS. **Página oficial da Braskem Alagoas**. 2024. Disponível em: <<https://www.braskem.com.br/alagoas>>. Acesso em: 21 mai. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia para Programas de Compliance**. 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2023.

FEITOSA, Cid Olival; ROMEIRO, Augusto da Silva. **Exploração mineral e impactos na habitação: o caso Braskem, em Maceió**. Belém, p. 1-18, 2023. Disponível em: <<https://anpur.org.br/wp-content/uploads/2023/05/st05-33.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2023.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não-estatais. **Revista de Direito Internacional**, [S.L.], v. 12, n. 1, p. 396-414, 1 set. 2015. Centro de Ensino Unificado de Brasília. DOI: 10.5102/rdi.v12i1.3303.

GARCIA, L. M. **Direito do consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 300.

GOMES, Magno Federici; GONÇALVES, Mariana Lima. **COMPLIANCE AMBIENTAL, PROGRAMAS DE INTEGRIDADE FALACIOSOS E GREENWASHING**. **Revista Húmus**, São Luís, v. 12, n. 35, p. 23-45, 2022.

GREENPEACE BRASIL. **Maceió: indenização paga pela Braskem por danos materiais é apenas 12% do valor devido, dizem vítimas da empresa**. 2023. Disponível em: <<https://www.greenpeace.org/brasil/blog/maceio-indenizacao-paga-pela-braskem-por-danos-materiais-e-ape-nas-12-do-valor-devido-dizem-vitimas-da-empresa/#:~:text=At%C3%A9%20o%20final%20de%20outubro,ordem%20de%20R%24%20207%20mil.>>. Acesso em: 21 mai. 2024.

GRUPO IAUDIT. **Greenwashing: como o ESG pode acabar com essa prática?** Disponível em: <<https://www.iaudit.com.br/blog/greenwashing-como-o-esg-pode-acabar-com-essa-pratica/>>. Acesso em: 28 dez. 2023.

LEC (Legal Ethics Compliance). **Compliance Como Ferramenta Para Combater o Greenwashing**. 2022. Disponível em: <<https://lec.com.br/compliance-como-ferramenta-para-combater-o-greenwashing/>>. Acesso em: 27 dez. 2023.

LIMA, Camila Cardoso; CUNHA, Simone Cristina Izaias da. **APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NAS EMPRESAS DE MINERAÇÃO COMO MEDIDA PREVENTIVA DE DANOS AM-**

BIENTAIS. **Revbea**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 163-173, 2021. DOI: 10.34024/revbea.2021.v16.10518.

MAZZEI, Andréa. **Greenwashing no Brasil e o Código de Defesa do Consumidor**. 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/greenwashing-no-brasil-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor/458931700>>. Acesso em: 21 mai. 2024.

MENDONÇA, Ricardo. Após caos em Maceió, Braskem desiste da COP e gera suspeita de 'greenwashing'. 2023. **Repórter Brasil**. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2023/12/caos-maceio-braskem-cop-greenwashing/>>. Acesso em: 14 dez. 2023.

MIRANDA, Juliana Sá de; ARCENALES, Gabriela Estefania Paredes. **O VALOR DA GOVERNANÇA CORPORATIVA CONTRA O GREENWASHING**. 2023. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/compliance-e-investigacoes/o-valor-da-governanca-corporativa-contra-o-greenwashing>>. Acesso em: 27 dez. 2023.

NASCIMENTO, Clay Ewerton Alves do; CAVALCANTE, Maria do Socorro Aguiar de Oliveira. O confronto discursivo entre o conservadorismo empresarial e a memória ambientalista e sindical alagoana. **Revista Eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental**, Rio Grande/RS, v. 35, n. 2, p. 42-61, maio/ago.2018. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/remea/article/view/7551/5374>>. Acesso em: 12 dez. 2023.

OXFORD ENGLISH DICTIONARY. **Greenwashing**. 2024. Disponível em: <https://www.oed.com/dictionary/greenwashing_n?tl=true>. Acesso em: 21 mai. 2024.

PAGOTTO, Érico Luciano. **Greenwashing: os conflitos éticos da propaganda ambiental**. 2013. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Mudanças Sociais e Participação Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

REIS, L. B.; FADIGAS, E. A. A.; CARVALHO, C. E. **Energia, recursos naturais e a prática do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Manole, 2005.

SANTOS RIBAS, Felipe Santos Ribas; JUNIOR, Arlei Costa. **A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE AMBIENTAL PARA AS EMPRESAS**. INTERFACES ENTRE GOVERNANÇA CORPORATIVA E IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS. Disponível em: <www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0581_0610.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2024.

SIMÕES, Paulo Everton Mota. **DISCURSO DE SUSTENTABILIDADE FACE AO CRIME DA BRASKEM EM MACEIÓ: REFLEXÕES SOB A PERSPECTIVA PECHEUTIANA**. 2022. Disponível em: <<https://anpad.com.br/uploads/articles/117/approved/db9e6eef2eb4f0d-8c55ecc7beaf2d78d.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2024.

TEIXEIRA, A. F. de M. *et. al.* A lógica do discurso ambientalista empresarial: da extração de sal-gema aos impactos no ambiente urbano. **Revista Movimentos Sociais e Dinâmicas Espaciais**, Recife, Volume 9, 2020 (27-42). ISSN 2238-8052. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistamseu/article/view/243613>>. Acesso em: 15 out. 2021.

VITOR, Tiago Henrique Silva. **Empresa transnacional e responsabilidade social empresarial: a Braskem e o falso discurso de sustentabilidade**. 2022. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas,

Direito - Bacharelado, Recife, 2022. Acesso em: 12 dez. 2023.